

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea in Diritto e Tecnologia

a.a. 2023/2024

Titolo tesi: La trasparenza amministrativa nell'era digitale.

Relatore: Professore Clemente Pio Santacroce

Studente: Nicholas Alexandru Petroiu

INDICE

ABSTRACT

CAPITOLO 1: STORIA ED EVOLUZIONE SINO AD OGGI

1.1: LA CASA DI VETRO

1.2: COSTITUZIONE E LEGGE 241/90

1.3: DECRETO TRASPARENZA

CAPITOLO 2: LA TRASPARENZA OGGI

2.1. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

2.2 LA FIGURA DEL RESPONSABILE

CAPITOLO 3: CONTRATTI PUBBLICI

3.1 PANORAMICA GENERALE

3.2 TRASPARENZA

3.3 PRINCIPIO DELL'ONCE ONLY:

3.4 INTELLIGENZA ARTIFICIALE

3.5 BLOCKCHAIN

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

RINGRAZIAMENTI

ABSTRACT

ITALIANO

Questa tesi ha l'obiettivo di affrontare il tema della trasparenza nell'era digitale a partire dal significato del termine per poi procedere con l'evoluzione storico-normativa del diritto che ha portato all'introduzione della trasparenza nel nostro ordinamento giuridico. Questo percorso si evolverà a partire da un discorso politico e che passando per la Costituzione attraverserà poi la legge 241/90, per giungere infine al Decreto Trasparenza.

Il secondo capitolo sarà interamente dedicato all'aspetto dell'evoluzione tecnologica del XXI secolo e di come il diritto, in particolare quello che riguarda la trasparenza, si coniuga oggi e di come, in futuro, dovrà rapportarsi ai nuovi sviluppi algoritmici e dell'intelligenza artificiale.

Verrà presa in considerazione la materia dei contratti pubblici perché si tratta di un primo approdo di diritto positivo in materia di digitalizzazione, che servirà senz'altro, come previsto anche dalla giurisprudenza, come esempio ispiratore per le altre materie del diritto amministrativo.

Altre fonti che verranno sicuramente consultate sono il Regolamento Europeo sull'Intelligenza artificiale e i vari documenti denominati come Strategia italiana per l'intelligenza artificiale che, ormai da qualche anno a questa parte, dimostrano l'impegno dell'Italia in materia, infatti l'ultimo rapporto pubblicato è molto recente e si occupa del triennio 2024-2026.

Infine, per me sarà molto interessante analizzare la trasparenza dell'algoritmo, il tema dei dati e la figura dell'operatore umano nelle decisioni amministrative.

INGLESE

This thesis aims to address the issue of transparency in the digital age starting from the meaning of the term and then proceed with the historical-normative evolution of the law that led to the introduction of transparency in our legal system.

This path will evolve starting from a political discourse and passing through the Constitution will then pass through Law 241/90, finally arriving at the Transparency Decree.

The second chapter will be devoted entirely to the aspect of the technological evolution of the 21st century and how the law, especially that concerning transparency, combines today and how in the future it will have to deal with new algorithmic and artificial intelligence developments.

The subject of public contracts will be taken into consideration because it is a first step towards positive law in the field of digitalisation, which will undoubtedly, as provided for in case-law, as an inspiring example for other matters of administrative law.

Other sources that will certainly be consulted are the European Regulation on artificial intelligence and the various documents called as the Italian Strategy for artificial intelligence that, for some years now, demonstrate Italy's commitment in the field, in fact the last one was published very recently and deals with the three-year period 2024-2026.

Finally for me it will be very interesting to analyze the transparency of the algorithm, the theme of data and the role of the human operator in administrative decisions.

CAPITOLO 1: STORIA ED EVOLUZIONE SINO AD OGGI

1.1: LA CASA DI VETRO

Vorrei cominciare la trattazione di questa tesi partendo dal significato del termine “Trasparenza”. Secondo la definizione fornita dal dizionario Treccani si può comprendere che questo termine è impiegato nell’ambito della fisica per riferirsi a quella proprietà dei materiali che si fanno attraversare dalla luce, ma è anche un sostantivo utilizzato in senso figurato che ha come sinonimi parole come “Chiarezza” e “Facilità di comprensione” ed è utilizzato per riferirsi ad “atti”, “comportamenti” e “situazioni” nella vita pubblica e nei rapporti con la collettività, oppure anche come contrario di “segretezza”. Un terzo e ultimo significato è quello di “disegno che rappresenta le parti interne di un oggetto”.¹

Questa introduzione sul significato del termine trasparenza è utile per comprendere la trattazione che seguirà nell’ambito della materia del Diritto dell’Amministrazione Digitale e di come oggi si pongano delle questioni in materia soprattutto nell’impiego delle nuove tecnologie come l’AI che si sta sempre più sviluppando ed espandendo anche all’interno della Pubblica Amministrazione.

Ora vedremo come è nata e si è evoluta nella storia la trasparenza.

Un primo spunto arriva sicuramente dalle parole dell’onorevole Filippo Turati pronunciate durante un discorso tenutosi presso la Camera dei Deputati il 17 giugno del 1908. L’ordine del giorno prevedeva la discussione del disegno di legge chiamato “Stato degli Impiegati Civili” avanzato dall’allora Presidente del Consiglio Giovanni Giolitti. Questa proposta di legge, proveniente dall’esecutivo, ha fatto molto discutere soprattutto in tema di libertà, diritto allo sciopero, raccomandazione e segreto d’ufficio per quanto riguarda il settore della PA. Con l’approvazione e successiva entrata in vigore di questa legge si sarebbe regrediti, annullando le varie conquiste, soprattutto in materia di sciopero, ottenute da Giolitti stesso qualche tempo prima. Infatti, l’on. Turati esordì dicendo che, per quanto avesse sempre sostenuto Giolitti, anche dall’opposizione essendo considerato illustre e unico degno di ricoprire la carica di Primo Ministro al tempo, questa volta avrebbe subito una dura opposizione da parte dell’onorevole. Lo si può capire durante tutto il discorso, ma soprattutto verso la fine quando disse che “la casa dell’Amministrazione dovrebbe essere di vetro”.²

Queste sono le faticose parole che hanno lasciato il segno. La legge, nonostante una buona opposizione, venne approvata e l’orientamento fino verso la fine del XX secolo fu quello del segreto d’ufficio.

¹ <https://www.treccani.it/vocabolario/trasparenza/>

² Questo è un breve estratto di quanto si può apprendere da una lettura approfondita del documento Atti parlamentari, n.22921, Camera dei Deputati, Legislatura XXII, 1° sessione, Discussioni, 2° Tornata, 17 giugno 1908 che si può consultare al seguente link: <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg22/sed529.pdf> .

1.2: COSTITUZIONE E LEGGE 241/90

Facendo un salto storico nel futuro da quel discorso parlamentare si arriva alla nostra Costituzione della Repubblica Italiana che sicuramente si è posta come un faro anche per quanto riguarda la materia del Diritto Amministrativo. Nella Parte Seconda – Titolo III che disciplina il Governo e in particolare nella Sezione II dedicata alla Pubblica Amministrazione troviamo l'articolo 97 il quale stabilisce che i pubblici uffici sono, tra le altre cose, necessariamente organizzati (nel senso che "devono" essere organizzati) secondo disposizioni di legge. Da questo comma si può evincere il principio di legalità. L'articolo poi continua dicendo che l'organizzazione deve essere tale da fare in modo che l'azione amministrativa sia retta da due ulteriori principi chiamati anche corollari del principio di legalità, in modo che venga assicurato il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.³

Questi corollari sono fondamentali nella materia del diritto amministrativo, rappresentano una direttrice da seguire. A questi due corollari nel 2016 se ne voleva aggiungere un terzo: trasparenza.⁴

Questo non accadde perché questa aggiunta faceva parte di una complessa riforma costituzionale proposta da Renzi-Boschi, formata da molte miniriforme trasversali che toccavano tante parti della costituzione, approvata dal parlamento, ma che naufragò in un referendum indetto ai sensi dell'articolo 138 della Costituzione il 4 dicembre 2016 e che poi determinò anche le dimissioni dell'allora presidente del Consiglio.

Nonostante la riforma non abbia riscontrato successo, questo non cambia di molto le cose perché il principio di trasparenza è già contenuto all'interno dei due corollari, un po' meno nel principio del buon andamento, ma è ben contenuto nel perimetro del principio di imparzialità, infatti una Pubblica Amministrazione imparziale deve essere anche trasparente. Questo lo si può dire oggi grazie alle interpretazioni della Costituzione e dell'evoluzione del Diritto Amministrativo, in quanto in passato, da come si è visto anche nel Paragrafo 1 di questa tesi, non era scontato.

Prima di arrivare ad oggi mi vorrei soffermare su quello che è un secondo punto di riferimento per la materia ed è rappresentato dalla legge 241 del 7 agosto 1990 indicata come "legge generale sul procedimento amministrativo", cioè una legge che disciplina una modalità tipica di azione delle pubbliche amministrazioni, ovvero l'attività procedimentalizzata, intesa come una serie coordinata di atti e attività finalizzata all'adozione di una decisione da parte dell'amministrazione.

L'approvazione di questa legge ha attraversato un percorso lungo. Partiamo dagli anni '80 in un contesto in cui anche tra studiosi del diritto amministrativo non si fosse tutti d'accordo circa la necessità di dotarsi di una legge sul procedimento amministrativo, nonostante dagli anni '40 del Novecento, ancor prima della nascita della Costituzione, ci fossero diversi progetti di legge per disciplinare l'azione procedimentalizzata delle pubbliche amministrazioni. Alcuni principi vennero poi assorbiti dalla Costituzione, mentre per tutto il resto si lasciò molto spazio alla sfera giurisprudenziale.

Infatti, il timore era quello di approvare una legge e dunque cristallizzare delle norme che invece senza la cristallizzazione legislativa avrebbero potuto trovare una miglior evoluzione dal basso in sede applicativa, attraverso l'evoluzione interpretativa della giurisprudenza amministrativa.

Trattasi di due approcci diversi, ma entrambi condivisibili. Nell'approccio che valorizza il diritto giurisprudenziale, da una parte, c'è di positivo l'idea di approvare norme che siano sufficientemente generali e che possano trovare concretizzazione nella fase attuativa e nella fase applicativa, dall'altra parte c'è un aspetto negativo dal punto di vista del cittadino medio che non può fare affidamento su quella che viene

³ Costituzione della Repubblica Italiana, art. 97.

⁴ Senato della Repubblica, Disegno di Legge Costituzionale n. 1429-D, XVII Legislatura, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi), 2016, art. 27 rubricato "Modifica all'art. 97 della Costituzione".

ritenuta la certezza del diritto, data sicuramente dal nostro ordinamento di civil law, considerando che nel Novecento entrarono in vigore Codici fondamentali che vengono tutt'oggi utilizzati, come il Codice Penale, il Codice Civile, il Codice di Procedura Civile, il Codice di Procedura Penale.

