

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

13

2022

ESTRATTO



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato di direzione: Silvia Diaz Alabart (Madrid) - Guido Alpa (Sapienza, Roma) - Mads Andenas (Oslo) - Jean Bernard Auby (Parigi) - Luisa Avitabile (Sapienza, Roma) - Sergio Bartole (Trieste) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Andrea Biondi (Londra) - Enzo Cannizzaro (Sapienza, Roma) - Marta Cartabia (Milano) - Claudio Consolo (Sapienza, Roma) - Enrico Del Prato (Sapienza, Roma) - Oliviero Diliberto (Sapienza, Roma) - Pierre Marie Dupuy (Parigi) - Antonio Gambaro (Milano) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Stefan Grundmann (Firenze) - Riccardo Guastini (Genova) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Sapienza, Roma) - Gianni Iudica (Milano) - Erik Jayme (Heidelberg) - Guillaume Leyte (Parigi) - Hans W. Micklitz (Firenze) - Laura Moscati (Sapienza Roma) - Carlos Manuel Petit Calvo (Huelva) - Johannes M. Rainer (Salisburgo) - Filippo Reganati (Sapienza, Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Gaetano Silvestri (Messina) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco) - Paolo Zatti (Padova)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo) - Nicola Cezzi - Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760 - Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 SERGIO MARCHISIO
La Prolusione di Dionisio Anzilotti sulla guerra nel diritto internazionale
- 17 DIONISIO ANZILOTTI
Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1914-1915

SAGGI

- 33 GUIDO ALPA
Solidarity. A Normative Principle
- 47 PAOLO CAPPELLINI
Il diritto come esperienza. Ricordando Paolo Grossi
- 69 MARIANO ROBLES
«Rapsodie» ambientali fra «contratto» e «rimedi»
- 105 ANNALISA TRIGGIANO
Il “sogno” di una giustizia predittiva tra Seicento e Ottocento

CONSEGUENZE DELLA GUERRA IN UCRAINA

- 163 GUIDO ALPA
La legislazione di guerra. Note sulla metamorfosi del diritto privato del primo Novecento
- 183 GIOVANNI MINNUCCI
Per una rilettura del Silete theologi in munere alieno (De iure belli libri tres, I.XII) di Alberico Gentili
- 211 AURORA RASI
Il trasferimento di armamenti dall'Unione europea all'Ucraina aggredita: quale fondamento nel diritto internazionale?

- 227 ALESSANDRO ZAMPONE
Gli effetti del conflitto russo-ucraino nel settore del trasporto e della logistica nell'attuale fase della globalizzazione

IL PENSIERO E L'OPERA DI GIUSEPPE GUARINO

- 261 GAETANO AZZARITI
Guarino costituzionalista
- 277 VINCENZO CERULLI IRELLI
Spunti sulla "teoria generale del diritto" di Giuseppe Guarino
- 291 GIUSEPPE MORBIDELLI
Guarino amministrativista
- 325 MARIO PATRONO
Criticare l'Europa per costruire un'Europa migliore, ovvero Un europeista incompreso
- 341 GIULIANO AMATO
Conclusioni

RICORDI

- 349 STEFANO BELLOMO
Giuseppe Santoro Passarelli ed il suo lungo itinerario giuslavoristico, dalla stagione statutaria al "Diritto dei lavori"

RECENSIONI

- 363 L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Jovene, Napoli, 2022 (Arnaldo Marcone)
- 367 M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022 (Pierluigi Mascaro)
- 373 G. GALLONE, *Principio di riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023 (Fulvio Costantino)
- 377 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2021 (Cesare Pinelli)

GIOVANNI GALLONE, *Principio di riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023, pp. 284.

Il volume affronta il tema attuale e delicato dello spazio che deve essere riservato all'essere umano nell'attività amministrativa e nel sindacato sull'attività amministrativa, alla luce dell'uso sempre più penetrante dell'automazione.