Sul finire degli anni '70 sarebbe alla fine prevalsa, tra gli studiosi del diritto amministrativo, l'idea di approvare comunque una legge sul procedimento amministrativo, consapevoli dei rischi dovuti alla cristallizzazione.⁵

Uno studioso italiano di diritto amministrativo, molto noto, illustre maestro, tale Massimo Severo Giannini, da ordinario alla Sapienza a Roma venne incaricato di ricoprire la funzione di quello che oggi definiremmo il Ministero della Pubblica Amministrazione, non è proprio un ministero dal punto di vista organizzativo, ma è un dipartimento, cioè un'articolazione interna alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica sotto il governo Craxi. Prima che si concludesse quell'esperienza di governo, egli decise di assumere l'iniziativa per la redazione di quello che ancora oggi noi chiamiamo Rapporto Giannini, più precisamente un rapporto di studi sui principali problemi sull'amministrazione dello Stato. Questo venne poi presentato alle camere del parlamento il 16 novembre 1979. Quanto è contenuto in questo rapporto è una buona fotografia dello stato dell'amministrazione pubblica sul fine degli anni 70 in Italia. Leggerlo oggi alcune cose restano fotografate da allora, molte altre cose sono migliorate per fortuna.⁶

Questo rapporto sarebbe stato molto utile in quanto lo stesso Giannini dal Governo successivo, fine anni 70 e inizi '80, venne incaricato di presiedere una commissione di studi che portasse avanti delle riforme amministrative proprio basate sul Rapporto Giannini, articolata poi in diverse sotto-commissioni. Tra queste ce n'era una a cui era stato affidato un duplice compito: 1) valutare se formulare ed eventualmente redigere una proposta di legge sul procedimento amministrativo. 2) valutare, studiare, redigere una proposta di legge per il riconoscimento nel nostro ordinamento di un diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Questa sottocommissione era composta da una compagine accademica e da una compagine di derivazione giurisprudenziale, eminenti studiosi, tra i quali Mario Nigro che diede il nome a questa sottocommissione.

Questa operò nei primi anni '80 e svolse entrambi i compiti affidati attraverso la formulazione nel 1984 di due diversi disegni di legge affidati al Governo. La sottocommissione Nigro fece la scelta di affrontare separatamente le due tematiche per dare autonoma rilevanza ad entrambe, che hanno evidenti punti di contatto, ma sono due oggetti diversi che possono essere e che sono meritevoli entrambi di una attenzione legislativa distinta. Questo soprattutto in un paese in un cui si discuteva molto sull'utilità di una legge sul procedimento amministrativo e soprattutto in un ordinamento come quello italiano in cui la regola, che poi la legge 241 avrebbe rovesciato, era quella del segreto d'ufficio.

Questi disegni di legge sarebbero però stati modificati e tagliati ancor prima di arrivare alle Camere perché ritenuti contenuti troppo progressistici per l'epoca. Si decise dunque di unificare i due disegni di legge in uno solo arrivando alla Camera unitariamente; da quella proposta⁷ sarebbe poi nata la legge n. 241/1990. Legge che da una parte introduce nuove norme in materia di procedimento amministrativo, e dall'altra nuove norme in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi.⁸

⁵ Della Cananea, Giacinto. Mario Nigro Riformatore: La legge sul procedimento amministrativo. [Nomos 3/2023](#), p. 3.

⁶ Commissione di studio per la revisione delle norme del procedimento amministrativo (Commissione Giannini), "Relazione finale." Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, 1979.

⁷ Il testo presentato è il seguente: Atti Parlamentari, n.4504, Camera dei deputati, IX Legislatura, Disegno di Legge presentato dal presidente del consiglio (Craxi) il 9 marzo 1987.

⁸ Circa l'iter che ha portato alla legge 241/90 mi sono ispirato al documento Camera dei deputati e Senato della Repubblica, X Legislatura, Disegni di legge e relazioni – Documenti, Relazione conclusiva sull'attività della commissione di studio per l'attuazione della legge 7 agosto 1990, n.241, recante "nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso a documenti amministrativi".

Nel corso degli anni '80 e '90 del XX secolo, si è assistito a un'importante evoluzione verso la trasparenza amministrativa, tanto da poter parlare di una vera e propria "ideologia della trasparenza" (Fiorenzano, p. 10). Durante questo periodo, il diritto di accesso ai documenti amministrativi è emerso come ideale da parte della sottocommissione Nigro, ma che purtroppo è stato tralasciato perché troppo all'avanguardia per quel periodo storico, nonostante appunto avrebbe portato ad incrementare di molto la trasparenza dalla PA.

È giusto però bilanciare gli interessi dell'amministrazione a garantire il buon andamento da una parte, ma dall'altra si reclamava un diritto dei cittadini di ottenere accesso ai documenti amministrativi secondo il principio di imparzialità definito dall'art. 97 della Costituzione.

L'accesso si può dividere in endoprocedimentale quando è riservato alle parti di un procedimento amministrativo, e accesso eso-procedimentale quando è aperto a soggetti esterni. Per ora il legislatore si limita a normare l'accesso endo-procedimentale all'art. 10 della legge 241/90 che garantisce a chiunque sia parte di un procedimento il diritto di accedere ai relativi documenti. Mentre l'art. 22, invece, limita l'accesso esterno per prevenire forme di controllo improprio sull'operato amministrativo.

A 15 anni dalla sua emanazione, la legge 241/90 è stata rivisitata e modificata con la legge 11 febbraio 2005, n. 15. Tra le novità introdotte, spiccano la revisione dei vizi del provvedimento amministrativo e la regolamentazione dell'azione amministrativa (Fiorenzano, p. 9). La modifica più importante riguarda la riscrittura del Capo V della legge 241/90, dedicato al diritto di accesso ai documenti amministrativi (Fiorenzano, p. 10).

Un'altra modifica introdotta è quella relativa all'art. 1 della legge 241/90, ora infatti prevede la riaffermazione dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza nell'attività amministrativa (Fiorenzano, p. 14). Poi l'art. 3 della legge del 2005 ha introdotto l'uso della telematica tramite l'art. 3-bis nella legge 241/90, mentre l'art. 22 è stato modificato definendo i principi fondanti l'interesse ad accedere che deve essere diretto, concreto e attuale, in conformità a quanto già espresso in passato dal giudice amministrativo (Fiorenzano, p. 22). Una delle modifiche più significative riguarda il coinvolgimento dei controinteressati, che devono essere informati della presentazione di istanze di accesso a documenti contenenti dati che li riguardano, secondo quanto stabilito dalla lettera c) c1 dell'art. 22.⁹

Il principio di trasparenza, inserito tra i principi generali dell'azione amministrativa, è enfatizzato nella nuova normativa. La trasparenza non è solo un risultato verificabile ex post, ma una variabile soggettiva che permette un controllo democratico sul potere amministrativo. Essa si realizza particolarmente attraverso la pubblicità, rendendo difficile tracciare una netta distinzione tra i due concetti.

In un sistema democratico, l'informazione deve essere accessibile, direttamente o indirettamente, da chiunque. La trasparenza va oltre il semplice diritto di accesso, includendo la disponibilità e l'accessibilità dei dati attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT). Questo approccio è confermato dal d.lgs. n. 82 del 2005, che disciplina l'accesso online ai servizi, distinguendo tra diversi livelli di interazione e identificazione degli utenti. La riforma del 2005 ha ridotto il ruolo della partecipazione e dell'obbligo di conclusione espressa, ma ha riaffermato la trasparenza come principio generale dell'azione amministrativa. Questo principio richiede un'analisi ampia, che consideri anche la disponibilità di informazioni e l'accessibilità dei servizi online come elementi fondamentali per la trasparenza amministrativa¹⁰.

⁹ Fiorenzano, Sergio. "L'accesso ai documenti amministrativi." Pareri espressi dalla Commissione sui quesiti più significativi posti da pubbliche amministrazioni o privati cittadini, Presidenza del Consiglio dei ministri.

¹⁰ Enrico Carloni, Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini" 2/2005, pp. 573-600, doi: 10.1438/20421.

1.3: DECRETO TRASPARENZA

Per affrontare questo paragrafo ritengo sia utile partire dal diritto di accesso documentale previsto dalla legge 241/90. L'art. 24 al comma 3 stabilisce che le istanze di accesso documentale preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle PA non sono ammissibili.

Questo diritto, infatti, non è uno strumento di trasparenza della PA, ma è solo uno strumento difensivo. Anche se in realtà nel rapporto tra amministrazione e singolo amministrato, il diritto di accesso documentale è in sostanza uno strumento di trasparenza per quel singolo amministrato.

Ma questo nel tempo non fu più sufficiente, dunque il legislatore ha pensato di introdurre altri strumenti volti a garantire l'innalzamento della trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Nel 2011 nell'esperienza del Governo Monti, nasce la legge 190/2012 nella quale sarebbero state introdotte delle disposizioni anche sulla trasparenza delle PA. Questa legge che reca come titolo "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione all'interno della PA italiana" è nota anche come legge Anticorruzione o legge Severino dall'allora ministro della giustizia.

In particolare, quel che interessa di questa legge è una disposizione che è contenuta nel comma 35 dell'art 1, nella quale il parlamento delega il Governo ad approvare uno o più decreti legislativi per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, la trasparenza, la diffusione di informazioni da parte delle PA, mediante la modifica o integrazione di norme già presenti oppure mediante l'introduzione di nuove disposizioni, di nuove forme e obblighi di pubblicità.

Da questa norma di delega sarebbero nati alcuni decreti legislativi, ma prima di analizzarli sarebbe utile svolgere spiegare i due modelli di trasparenza che sono stati ipotizzati nell'elaborazione dei disegni di legge:

1) Trasparenza proattiva: le PA o perché obbligate ex lege o perché assumono un comportamento proattivo sono queste che mettono a disposizione dei cittadini documenti, dati, informazioni attraverso i siti web istituzionali e più nello specifico nella sezione Amministrazione Trasparente come quanto previsto anche dalle Linee Guida per il Design dei servizi digitali della PA (determina n. 224/2022).

2) Trasparenza reattiva: si realizza su impulso del cittadino. La disponibilità delle informazioni amministrative passa per un'istanza del cittadino secondo la logica del chiedere per ottenere.

A livello teorico sono modelli distinti che però poi nella realtà si legano.

Il primo decreto legislativo da analizzare è il d.lgs 33/2013 chiamato spesso Decreto Trasparenza. Avrebbe riordinato gli obblighi di pubblicità (già previsti da diverse disposizioni presenti in giro per l'ordinamento italiano) in capo alle PA italiane, ma avrebbe anche notevolmente incrementato gli (nuovi) obblighi di pubblicità in capo alle PA. Nel far ciò avrebbe anche introdotto una nuova figura di diritto di accesso, il diritto di accesso civico, andando ad abbracciare il modello di trasparenza proattiva.

Dunque, con l'entrata in vigore di questo decreto il cittadino autonomamente può accedere a informazioni che riguardano la collettività per farsi un'idea o per controllare l'operato delle PA come, ad esempio, come sono state impiegate le risorse pubbliche. In questo modo aumenta la partecipazione civica e si riducono i fenomeni corruttivi. Viene permesso ex lege ciò che l'art. 24 legge 241/90 impediva ai cittadini.

Una volta deciso di seguire il modello di trasparenza proattiva, il seguito attuativo non è che sia stato particolarmente ottimale. Posta la regola comunque c'è sempre un modo di aggirarla, anche per via di uno scarso impatto delle conseguenze sanzionatorie compendiate negli art. 46 e 47 del Decreto Trasparenza, perché incidono più che altro sulla responsabilità dirigenziale, sulla neutralizzazione della componente della retribuzione come premio di risultato. Per talune specifiche ci sono anche sanzioni amministrative pecuniarie. Accade che alcune sezioni non si trovano, file che se ci clicchi sopra non si aprono, oppure il pdf è frutto della

scansione di migliaia di pagine e quindi nella pratica non ti concede di accedere all'informazione perché non si riesce a sfruttare lo strumento di ricerca messo a disposizione dai reader.

Per non parlare anche del problema di persone con disabilità visive o cognitive che o per lo strumento o per il contenuto non riescono ad accedere alle informazioni.¹¹

Di questi comportamenti ne era consapevole il legislatore delegato del d.lgs 33/2013, infatti il governo Monti non è che riponesse in modo totale la fiducia nelle PA; dunque, pensò di introdurre un qualche meccanismo di tutela per i cittadini per rendere effettivo l'obbligo di pubblicità.

L'art. 5 di questo decreto stabilisce. Infatti, che ogni qualvolta una PA dovesse risultare inadempiente rispetto a uno o più specifici obblighi di pubblicità, quell'inadempimento verrà compensato dal riconoscimento erga omnes di un diritto di accesso civico a quelle informazioni, dati o documenti che la PA avrebbe dovuto pubblicare in astratto ma che non ha pubblicato.

Da qui a breve le cose sarebbero state messe in discussione anche se solo parzialmente perché si era aperta una nuova legislatura e il governo tecnico di Monti è stato sostituito dal governo guidato da Matteo Renzi. Siamo nella seconda metà del 2014 e tra i contenuti del programma di governo c'era un preciso obiettivo di riorganizzazione delle PA italiane a tal punto che l'esecutivo presentò alle camere un disegno di legge intitolato Riorganizzazione delle PA.

Infatti, il nuovo governo aveva in mente la costruzione di due colonne: Una venne costruita in modo pieno e si tratta, cioè della riorganizzazione della PA. La seconda era la proposta di revisione costituzionale di cui ho già detto nel Paragrafo 1 di questa tesi e che portò alla caduta del governo.

Il governo aveva presentato il disegno di legge per la riorganizzazione delle PA che portò avanti anche con ritmi serrati e venne poi approvato come legge 124 del 7 agosto 2015. Questa in qualche modo voleva essere celebrativa del venticinquesimo anniversario della legge 241/90 considerando che entrambe sono composte dalla stessa tripla di cifre e che anche la data non è casuale.

Questa legge è conosciuta anche come legge Madia o legge Mattarella e si tratta per lo più di una legge di deleghe. Sembra che il governo volesse farsi delegare a tal punto che si disse che, mentre da una parte si stava scrivendo il disegno di legge, dall'altra si stavano preparando già i decreti delegati.

L'art. 7 della legge Madia prevedeva che venissero emanati uno o più decreti legislativi volti a introdurre disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 33/2013 (Decreto Trasparenza).

Per fare questo andavano seguiti i principi e criteri direttivi posti dalle lettere A e seguenti dell'art. 7. La lettera A del comma 1 art. 7 stabilisce la ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi in materia di trasparenza.

Il d.lgs. 33/2013 aveva posto, infatti, dei problemi in concreto tanto che sarebbe stata investita della cosa anche la Corte costituzionale che si è pronunciata in più di un'occasione in varie sentenze¹².

Tra i vari principi e criteri direttivi il legislatore si fece carico di dire che gli obblighi di pubblicità riordinati e introdotti con il decreto 33/2013 dovevano trovare una nuova RAZIONALIZZAZIONE al fine di eliminare le duplicazioni. Il governo precedente aveva ecceduto con la trasparenza proattiva.

¹¹ Crafa, Silvia e Gaggi, Ombretta. *Tecnologia accessibile e società inclusiva: binomio possibile?*

¹² Corte costituzionale. Sentenze n.212/2014, n.68/2015, n.85/2016, n.20/2019, n.277/2019, n.101/2020, n.20/2020.

La lettera H prevedeva l'introduzione di un modello di trasparenza reattiva riconoscendo dunque la libertà di informarsi per il cittadino attraverso un diritto di accesso generalizzato che possa esercitarsi anche per via telematica indipendentemente dall'essere o meno il titolare di un interesse qualificato. Salvo alcune eccezioni.

Il fine era quello di favorire forme diffuse di controllo del perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'uso delle risorse finanziarie pubbliche. Tutto questo per favorire la maggior partecipazione dei cittadini e incrementare il tasso di democratizzazione. Questo è in linea con l'art 3. della Costituzione e nello specifico al principio di Uguaglianza Sostanziale secondo il quale è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione civica dei cittadini.

Il TAR BOLZANO, SEZ. AUTONOMA, 9 GENNAIO 2019, N. 06 esprime queste parole nel riferirsi al D. Lgs. 97/2016 dicendo che "il legislatore ha riconosciuto la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in conformità all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), promuovendo un dibattito pubblico informato e un controllo diffuso sull'azione amministrativa".¹³

Il governo, dunque, ha rimosso alcuni obblighi di pubblicità introdotti precedentemente giustificando questa azione con la logica della libertà di informazione mediante accesso civico e perfettamente in linea con l'art. 97 della Costituzione e in particolare con il corollario del buon andamento.

Con il decreto 97/2016 il legislatore introduce un secondo comma all'art. 5 del d.lgs. 33/2013 rubricato accesso civico a dati e documenti.

La prassi amministrativa ha voluto poi distinguere i due tipi di accesso denominando diritto di accesso civico semplice quello originario del decreto Trasparenza, e diritto di accesso civico generalizzato quello basato sulla legge Madia.¹⁴

È stata dunque definita una gerarchia secondo cui: L'accesso civico generalizzato si ferma in superficie. L'accesso civico semplice si ferma un po' più in profondità. L'accesso documentale ancor più in profondità.¹⁵

Per capire l'estensione di questo diritto è utile indagare cosa limita questo.

Esiste un insieme di limiti dai confini ambigui, zone grigie per cui in certi casi non si capisce bene se prevale il diritto di accesso oppure il diritto alla riservatezza considerando la presenza di dati personali e sensibili nel documento. Su alcuni aspetti è intervenuta più di recente la Corte costituzionale a fare chiarezza dicendo che bisogna trovare il giusto equilibrio tenendo conto di questi due piatti della bilancia.

In molti casi la presenza di dati sensibili non rappresenta un ostacolo in base al principio di necessità, indispensabilità e del pari rango.

All'indomani del decreto ci si è dotati anche del FOIA. Non che fosse una novità sul piano delle idee, e non perché 60 anni prima c'erano arrivati gli USA e 270 anni prima già nel Regno di Svezia, perché ci aveva già pensato la sottocommissione Nigro durante i lavori presentati nel paragrafo 1 di questa tesi.

Il comma 6 dell'art 5 del Decreto Trasparenza stabilisce che "il rifiuto o il differimento, la limitazione dell'accesso civico generalizzato deve essere motivato con riferimento ai casi previsti dall'art. 5-bis.

¹³ <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/d06b0e55-0ecc-766b-2308-55e376c541f5>

¹⁴ Tar Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2019, N. 425.

¹⁵ Tar Sardegna, Sez. I, 4 gennaio 2019, N. 6. Rapporto Fra Tipologie Di Accesso

L'art 5-bis indica una serie di categorie che prevedono delle eccezioni alla regola generale del diritto di accesso. Di fatto però questo elenco è così ampio e indefinito che non si sa più distinguere se la regola è l'accessibilità o l'eccezione. Bisogna che il rifiuto o il differimento si basi sul test del pregiudizio.¹⁶

Comma 1: lettera A-G individua diversificati interessi pubblici che potrebbero in qualche modo essere intaccati dall'esercizio da parte di chiunque del diritto di accesso civico generalizzato, perché in quello semplice il bilanciamento lo ha già fatto il legislatore. I casi sono: sicurezza nazionale, militare, relazioni internazionali, stabilità finanziaria dello stato, la conduzione di indagini su reati e loro perseguimento etc.

Comma 2: Interessi di natura privatistica. In questo caso l'amministrazione non ha discrezionalità, non compara gli interessi, non fa il bilanciamento degli interessi perché è più semplice. I casi in questione sono: protezione dati personali (in linea con d.lgs. 196/2003 e GDPR), libertà e segretezza corrispondenza, interessi economici e commerciali di persona fisica, proprietà intellettuale.

Per evitare ulteriori dubbi soprattutto sul comma 1 art. 5-bis devono essere adottate delle linee guida da parte di un'autorità per i soggetti pubblici. L'opera è stata demandata all'ANAC e raggiungere un accordo con il Garante per la Privacy italiano. Questo avvenne. Alcune prime indicazioni, provvisorie con la promessa di ritornarci nel 2018, facendosi guidare anche dall'orientamento giurisprudenziale. È stato pubblicato di recente il Piano Triennale Di Prevenzione Della Corruzione E Della Trasparenza Dell'A.N.AC. 2023-2025, ma la giurisprudenza è intervenuta nel frattempo.¹⁷

Questa è la fine del primo capitolo, dopo aver analizzato l'evoluzione storico-normativa della trasparenza affronterò nei prossimi capitoli un tema molto più di attualità, in continuo fermento, dove non esistono certezze perché oggi potrei esprimere dei fatti e domani potrebbero cambiare notevolmente. Questo perché la tecnologia evolve molto velocemente a tal punto che anche i migliori esperti non riescono a compiere delle previsioni certe a lungo termine. Esistono vari scenari che possono essere condivisibili o meno, e che sicuramente vanno governati anche con l'intervento delle istituzioni e del diritto.