La giurisprudenza sul caso c.d. della buona scuola (un *software* aveva determinato l'assegnazione della sede a docenti neoassunti o che avevano chiesto un trasferimento) ha dato origine ad una considerevole mole di contributi dottrinali sull'uso dell'automazione, fino a quel momento oggetto di studio solo da un gruppo di appassionati specializzati nella materia.

Il tema si sarebbe in ogni caso presto imposto, anche in virtù delle vicende pandemiche, che hanno prodotto un'accelerazione nella digitalizzazione del paese considerevole, e quindi anche l'urgenza di affrontare problemi fino a quel momento non qualitativamente, ancor prima che quantitativamente, significativi.

L'automazione dell'attività amministrativa e giurisdizionale risulta irresistibile. Del resto, è auspicata da un lato dai cittadini, dall'altro dalle istituzioni, fino agli operatori dell'amministrazione e magistrati. I primi, per superare la fallibilità dei secondi; i secondi, per lavorare meno e meglio.

Al tempo stesso, l'approccio è ambiguo: per un verso i cittadini vorrebbero un decisore automatizzato o uno umano, quando non si sia d'accordo con la decisione presa dall'uno o dall'altro. Per altro verso, comunque un interlocutore umano è invocato a fronte della ineluttabilità di decisioni che possono prendere in considerazione solo determinati parametri, senza potere valutare altre circostanze.

Il lavoro affronta in maniera seria e adeguata il tema: dialoga con la dottrina che si è occupata del tema e utilizza in maniera adeguata la dottrina generale amministrativistica e la giurisprudenza sul punto; offre riferimenti comparati essenziali alle esperienze più significative continentali (Francia, Germania, Spagna) e tiene ben presenti le fonti nazionali e unionali di riferimento.

L'Autore, ripercorrendo criticamente nozioni classiche, come quella di organo amministrativo, e problemi teorici più recenti, quali la natura giuridica dell'algoritmo, sostiene in modo convincente la sussistenza di un principio, immanente nell'ordinamento, di riserva di umanità, che impone una presenza umana ogni qualvolta sia all'opera l'automazione.

Nella prefazione J.B. Auby sottolinea l'importanza del principio di dignità umana (XV), alla base del diritto ad un controllo umano. Esso è cer-

tamente importante: va però evitato al tempo stesso il rischio di enfatizzare eccessivamente un ruolo di retroguardia per l'essere umano, il quale comunque programma e si serve delle macchine, anche quando lascia che esse operino da sole.

Il principio di riserva di umanità è certamente il portato di una maggiore maturità nella riflessione riguardo il modo di vedere l'interazione dell'essere umano con la macchina. L'autore ricorda giustamente come l'errore della macchina sia meno accettato di quello umano, sebbene meno frequente rispetto al secondo (32). Si può aggiungere che ancora meno accettato è l'errore che l'uomo non avrebbe compiuto (si cita spesso il caso delle vetture autocomandate, la cui casistica mostra una serie di incidenti che, in condizioni normali, un essere umano non avrebbe fatto). In altri termini, si è meno indulgenti con la macchina di quanto non lo si sia con l'essere umano, nonché con l'essere umano che quella macchina ha progettato. Plausibile che col tempo questi preconcetti siano superati, e in questo senso il principio di umanità deve avere la flessibilità adeguata per potere essere sia una leva per porre delle limitazioni all'uso sfrenato delle macchine che per impedire un atteggiamento preconcetto contro le stesse.

Nel lavoro così si fa un giusto riferimento ad una condivisibile visione complementaristica della robotica (38), sebbene non ci si debba spaventare di fronte all'ipotesi altrettanto attuale della robotica che operi anche in chiave sostitutiva dell'essere umano.

L'umanizzazione, in questo senso, non deve essere forzata: quando si riferisce della possibile strada per cui *“nella perimetrazione del dataset che rappresenta il punto di partenza dei ragionamenti della macchina, si ha cura di inserire e valorizzare dati che sono espressione dell'esperienza umana”*, come precedenti decisioni, la giusta osservazione può andare di pari passo con l'invito a non spaventarsi all'idea che la macchina possa, anche senza dovere necessariamente attingere al bagaglio delle decisioni umane già adottate, produrre decisioni originali, eccentriche rispetto a quelle che avrebbe adottato un essere umano, seppure preferibili in un rapporto costi-benefici.