¹⁶ Tar Lazio, Roma, Sez. III-Bis, 28 marzo 2018, N. 3453.

¹⁷ Quanto espresso in questo paragrafo si basa sul saggio Santacroce, Clemente Pio. «Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia». Diritto e società, 2017, pp. 577–617, <https://doi.org/10.1400/256507>.

CAPITOLO 2: LA TRASPARENZA OGGI

2.1. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

La pubblica amministrazione oggi deve considerare il costante cambiamento tecnologico e dunque deve adattarsi a questo senza però lasciarsi travolgere e snaturarsi, ma ponendo sempre al centro quelli che sono i principi e le norme previste dall'ordinamento.¹⁸

In alcuni ambiti, specialmente quelli legati alle nozioni di documento e atto amministrativo, il supporto tecnologico ha assunto un ruolo predominante su quello analogico, sostituendolo e contaminandolo progressivamente perdendo la tradizionale connotazione di contenitore, l'uno, e contenuto, l'altro.¹⁹

Per condurre un'analisi generale procederei iniziando dal procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 241/90 nel quale avviene l'esercizio del potere amministrativo agendo mediante strumenti digitali²⁰ che porta alla formazione della volontà dell'amministrazione e si attiene anche ai principi generali esposti nel Capitolo 1 come il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza.

Partiamo dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento che ha fini di pubblicità e garanzia per i privati. Tuttavia, esistono delle esenzioni che possono essere superate grazie agli strumenti algoritmici mettendo fine ad un vulnus al principio di pubblicità e di partecipazione.²¹

La fase di avvio del procedimento è digitalizzata sulla base delle norme del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD)²² (che ho tralasciato volutamente nel Capitolo 1 di questa tesi per fare spazio alla trasparenza) che in via generale stabiliscono che il documento informatico diventa il supporto privilegiato dell'atto amministrativo²³. Infatti, in questa fase si genera il fascicolo informatico, viene comunicato il domicilio digitale dell'amministrazione e le modalità per esercitare i diritti di accesso e di partecipazione²⁴.

Per non lasciare le PA in balia di loro stesse, considerando anche le differenze di sviluppo tecnologico che sono evidenti e dipendono anche dalla disponibilità economica delle stesse, interviene in aiuto l'AgID che emana periodicamente delle Linee Guida che stabiliscono delle prerogative molto flessibili con la funzione di indirizzare verso una corretta applicazione delle norme del CAD²⁵ e questo è perfettamente in linea con il principio di "neutralità tecnologica" voluto dai giudici di Palazzo Spada²⁶.

¹⁸ Rapporto Giannini, 1979.

¹⁹ Falletta, Pietro. *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p.111.

²⁰ Art. 3-bis (Uso della telematica) L. 241/90.

²¹ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.127.

²² Codice dell'Amministrazione Digitale, CAD, d.lgs. 82/2005, con le modifiche Decreto semplificazioni n.76/2020 convertito in legge 120/2020 e il Decreto semplificazioni - bis n. 77/2021 convertito in legge n.108/2021.

²³ Falletta, Pietro, *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p.111.

²⁴ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.127.

²⁵ Sugli obiettivi della c.d. riforma Madia e, in particolare, sulla spinta verso la flessibilità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, cfr. B.G. MATTARELLA, Il contesto e gli obiettivi della riforma, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, p. 623, il quale evidenzia che l'esigenza di flessibilità si riscontra all'interno delle amministrazioni, «spesso ingessate da regole e prassi introdotte in contesti superati, incapaci di ripensare le scelte organizzative, in difficoltà di fronte allo sviluppo tecnologico». In tale ottica, «la flessibilità serve in primo luogo nelle norme sull'amministrazione digitale, troppo rigide e in parte legate a logiche obsolete: norme che richiedono di essere aggiornate e alleggerite, delegando la disciplina dove il progresso è troppo rapido perché il legislatore tenga il passo».

²⁶ Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 ottobre 2017, n. 2122. Si veda anche, con riferimento alle linee guida di ANAC, Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 1° aprile 2016, n. 855 e Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 2 agosto 2016, n. 1767.

Oggi per quanto concerne la digitalizzazione si stanno sviluppando e impiegando sempre più algoritmi e questo accade anche nella Pubblica Amministrazione. Bisogna però distinguere tra algoritmi deterministici ossia una serie di istruzioni informatiche finite e definite a monte che hanno lo scopo di raggiungere un determinato risultato²⁷ e algoritmi di intelligenza artificiale che sono più o meno autonomi nel compiere operazioni e prendere decisioni.²⁸ Questo sicuramente ha portato il giudice amministrativo a considerare l'algoritmo e il suo codice sorgente come "atto amministrativo informatico" quindi soggetto ai principi procedurali previsti dall'ordinamento, tra cui quello della trasparenza²⁹.

L'utilizzo del secondo tipo di algoritmi rischia di essere pericoloso per le garanzie che si sono costruite nel tempo circa lo svolgimento dell'azione amministrativa.³⁰ Bisogna dunque trovare un equilibrio secondo il principio di bilanciamento degli interessi tra le garanzie dei privati da un lato e l'interesse pubblico di progredire grazie all'uso della tecnologia dall'altro³¹.

Importante, dunque, nel procedimento amministrativo, è indicare l'utilizzo o meno di algoritmi, e se sono parzialmente o totalmente automatizzati³² perché in base a queste informazioni cambia un po' la disciplina.

Per quanto riguarda la categoria degli algoritmi automatizzati è utile consultare il GDPR³³ e in particolare il Considerando 71 e l'art. 22 secondo i quali l'interessato ha diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato circa aspetti personali che lo riguardano e che produca effetti giuridici o incidano in modo significativo sulla sua persona, senza una base giuridica adeguata³⁴.

La mera conoscenza del fatto che il procedimento è automatizzato non è però sufficiente, occorre anche dare accesso al codice sorgente dell'algoritmo. Il termine "accesso" va però interpretato in chiave più ampia, sulla base del principio elaborato dal giudice³⁵ di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo. Solo un'applicazione ex ante³⁶ della trasparenza all'algoritmo garantisce i diritti di contraddittorio e partecipazione e l'obbligo di motivazione. Questo deve spingere la PA ad utilizzare algoritmi open source³⁷, evitando dunque quelli proprietari considerando che i diritti di proprietà intellettuale esercitabili da questi andrebbero in contrasto con il principio di trasparenza. La trasparenza ex-post non è, invece, sufficiente da sola a garantire gli obblighi e diritti sopra citati, risulta però utile per un controllo sull'operato della PA.³⁸

²⁷ Brookshear, Glenn e Brylow, Dennis. *Informatica: Una panoramica generale*. Milano: Pearson, 2020, p. 207.

²⁸ National Geographic. *Intelligenza Artificiale: La strada verso la superintelligenza*, Milano: RBA, 2018, p. 118.

²⁹ Santoro, Luigi. [L'utilizzo dell'algoritmo nel procedimento amministrativo](#), 02 ottobre 2020.

³⁰ Falletta, Pietro. *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, [www.federalismi.it](#) n.31/2023, 27 dicembre 2023, p.113.

³¹ Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; Art. 97 Costituzione Italiana.

³² Art. 52 del AI Act, Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale.

³³ Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

³⁴ Pizzetti, Franco e Roberta Angelini. *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione: Intelligenza Artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 313-314; Considerando 71 e art. 22 del Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR).

³⁵ Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, n. 8472, cit. punto 15.1, che parla di un principio di conoscibilità come composto da due principali elementi, il diritto alla conoscenza e il diritto alla comprensibilità, inteso come il diritto a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata (prendendo a prestito le parole del regolamento GDPR). Il Collegio discute quindi di un effettivo riconoscimento, in capo all'interessato, anche di un diritto alla spiegazione come maggiormente articolato rispetto ai diritti di informazione ed accesso. Cfr. quanto dice A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, p. 372, "Gli algoritmi sono veramente comprensibili solo nella misura in cui un essere umano è nelle condizioni di comprendere il modello adottato e la logica sottesa, così come il peso di determinati input e la relativa influenza sull'assunzione della decisione finale."; Matteo Lorusso, *Dalla Francia con furore: ipotesi di una trasparenza algoritmica*, [www.federalismi.it](#) n.31/2023, 27 dicembre 2023, p. 13.

³⁶ Rispetto dei principi dell'art. 25 GDPR: digital by design e digital by default.

³⁷ Principio che viene stabilito in un certo senso anche dall'art. 69 del CAD (d.lgs. 82/2005).

³⁸ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.128-129.

Passerei ora alla fase istruttoria. Rispetto al profilo organizzativo è molto rilevante quale base di conoscenza sia sottoposta a trattamento algoritmico e come venga costruito il programma che opera su di essa. La selezione dei dati (data leak) e l'individuazione del modello in cui inserirli sono scelte umane³⁹ e in quanto tali spesso trascinano all'interno dell'algoritmo dei BIAS rendendolo di fatto non neutrale.⁴⁰ Il teorema di Shannon dice che piccoli errori dei dati di input si ripercuotono come un effetto valanga all'interno dell'algoritmo che porta ad un output completamente diverso da quello che sarebbe stato generato in caso di correttezza dei dati.⁴¹

Questi algoritmi per funzionare necessitano di una mole di dati enorme più comunemente chiamata big data che "offrono alle AI la massa critica di dati per elaborazioni complesse, a fronte però di una perdita di controllo sulla qualità e tracciabilità dei dati"⁴², infatti la PA "possiede un patrimonio informativo di vaste dimensioni, il quale rientra pienamente nella categoria dei big data", da sfruttare come corretta base di conoscenza per gli algoritmi di apprendimento.⁴³

La potenzialità dell'algoritmo sta nell'analisi di questa quantità di dati in tempi ben più celeri rispetto al responsabile umano del procedimento in ossequio al principio di tempestività dell'azione amministrativa⁴⁴.

Terminata questa fase vige l'obbligo di motivazione e qui torna il principio di accessibilità spiegato precedentemente anche dalla nota n. 17.

Un'altra faccia della medaglia dell'obbligo di motivazione è quella relativa alla comprensione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato a quella specifica decisione piuttosto che un'altra⁴⁵; infatti il giudice amministrativo parte dal presupposto che non si possano applicare tout court le norme della legge 241/90 se si usano algoritmi, stabilendo però il rispetto del principio di trasparenza grazie al suddetto obbligo⁴⁶.

L'obbligo di motivazione risulta problematico quando si utilizzano sistemi di machine learning perché risultano essere delle c.d. black box⁴⁷ (scatole nere) per cui dato un determinato input ottengo un determinato output senza però essere in grado di dare una spiegazione di come questo output sia stato generato. Infatti, neanche gli esperti tecnici informatici che hanno contribuito a ideare o programmare lo strumento, riescono tramite tecniche, ad esempio, di reverse engineering, a ricostruire passo per passo quello che è il flow (il flusso).

Questi sistemi sono modelli che vengono allenati con un grande data leak e che grazie a questo allenamento imitano il comportamento di un umano che apprende dagli errori e dalle soluzioni corrette per perfezionarsi.⁴⁸

³⁹ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p. 130.

⁴⁰ Crafa, Silvia e Gaggi, Ombretta. *Tecnologia accessibile e società inclusiva: binomio possibile?*, p.7 e ss. del saggio che appartiene al libro a cura di Nota Laura, Mascia Marco e Pievani Telmo intitolato *Diritti umani e inclusione*. il Mulino, 2019; GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE, *Artificial intelligence: opportunities and implications for future of decision making*, p.14.

⁴¹ LoRusso, Luigi ed Elena Bianchi. *Sistemi e Reti 3*, Milano: HOEPLI, 2017, p. 101. Shannon, Claude. *Comunicazioni Theory of Secrecy System*, Bell System Technical Journal, Vol. 28, 1949, pp. 656-715.

⁴² Sul punto Lorusso, Matteo. *Dalla Francia con furore: ipotesi di una trasparenza algoritmica*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p. 142 che a sua volta cita R. URSI, *La variante digitale della costruzione della decisione amministrativa*, in La legge n. 241 del 1990, cit., p, 402. Cfr. anche A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p 8.

⁴³ Lorusso, Matteo. *Dalla Francia con furore: ipotesi di una trasparenza algoritmica*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p. 143 e che a sua volta cita R. URSI, *La variante digitale*, cit., p. 403.

⁴⁴ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.130; Art. 2 e art. 7 L. 241/90.

⁴⁵ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.131.

⁴⁶ C. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Il giudice sicuramente si è ispirato nella formulazione della sentenza agli art. 13 e 15 del GDPR che rispettivamente riguardano l'informativa e l'esercizio del diritto di accesso alle informazioni.

⁴⁷ Pasquale, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Harvard, 2016.

⁴⁸ Marmo, Roberto. *Algoritmi per l'intelligenza artificiale*. Milano: HOEPLI, 2020, p.142 e ss..

Un'altra difficoltà riguarda la traduzione del linguaggio amministrato, tipico della formulazione delle norme giuridiche, in regole tecniche di tipo matematico che utilizzano un linguaggio binario formato da zeri e uni.

Questo perché l'intelligenza umana non è riassumibile all'interno di formule matematiche rendendo l'equivalenza tra mente umana e cervello elettronico inammissibile. Le macchine infatti non sono in grado di dare un'interpretazione semantica compatibile con quella umana anche se dall'esterno sembrerebbe così.⁴⁹ Il risultato in realtà si rivela essere l'opzione più probabile o che rispecchia i pattern delle serie storiche.⁵⁰

2.2 LA FIGURA DEL RESPONSABILE

Per i motivi sopraesposti non è possibile lasciare la discrezionalità amministrativa in mano alle macchine che, anche se sono perfettibili, non raggiungeranno in tempi brevi (e probabilmente mai) la condizione di esprimere una Verità dalla quale non ci si possa discostare. Il giudice amministrativo nel caso buona scuola⁵¹ ha espresso il principio di human in the process, cioè la figura del responsabile⁵² rimane e assume un ruolo centrale perché serve da garante della correttezza dei risultati prodotti dalla macchina e come persona con cui i cittadini possano interfacciarsi.

È vero che da un punto di vista di pura trasparenza noi non possiamo conoscere i processi cognitivi che hanno formulato la decisione del responsabile umano, però dall'altra parte è vero anche che esiste il fenomeno della black-box in alcuni sistemi e che comunque questi non sono in grado di processare le norme e il linguaggio naturale al pari di un umano.

La centralità dell'essere umano e il rispetto dell'algoritmica è fondamentale nell'uso di queste tecnologie, ribadisce Papa Francesco durante il suo intervento al G7 nella sua relazione sull'intelligenza artificiale.⁵³

La figura responsabile dovrebbe però oggi avere un grado di alfabetizzazione digitale tale per cui possa svolgere il proprio lavoro nel migliore dei modi. Purtroppo, l'utilizzo costante di queste tecnologie porta a condizionare le scelte di noi esseri umani soprattutto nei casi in cui l'algoritmo produce un risultato corretto nel 99% dei casi.⁵⁴ Questo non deve però ingannare e quindi preferire personale meno qualificato perché tanto ci pensa la macchina, anzi proprio per questo motivo bisogna selezionare soggetti con competenze giuridiche ma anche tecnologiche avanzate.

Questo permette anche di avere maggiore autenticità di quella che per il cittadino da fuori riceve come decisione amministrativa. Ai cittadini non interessa che quella decisione sia stata assunta da una macchina, da una persona o un ibrido, ma interessa che quella decisione sia stata presa seguendo tutti i crismi del caso, bilanciando l'interesse pubblico affidato all'amministrazione e l'interesse del singolo privato.

Dico questo perché bisogna tenere conto anche dei vizi in cui l'amministrazione potrebbe incorrere.

Considerando che l'amministrazione ha un potere più o meno discrezionale in base al tipo di potere di cui è stata investita, si ritiene pacifico che per quelle situazioni in cui le scelte tendono ad essere vincolate si possa utilizzare un algoritmo perché il funzionario responsabile dovrebbe comunque rispettare questo vincolo

⁴⁹ Moro, Paolo. "Intelligenza Artificiale per Legge." *Intelligenza Artificiale e Tutela Della Persona Umana. Le Implicazioni Etico-Giuridiche Dell'IA*, www.academia.edu 2024, p. 120-121.

⁵⁰ Wayne L. Winston S. Christian Albright, *Practical Management Science: 13.5 Overview of time series models*, 2018, p.745.

⁵¹ Consiglio di Stato, n.2270 del 2019.

⁵² Art. 5 della L. n. 241/90.

⁵³ Papa Francesco. *Gli effetti dell'intelligenza artificiale sul futuro dell'umanità*. Italia: G7, 13-15 giugno 2024.

⁵⁴ Lyotard, Jean-François. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*. 1979: egli diceva che l'informatizzazione sta esteriorizzando il sapere rispetto al sapiente, per cui le persone tendono a studiare e impegnarsi di meno perché possono permettersi di demandare il tutto alla macchina.

avendo l'unica funzione di eseguire quanto previsto.⁵⁵ Rimangono comunque i problemi rispetto alla traduzione del linguaggio giuridico in binario, però, finché gli algoritmi non migliorano su questo aspetto, si potrebbero usare perché rimane fermo l'intervento del responsabile e l'obbligo di motivazione in capo all'amministrazione oltre che la tutela data dal Codice del Processo amministrativo e dal giudice.

Sta di fatto che l'utilizzo di algoritmi aumenta di molto l'efficienza in termini di tempo e riduce le disparità o, meglio, dovrebbe; dico questo perché l'algoritmo è pur sempre costruito da umani che riversano al suo interno i propri ideali o comunque influenzano l'algoritmo anche inconsapevolmente. A proposito mi viene in mente il caso Loomis. Il problema nasce dall'utilizzo negli Stati Uniti di un algoritmo proprietario in ambito giudiziario per il calcolo della recidiva per ottenere uno sconto di pena, basato su un questionario di 137 domande di vario tipo. Succede che questo software, chiamato Compas, risultasse razzista a noi esseri umani perché a parità di reato commesso una persona di pelle bianca otteneva come risultato una probabilità di recidiva minore rispetto ad una persona di pelle nera. In realtà non è che l'algoritmo fosse razzista, ma sicuramente le domande erano progettate nel mettere in risalto le differenze economico-sociali-culturali delle persone carcerate restituendo uno specchio della società. La persona di pelle nera che provenisse dal ghetto o da una famiglia meno abbiente, luoghi considerati pericolosi dato l'alto tasso di criminalità, assegnava in automatico una maggior recidiva a queste persone, nonostante queste magari abbiano seguito una riabilitazione o fossero pronte al reinserimento in società.

Tornando a noi, analizzando vari documenti come le Strategie Nazionali per la Digitalizzazione e il PNRR si evidenzia come ci sia un interesse politico ed economico di investire nella digitalizzazione per dare concretezza ai vari principi che ne discendono⁵⁶ come il principio di cloud first e once only, l'importanza dei dati e della datificazione⁵⁷, l'incremento dei servizi pubblici e maggior attenzione al patrimonio informativo.

Un ultimo tema in materia riguarda l'interoperabilità tra pubbliche amministrazioni di cui farò due esempi:

1) Il Single Digital Gateway (SDG), introdotto dal Regolamento UE 2018/1724, è uno sportello digitale unico per cittadini e imprese europee che consente l'accesso a 21 procedure prioritarie interamente online secondo il principio "once only". Il Portale Your Europe funge da punto d'accesso iniziale, reindirizzando l'utente al servizio competente della Pubblica Amministrazione per l'autenticazione tramite login eIDAS. L'istruttoria avviene digitalmente, sfruttando l'Once-Only Technical System (OOTS) per lo scambio di prove tra le amministrazioni.

2) La Piattaforma Nazionale Digitale Dati (PDND) supporta la trasmissione e il consolidamento dei dati tra amministrazioni pubbliche, riducendo gli oneri amministrativi⁵⁸. Questa piattaforma espone un catalogo di e-service accessibili tramite API (punti di accesso), con processi standard per l'accreditamento e la gestione dei livelli di autorizzazione.⁵⁹

Concludo così questo capitolo passando all'analisi della trasparenza e la digitalizzazione nelle procedure di scelta dell'altro contraente nella materia dei contratti pubblici.

⁵⁵ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p. 137.

⁵⁶ Strategia Italiana per l'Intelligenza Artificiale 2024-2026, p.3 e 5; cfr. <https://padigitale2026.gov.it/>

⁵⁷ Sarra, Claudio. *Il mondo-dato: saggi su datificazione e diritto*. CLEUP. p. 29 e ss.

⁵⁸ Art. 50-ter, comma 2, del CAD.

⁵⁹ Per questi due esempi ho preso spunto da: Falletta, Pietro. *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p. 115-117.

CAPITOLO 3: CONTRATTI PUBBLICI

3.1 PANORAMICA GENERALE

Ho scelto di dedicare un capitolo ai contratti pubblici e approfondire questo tema perché il nuovo codice dei contratti pubblici rappresenta una prima codificazione di molti principi frutto di elaborazione da parte del giudice amministrativo che ho già espresso nel capitolo precedente.

Ma prima qualche cenno evolutivo della materia:

Per trattare la disciplina dei contratti pubblici si potrebbe partire e rimanere all'interno dell'ordinamento statale italiano che si occupava di questo tema da un punto di vista meramente contabile.

Si potrebbe tornare indietro di un secolo al Regio Decreto 827/1924 o anzi se volessimo andare più indietro potremo arrivare alla legge 2248/1865 e i suoi allegati - legge per l'unificazione amministrativa del regno d'Italia e tra i diversi allegati c'era un allegato F che dedicava numerosissime disposizioni al tema degli appalti pubblici, dei contratti soprattutto per la realizzazione di opere pubbliche.

Rimanendo però entro il confine del XXI secolo bisogna tener conto dell'appartenenza dell'Italia al sistema sovraordinato che è l'Unione Europea che ha approvato nel tempo diversi pacchetti di direttive sul tema e in particolare le direttive 17 e 18/2004 che furono recepite dal legislatore italiano attraverso un primo codice dei contratti pubblici d.lgs. 163/2006. Poi nel 2014 sarebbe sopraggiunto un nuovo pacchetto di direttive 23-24-25 che avrebbe poi portato in Italia l'approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici con il d.lgs. 50/2016, rimasto in vigore fino al 30 giugno 2023.

Infine, il codice 2016 è stato sostituito più di recente dal Nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023.

Il nuovo codice dei contratti pubblici è entrato in vigore il 1° aprile 2023 per avere quella trincea di finanziamenti del PNRR dall'UE, ma ha iniziato a spiegare i suoi effetti a partire dal 1° luglio 2023 per dare tempo anche alle amministrazioni di far fronte alla modifica normativa.⁶⁰

La normativa europea si occupa principalmente di questo tema per garantire una concorrenza piena e leale tra tutti gli operatori economici. Mentre il tema è parecchio interessante per il mondo imprenditoriale privato perché rappresenta tra il 15-20% della spesa pubblica complessiva comunitaria.

Il legislatore, inoltre, si è basato anche sul piano sulla digitalizzazione 2016-2020 della Commissione Europea (E-Government Action Plan) e che ha recepito in modo particolare nell'art. 19 e seguenti e queste norme sulla digitalizzazione e la trasparenza acquistano efficacia dal 1° gennaio 2024.⁶¹

L'art. 19 che è rubricato 'Principi e diritti digitali' al comma 1 ci dice che le Stazioni Appaltanti devono assicurare la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, di sicurezza informatica e di protezione dei dati personali.

Di seguito verranno approfonditi tre macro-aspetti che troviamo disciplinati nella Parte II del codice:

- 1) La trasparenza nel ciclo di vita dei contratti pubblici.
- 2) Il principio dell'once only.
- 3) Utilizzo di Intelligenza artificiale e blockchain.

⁶⁰ Art. 229 e Art. 226 d.lgs. 36/2023.

⁶¹ Abrogazione comma 32 dell'art. 1 legge 190/2012.

3.2 TRASPARENZA

Il legislatore declina la trasparenza come principio cardine dell'agire amministrativo nel settore dei contratti pubblici grazie all'inserimento di norme ad hoc che servono come direttrice per le PA e da garanzia per i cittadini. Gli articoli nello specifico sono l'art. 20 e l'art. 28 del Codice e l'art. 37 del Decreto Trasparenza⁶².

L'art. 28 pone l'obiettivo di realizzare la prima esperienza nazionale di "trasparenza per banche dati". Prevede infatti la trasmissione alla Banca Dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP)⁶³ gestita dall'ANAC di informazioni e dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici che verranno tempestivamente resi pubblici anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza e saranno aggiornati periodicamente.⁶⁴ *Inoltre tutti i cittadini potranno conoscere i dati riferiti alla struttura proponente, all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, all'aggiudicatario, all'importo di aggiudicazione, ai tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e all'importo delle somme liquidate nonché ai resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.*⁶⁵

Restano esclusi da tale obbligo le informazioni e i dati relativi alle commissioni giudicatrici perché queste vengono pubblicate sul sito nella sezione "Amministrazione Trasparente" da parte delle stazioni appaltanti.

Il vantaggio di tali procedure è che ottemperano al principio dell'once only di cui parlerò successivamente.

Per quanto riguarda la modalità operativa di queste operazioni bisogna seguire la disciplina prevista dall'art. 9 bis del decreto Trasparenza e anche dal provvedimento Anac n. 264/2023⁶⁶.

Innanzitutto, rimangono fermi i vari diritti di accesso che sono stati analizzati nel Capitolo 1; l'art. 6 della delibera ANAC stabilisce che in caso di mancata pubblicazione delle suddette informazioni si può presentare una richiesta di accesso civico al Responsabile della Corruzione e della Trasparenza della stazione appaltante per capire se la mancata trasmissione o pubblicazione sia imputabile alla stessa. In caso contrario si potrà formulare una richiesta al RPCT dell'ANAC. Stessa operazione vale anche per l'accesso civico generalizzato.⁶⁷

Per quanto riguarda il diritto di accesso generalizzato si ponevano dei dubbi in passato sulla sua legalità nell'ambito dei contratti pubblici, ma che sono stati risolti prima con un orientamento giurisprudenziale favorevole reso con una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10/2020 e poi definitivamente con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

Nonostante ciò, è interessante analizzare in breve quanto stabilito dai giudici di Palazzo Spada anche perché il Nuovo Codice dei contratti pubblici è frutto di un'elaborazione di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali molto recenti da parte di una commissione formata da giuristi e giudici del TAR e Consiglio di Stato che hanno fatto confluire nel codice e hanno cristallizzato in norme giuridiche.

Nel caso di specie ci si chiedeva se in materia di contratti pubblici si ricadesse nelle esclusioni previste dall'art. 5-bis introdotto con il d.lgs. 97/2016 traducendosi dunque in un'impossibilità di accesso civico generalizzato oppure no, questo perché poco tempo prima era entrato in vigore il codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016 che prevedeva già l'art. 53 per quanto riguarda la trasparenza delle procedure.

⁶² come modificato dall'art. 224 comma 4 del Codice.

⁶³ Art. 23 d.lgs. 36/2023 (Nuovo Codice dei Contratti pubblici).

⁶⁴ Corrado, Anna. *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*. www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p.85-86

⁶⁵ Art. 28 comma 3 d.lgs. 36/2023.

⁶⁶ Adottato dal comma 4 dell'art. 28 d.lgs. 36/2023 e che entra in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2024.

⁶⁷ Corrado, Anna. *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023, p.87

Da un lato c'era maggiore apertura circa questo diritto di accesso come si può capire dalla sentenza del Consiglio di Stato, III sez., n. 3780 del 5 giugno 2019 secondo la quale l'entrata in vigore di questo art. 5-bis non poteva intendersi come un ostacolo applicabile all'intera materia dei contratti pubblici. Questo orientamento, infatti, si rileva essere in linea con il principio di trasparenza inteso come contrasto a fenomeni di corruzione che, in caso di impiego di risorse pubbliche, è probabile che possa accadere.

Dall'altro lato la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, negava il diritto di accesso generalizzato perché guardava più alla forma che alla sostanza.

La questione rimessa all'Adunanza plenaria riguardava un'istanza d'accesso generica formulata da una società che aveva raggiunto il secondo posto in graduatoria dopo aver partecipato a una gara per l'affidamento del Servizio Integrato di Energia per le PA.

L'amministrazione rigettò l'istanza dando come motivazione la mancata titolarità e specificità nella richiesta.

L'Adunanza stabilisce che l'amministrazione competente ha il dovere di esaminare l'istanza formulata in modo generico o cumulativo anche alla stregua del diritto di accesso civico generalizzato oltre che quello documentale ex art. 22 l. 241/90, a meno che non si evinca in modo non equivoco la specificità della richiesta di un particolare diritto di accesso.

Questo si estende poi anche a livello processuale in un eventuale ricorso ex art. 116⁶⁸ Codice del Processo Amministrativo⁶⁹ per cui il giudice potrebbe pronunciarsi in merito ad entrambe le questioni.

Mentre in caso di silenzio inadempimento da parte dell'amministrazione potrebbe rendersi necessario ricorrere ai sensi dell'art. 117⁷⁰ invece che la tutela ex art. 116.

L'altra questione rimessa all'Adunanza riguardava se in quanto seconda classificata la società avesse diritto di accesso agli atti della fase esecutiva al fine di accertare eventuali inadempienze che le potrebbero consentire il subentro, rispondendo che in generale in caso di interesse concreto e attuale gli operatori economici possono accedere agli atti di gara ex art. 53 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Infine, si è pronunciata in merito anche al diritto di accesso civico generalizzato stabilendo che tale diritto è applicabile ed è in linea con i corollari di imparzialità e buon andamento spiegati nel Capitolo 1, salvo le eccezioni stabilite dal combinato disposto degli art. 53 d.lgs. 50/2016 e art. 5-bis d.lgs. 33/2013.

Nei casi concreti queste eccezioni vanno valutate secondo il principio di bilanciamento degli interessi.⁷¹

Quanto espresso sopra oggi è confluito nell'art. 35 del Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 36/2023, chiarendo i casi in cui si applica il diritto di accesso civico semplice, quello generalizzato previsti dal decreto Trasparenza oppure il diritto di accesso documentale ex art. 22 della legge 241/90.

Vengono escluse dal regime di trasparenza quelle informazioni che potrebbero ledere segreti industriali, il know how aziendale e in generale i diritti di proprietà industriale, a meno che queste non si rendano strettamente indispensabili per una difesa in giudizio.

⁶⁸ Art. 116 Codice del processo amministrativo rubricato Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi.

⁶⁹ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 aggiornato al d.lgs. 6 dicembre 2023, n. 224.

⁷⁰ Art. 117 Codice del processo amministrativo rubricato Ricorsi avverso il silenzio.

⁷¹ Sulle informazioni circa l'Adunanza plenaria ho preso spunto da Corrado, Anna. *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, www.federalismi.it n.16/2020, 27 maggio 2020.

Una novità rispetto agli obblighi di trasparenza è quella prevista dall'art. 36 rispetto alla diretta "messa a disposizione" in piattaforma dell'offerta dell'aggiudicatario, cioè dell'operatore economico classificatosi in prima posizione, perché diventa di interesse pubblico considerando che verranno fatti degli investimenti o comunque ci saranno degli impegni che verranno assolti attraverso soldi pubblici.

Inoltre per quanto riguarda i primi cinque classificati, considerando che potrebbero verificarsi delle situazioni di ripescaggio, o per recesso da parte della prima classificata, o in seguito a pronunce del giudice basate sulla tutela prevista dall'art. 90 del Codice, essi avranno una sezione dedicata dove poter prendere reciprocamente visione delle offerte, per evitare, in base al principio del buon andamento, di formulare ciascuna istanze di accesso che in astratto verrebbero quasi certamente presentate alla stazione appaltante.

3.3 PRINCIPIO DELL'ONCE ONLY:

Questo principio è previsto dal comma 2 dell'art. 19 e stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non possono richiedere agli operatori economici dati o informazioni già in loro possesso o che possono essere acquisiti tramite l'accesso a banche dati delle pubbliche amministrazioni.

Per quanto riguarda invece l'applicazione di tale principio bisogna riferirsi al comma 2 dell'art. 20 che prevede "il principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni"⁷², secondo cui le stazioni appaltanti non potrebbero chiedere informazioni di cui sono già in possesso o che potrebbero ottenere da banche dati o da altre pubbliche amministrazioni⁷³ secondo il principio di interoperabilità.

Circa l'interoperabilità ci pensa il comma 2 dell'art. 21 che fa un rimando al CAD e all'art. 22 del Codice il quale è rubricato "Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)" quale insieme dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti⁷⁴ che consentono a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale; b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara; d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico; e) la presentazione delle offerte; f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.⁷⁵

A rinforzo dell'interoperabilità ci pensa l'art. 24 che disciplina il "Fascicolo virtuale dell'operatore economico" nel quale le aziende possono caricare dati, documenti e informazioni varie da utilizzare in tutte le gare in cui l'operatore economico intenda partecipare. La logica di base è quella, ad esempio, di un account Google dove si salvano dati anagrafici e informazioni di contatto per accedere a vari servizi.

⁷² Art. 20 comma 2 d.lgs. 36/2023 (Nuovo Codice dei Contratti Pubblici)

⁷³ Sul punto M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico*. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale, in *Dir. Pubbl.*, vol. 11, 2, 2005, p. 544, dice che non si pone un problema in materia di dati personali considerando che la condivisione di dati avviene da un soggetto pubblico ad un altro.

⁷⁴ Comma 1 art. 22 d.lgs 36/2023.

⁷⁵ Comma 2 art. 22 d.lgs 36/2023.

È auspicabile che questi principi, che vanno sotto il cappello della semplificazione, favoriscano soprattutto le piccole medie imprese (PMI) considerando che spesso non dispongono e non riescono ad investire in risorse umane, finanziarie e tecniche necessarie per gestire la complessità delle gare pubbliche⁷⁶.

Per dare concretezza e far funzionare al meglio non poteva mancare un articolo dedicato come l'art. 25 rubricato "Piattaforme di approvvigionamento digitale" stabilendo che le piattaforme per funzionare devono essere interconnesse grazie a servizi e sistemi informatici che seguono specifiche regole tecniche dettate dal successivo art. 26 secondo il quale l'AgiD e l'ANAC provvedono ad emanare le modalità di funzionamento e certificazione delle piattaforme.

Quando si parla di piattaforme, infine, un principio fondamentale nella materia dei Sistemi e Reti e delle Telecomunicazioni è la disponibilità del servizio che viene codificata all'art. 27. Questo principio di disponibilità (in inglese availability) sta alla base del funzionamento di quasi la maggior parte delle reti.

Le reti infatti sono formate da nodi per cui anche nel caso in cui alcuni di questi non sono più raggiungibili oppure sono fermi per manutenzione, gli altri devono essere in grado di riformulare lo schedule, cioè la tabella che gestisce i processi, in modo da permettere di gestire il flow della rete e assolvere le varie richieste. Sicuramente i tempi di connessione saranno leggermente più lunghi, ma i sistemi oggi sono perfettamente in grado di compiere l'operazione di balancing in modo ottimale tale per cui noi esseri umani non ci accorgiamo nemmeno del malfunzionamento temporaneo.

Oggi più che mai, tutti questi aspetti della digitalizzazione devono fare i conti anche con l'intelligenza artificiale di cui parlerò nel prossimo paragrafo.

⁷⁶ Come ci ricorda Corrado, Anna. *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, www.federalismi.it n.19/2023, 26 luglio 2023, p. 118 che a sua volta richiama quanto espresso già da B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e politiche a sostegno delle piccole e medie imprese. Gli strumenti compatibili con la disciplina comunitaria e nazionale sui contratti pubblici*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2, 2011, p. 551 e ss..

3.4 INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Per affrontare questo ultimo paragrafo partirei dalla legge delega 78/2022 recante come titolo ‘delega al governo in materia di contratti pubblici’, la quale prevedeva all’art. 1⁷⁷ una lista di adempimenti suddivisi in lettere, tra le quali ve n’era due in particolare che vorrei ricordare: - lett. m: secondo la quale gli obiettivi di riduzione dei tempi nelle gare e nei contratti di appalto pubblico dovranno essere raggiunti tramite la digitalizzazione e l’implementazione della banca dati nazionale e del fascicolo virtuale dell’operatore economico. (di cui ho parlato ampiamente nel paragrafo precedente.) -lett. t: ci dice che le stazioni appaltanti potranno ricorrere anche ad automatismi al fine della valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici in sede di gara per aggiudicarsi un contratto pubblico.

La lettera t in particolare ha portato poi alla nascita dell’art. 30 del Codice dei Contratti pubblici rubricato “Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici”⁷⁸. Con questo articolo il legislatore ci dice che *“le stazioni appaltanti per migliorare l’efficienza prevedono ove possibile ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a diverse soluzioni tecnologiche innovative”* e poi aggiunge, *“ivi incluse l’intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia. (che saranno approvate)”*⁷⁹.

Un anno prima rispetto all’elaborazione di questa tesi nell’ordinamento italiano ed europeo non c’era nulla di concreto e ufficiale rispetto a Intelligenza Artificiale e Registri Distribuiti, ma il legislatore era ben consapevole che a breve arriverà il Regolamento Europeo sull’intelligenza artificiale, il c.d. AI Act. Il legislatore inoltre rinvia alle disposizioni in materia non solo al diritto positivo, ma anche ancora una volta al diritto giurisprudenziale, cioè le regole che trovano elaborazione grazie al giudice amministrativo.

L’art. 30 recepisce questi principi di natura giurisprudenziale. Al comma 3 ci dice che le decisioni assunte mediante automazione devono rispettare tra gli altri il principio di non esclusività della decisione algoritmica, vuol dire che è subordinato comunque al controllo umano che verifichi la correttezza dell’esito automatico delle decisioni prese. Vediamo dunque che torna quanto già espresso precedentemente rispetto al principio di human in the process.

Per quanto riguarda l’e-procurement è sufficiente un po’ di intelligenza artificiale da assegnare alla macchina per lo svolgimento di compiti ripetitivi che tolgono tempo all’operatore umano, consentendo così di raggiungere gli obiettivi di efficienza e conoscenza necessari per rinnovare il sistema degli appalti.⁸⁰

Inoltre, torna tutto il discorso relativo alla conoscibilità dell’algoritmo intesa in modo esteso oltre che gli obblighi di trasparenza e di motivazione in capo alla pubblica amministrazione.

Eviterei dunque di essere ripetitivo nel compiere nuovamente questa analisi, e vorrei concentrarmi su alcuni esempi concreti di utilizzo di procedure automatizzate nell’ambito del ciclo di vita dei contratti pubblici.

La milestone M1C1-75 del PNRR⁸¹ prevede che nel sistema di e-Procurement di Consip si utilizzi il machine learning come tecnologia con lo scopo di elaborare informazioni sulle transazioni avvenute sul MePa.⁸²

Il Mercato Elettronico della pubblica amministrazione è stato introdotto nel 2002.⁸³

⁷⁷ Art. 1 lett. m) e lett. t) legge 78/2022.

⁷⁸ Art. 30 d.lgs 36/2023.

⁷⁹ Art. 30 comma 1 d.lgs 36/2023.

⁸⁰ Corrado, Anna. *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, www.federalismi.it n.19/2023, 26 luglio 2023, p.132

⁸¹ Dovrà essere operativo entro il 31 dicembre 2023.

⁸² Corrado, Anna. *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, www.federalismi.it n.19/2023, 26 luglio 2023, p.141

⁸³ d.P.R. n.101 del 2002

Si tratta di uno strumento virtuale che consente l'acquisto e la negoziazione per beni e servizi che abbiano importi sotto una determinata soglia comunitaria che si possono trovare nelle tabelle pubblicate nel sito del Consip.⁸⁴ Si tratta di un canale di vendita aggiuntivo a quello tradizionale che però ultimamente è stato imposto a determinate categorie di amministrazioni pubbliche.⁸⁵

Mentre il sistema di CRM Customer Relationship Management costituisce il principale canale di comunicazione e supporto agli utenti dell'ecosistema di e-Procurement di Consip⁸⁶. Svolge un'attività di analisi e monitoraggio dei dati e prevede l'implementazione di un chatbot a supporto degli utenti che hanno difficoltà che possono essere semplicemente risolte grazie all'automazione, mentre in caso di problemi più complessi rimane a disposizione un call center per rivolgersi ad un operatore umano.⁸⁷

Poi esistono anche le aste elettroniche alle quali gli operatori economici possono partecipare al rilancio dell'offerta in tempo reale grazie ad un algoritmo che comunica istantaneamente la posizione in classifica di queste in modo da rendere trasparente una procedura irripetibile. Le stazioni appaltanti ex-ante individuano le offerte ammissibili, le classificano e forniscono agli operatori economici tutte le informazioni necessarie per garantire una corretta partecipazione.⁸⁸

Infine, considerando l'aleatorietà dei possibili malfunzionamenti, se dai file di log non risultano blocchi, interruzioni o anomalie imputabili alla stazione appaltante⁸⁹, la procedura dovrà considerarsi legittima come stabilisce la giurisprudenza,⁹⁰ e dunque ad esempio nel caso di deposito della domanda a ridosso del termine ultimo, dovrà considerarsi presentata in ritardo e ciò si traduce in un'esclusione del concorrente⁹¹

3.5 BLOCKCHAIN

L'art. 30 del codice prevede anche l'utilizzo di "registri distribuiti" tra cui c'è la blockchain, una tecnologia che permette l'interazione tra peers (pari) nella rete che si organizzano e si basano sull'accordo prima di pubblicare e inserire in modo permanente e non modificabile qualcosa nel registro.

Questa tecnologia permette di conservare e certificare che in un preciso momento storico è avvenuto un salvataggio nel registro di un determinato contenuto⁹², paragonabile per certi versi alla notarizzazione.

L'obiettivo M1C1-75 previsto dal PNRR di cui Consip è responsabile, l'evoluzione del Sistema nazionale di e-Procurement comprende l'implementazione di funzioni di *Status chain* dedicate alla conservazione e alla certificazione delle informazioni relative alle procedure di acquisto gestite tramite lo stesso sistema, dunque, di utilizzare questa tecnologia per fini di trasparenza per il salvataggio di informazioni come i file di log.⁹³

Un ulteriore sviluppo legato all'utilizzo di tecnologia blockchain riguarderebbe gli smart contracts per la fase di esecuzione del contratto. Questo perché sono contratti che impiegano tecnologie che permettono di essere totalmente o in parte auto-esecutivi e che si basano su clausole algoritmiche predefinite ex-ante.

⁸⁴ [Acquisti in rete PA](#) .

⁸⁵ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.164.

⁸⁶ Corrado, Anna. *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, [www.federalismi.it](#) n.19/2023, 26 luglio 2023, p.140

⁸⁷ Corrado, Anna. *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, [www.federalismi.it](#) n.19/2023, 26 luglio 2023, p.141

⁸⁸ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p. 166.

⁸⁹ Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023, p.166-167.

⁹⁰ Consiglio di Stato, sezione III, 24 novembre 2020, n.7352; Consiglio di Stato, sezione III, 7 gennaio 2020, n.86).

⁹¹ Marco Bonbardelli, *Partecipazione alle procedure telematiche e funzionamento della piattaforma digitale*, in "Giurisprudenza italiana", 2021, n. 6, p. 1441-1442.

⁹² Tanwar Sudeep, *Blockchain Technology: From Theory to Practice*, India, Springer, 2023, p. 4 e ss..

⁹³ Corrado, Anna. *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, [www.federalismi.it](#) n.19/2023, 26 luglio 2023, p.143-144

CONCLUSIONI

Vorrei concludere questa tesi con una recente pronuncia dei giudici di Palazzo Spada. In breve, il fatto:

La stazione appaltante Università “Magna Grecia” di Catanzaro aveva la necessità di costruire un nuovo edificio e per questo motivo aveva indetto una gara d'appalto.

Il problema nasce quando l'università ha escluso una SRL dalla gara perché aveva presentato una parte dell'offerta utilizzando un'altra piattaforma perché quella proposta dall'università non permetteva di caricare documenti corposi che superassero un certo limite. La SRL in questione aveva anche avviato un ticket per ampliare il limite di MegaByte previsto, ma l'intervento tecnico non è stato tempestivo.

Il Consiglio di Stato, sezione VII, si è pronunciato in merito con la sentenza 1° luglio 2024, n. 5789 stabilendo che debba considerarsi valido l'invio dei file caricati su U-Buy e anche di quelli aggiuntivi spediti mediante WeTransfer. In questo caso non bisogna guardare ai formalismi considerando anche che la piattaforma non aveva previsto la possibilità di invio di file di grandi dimensioni, ma bisogna guardare al fatto che i principi in materia di contratti pubblici devono essere rispettati. Nonostante la maggior parte di questi siano codificati nel d.lgs. 36/2023 e la gara si è svolta ex d.lgs. 50/2016, un ruolo importante lo aveva anche l'orientamento giurisprudenziale di cui i giudici del TAR non hanno tenuto conto.

I principi in questione sono quelli esposti nei capitoli precedenti, tra cui il rispetto di utilizzo di procedure digitalizzate che l'operatore economico ha rispettato e il principio di segretezza dell'offerta perché il link inviato tramite PEC era accessibile solo alla stazione appaltante. In questo caso l'università avrebbe dovuto applicare il principio di risultato⁹⁴ e quindi perseguire la fase di affidamento ed esecuzione con tempestività, tenendo conto della miglior offerta, nel rispetto della legalità, trasparenza e concorrenza, e il principio della fiducia⁹⁵ per cui la stazione appaltante ha a disposizione una discrezionalità amministrativa che le permette di perseguire il principio di risultato.⁹⁶

Da questa sentenza emerge come oggi ci troviamo in una fase di transizione per cui molti aspetti sono codificati e altri no e di come anche l'utilizzo delle tecnologie non debbano andare in contrasto con principi ormai consolidati nella giurisprudenza amministrativa. Una cosa che rimane certa è la permanenza di questi e che l'intervento del giudice amministrativo tutelerà sempre questi principi.

Concludo così questa tesi dopo aver fatto un'analisi dei punti salienti che hanno portato, in un secolo e poco più, allo sviluppo della trasparenza, partendo da un'ideale e arrivando oggi a doverla coniugare con lo sviluppo della nostra società e del fenomeno della digitalizzazione.

⁹⁴ Art. 1 d.lgs. 36/2023.

⁹⁵ Art. 2 d.lgs. 36/2023

⁹⁶ Consiglio di Stato, sezione VII, 01/07/2024, (ud. 18/06/2024, dep. 01/07/2024), n.5789, in DeJure Banche dati Editoriali GFL al seguente [link](#).

BIBLIOGRAFIA

Atti parlamentari, n.22921, Camera dei deputati, Legislatura XXII, 1° sessione, Discussioni, 2° Tornata, 17 giugno 1908 che si può consultare al seguente link: <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg22/sed529.pdf>.

Senato della Repubblica, Disegno di Legge Costituzionale n. 1429-D, XVII Legislatura, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi), 2016.

Della Cananea, Giacinto. *Mario Nigro Riformatore: La legge sul procedimento amministrativo*. Nomos 3/2023, p. 3.

Commissione di studio per la revisione delle norme del procedimento amministrativo (Commissione Giannini), "Relazione finale." Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, 1979.

Atti Parlamentari, n.4504, Camera dei deputati, IX Legislatura, Disegno di Legge presentato dal presidente del consiglio (Craxi) il 9 marzo 1987.

Camera dei deputati e Senato della Repubblica, X Legislatura, Disegni di legge e relazioni – Documenti, Relazione conclusiva sull'attività della commissione di studio per l'attuazione della legge 7 agosto 1990, n.241, recante "nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso a documenti amministrativi".

Fiorenzano, Sergio. *L'accesso ai documenti amministrativi. Pareri espressi dalla Commissione sui quesiti più significativi posti da pubbliche amministrazioni o privati cittadini*, Presidenza del Consiglio dei ministri.

Enrico Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini" 2/2005, pp. 573-600, doi: 10.1438/20421.

Crafa, Silvia e Gaggi, Ombretta. *Tecnologia accessibile e società inclusiva: binomio possibile?* che appartiene al libro a cura di Nota Laura, Mascia Marco e Pievani Telmo intitolato *Diritti umani e inclusione*. il Mulino, 2019.

Santacroce, Clemente Pio. «*Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*». Diritto e società, 2017, pp. 577–617, <https://doi.org/10.1400/256507>.

Falletta, Pietro. *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023.

Torchia, Luisa. *Lo stato digitale: una introduzione*. il Mulino, 2023.

Brookshear, Glenn e Brylow, Dennis. *Informatica: Una panoramica generale*. Milano: Pearson, 2020.

National Geographic. *Intelligenza Artificiale: La strada verso la superintelligenza*, Milano: RBA, 2018.

Santoro, Luigi. *L'utilizzo dell'algoritmo nel procedimento amministrativo*, 02 ottobre 2020.

Pizzetti, Franco e Roberta Angelini. *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione: Intelligenza Artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

Matteo Lorusso, *Dalla Francia con furore: ipotesi di una trasparenza algoritmica*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023.

GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE, *Artificial intelligence: opportunities and implications for future of decision making*.

LoRusso, Luigi ed Elena Bianchi. *Sistemi e Reti 3*, Milano: HOEPLI, 2017.

Shannon, Claude. *Comunicazioni Theory of Secrecy System*, Bell System Technical Journal, Vol. 28, 1949.

Pasquale, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Harvard, 2016.

Marmo, Roberto. *Algoritmi per l'intelligenza artificiale*. Milano: HOEPLI, 2020.

Moro, Paolo. "Intelligenza Artificiale per Legge." *Intelligenza Artificiale e Tutela Della Persona Umana. Le Implicazioni Etico-Giuridiche Dell'IA*, www.academia.edu 2024.

Wayne L. Winston S. Christian Albright, *Practical Management Science: 13.5 Overview of time series models*, 2018.

Papa Francesco. *Gli effetti dell'intelligenza artificiale sul futuro dell'umanità*. Italia: G7, 13-15 giugno 2024.

Lyotard, Jean-François. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*. 1979.

Strategia Italiana per l'Intelligenza Artificiale 2024-2026.

<https://padigitale2026.gov.it/>

Sarra, Claudio. *Il mondo-dato: saggi su datificazione e diritto*. CLEUP.

Corrado, Anna. *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, www.federalismi.it n.31/2023, 27 dicembre 2023.

Corrado, Anna. *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, www.federalismi.it n.16/2020, 27 maggio 2020.

M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico*. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale, in *Dir. Pubbl.*, vol. 11, 2, 2005.

Corrado, Anna. *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, www.federalismi.it n.19/2023, 26 luglio 2023.

B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e politiche a sostegno delle piccole e medie imprese. Gli strumenti compatibili con la disciplina comunitaria e nazionale sui contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2011.

Marco Bonbardelli, *Partecipazione alle procedure telematiche e funzionamento della piattaforma digitale*, in "Giurisprudenza italiana", 2021, n. 6.

Tanwar Sudeep, *Blockchain Technology: From Theory to Practice*, India, Springer, 2023.

RINGRAZIAMENTI

Desidero dedicare un paio di righe per ringraziare quelle persone che mi hanno sostenuto e mi sono state vicine durante questo percorso di studi e di vita, pieno di emozioni ed esperienze varie.

In primis un ringraziamento va al mio relatore Prof. Clemente Pio Santacroce per la Sua piena disponibilità, per i preziosissimi consigli e insegnamenti offerti, senza i quali non avrei potuto concludere il lavoro di tesi.

Un enorme ringraziamento va ai miei genitori Claudia e Antonio che da sempre mi hanno spinto a frequentare l'università e mi hanno lasciato scegliere il corso di studi che più preferivo.

Per me sono una guida e fonte di ispirazione e ammirazione.

Mi hanno supportato in tutti i sensi, ma quello più importante per me è stato il supporto morale e affettivo. Sapere di poter contare e fare pieno affidamento sui propri genitori è una fortuna immensa.

Un ringraziamento speciale va a mia sorella Alexandra, una persona forte, decisa, simpatica e allegra con cui posso confidarmi liberamente e che trova sempre il modo di farti pensare in grande e in positivo.

Vorrei ringraziare poi gli amici e i compagni di corso con cui ho passato dei bei momenti durante questi anni: Martino, Anna, Chiara, Lisa, Giacomo, Marco, Martina, Amal, Alessio, Luca, Davide, Nicola, Angelo, Matteo, Siro, Enrico, Arianna, Mariangela, Sara, Nicola, Amedeo, Alessia, Giulio, Alessandra, Sara, Andrea, Alessia, Niccolò, Giulia, Mary.

Un piccolo ringraziamento va anche ai Prof. Dionisi e alla Prof.ssa Pedrini per essere stati presenti.

Un ultimo ringraziamento va a me stesso per la dedizione, l'impegno, la passione, la curiosità e la voglia di scoprire e conoscere, qualità senza le quali non sarei riuscito ad affrontare e concludere questo percorso.