L'istanza che viene rappresentata nel volume è, correttamente, quella di non rinunciare ad un centro di imputazione umano, così che *“non”* sia *“possibile affidare lo svolgimento delle funzioni amministrative a centri di imputazione che non abbiano un sostrato personale”* (46). Il problema, a ben vedere, per l'utente, è soprattutto di responsabilità, cioè di garanzia di un controllo che possa fornire tutela. Anche in ordine alla titolarità dell'organo, che non può che spettare a una persona (75), si può concordare, pur tenendo presente come il diritto si basi su finzioni giuridiche, come per le persone giuridiche. Del resto, risulta allo stato degli atti fantascientifico o

frutto di una errata ricostruzione l'idea che l'elaboratore possa essere esso stesso un centro di imputazione.

Il rinvenimento di un principio di riserva di umanità stimola in ogni caso diverse riflessioni: nell'affermare che sottoporre la persona a decisione automatizzata nel caso di attività autoritativa sia lesivo della persona (56), il riferimento più immediato è alle contravvenzioni automatizzate (si pensi al c.d. *autovelox*); la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla necessità di revisione della taratura del 2015 si muove così nell'ottica del controllo sull'automazione, anche se, al tempo stesso, fa anche capire come i margini di contestazione delle decisioni automatizzate possano risultare molto stretti.

Inoltre, risulta problematico il tema dei c.d. algoritmi di auto apprendimento, per i quali non tutte le operazioni possano essere predeterminate nel momento della costruzione dell'algoritmo (83), e che pone la questione della controllabilità *ex post* dell'operato della macchina.

In generale, l'idea centrale del lavoro è che il ruolo dell'essere umano sia centrale soprattutto nel momento del controllo dell'operato della macchina. Si afferma correttamente nel lavoro che la scelta organizzativa non sia un valido meccanismo di imputazione (83), perché tali decisioni hanno valenza interna, seppure da quella scelta derivino conseguenze rilevanti. L'algoritmo è così oggetto della volizione amministrativa preliminare con cui si opta per l'automazione, divenendo contenuto dell'atto endoprocedimentale (94), sebbene – si può ancora osservare – questo sia un passaggio che viene nella pratica compiuto dall'amministrazione in maniera ancora ingenua, senza tenere conto dei possibili impatti, che già sono prevedibili. Si riconosce inoltre come sia possibile per l'Amministrazione optare, anche in difetto di una specifica disciplina legale o regolamentare che lo consenta, per lo svolgimento in forma automatica del procedimento (152), seppure questo sia un nodo problematico.

All'interno del procedimento, è giusto il riferimento effettuato all'importanza del responsabile del procedimento (108). E correttamente e condivisibilmente si argomenta su come il Regolamento europeo sulla protezione dei dati, e in particolare, l'art. 22, non costituisca una base adeguata per il divieto di decisioni completamente automatizzate (118): però si deve riconoscere che la dottrina e la giurisprudenza, con l'attuale quadro normativo, hanno fatto quel che hanno potuto per cercare forme di tutela, trovando comunque un riferimento almeno in quella norma.

L'attenzione dell'A. è rivolta a preservare in ogni caso il potere decisionale umano. Per tale ragione si argomenta su come la scelta di adottare un algoritmo non vincoli riguardo alla decisione, a fortiori, anche quando si scelga di adottare un algoritmo di autoapprendimento, c.d. aperto. L'auto-

vincolo comunque non potrebbe essere riconducibile all'algoritmo ma ad una scelta precedente.

La tesi è che l'intervento umano sia sempre necessario, anche se lo spazio di manovra risulta limitato: questi infatti dovrà fornire una motivazione precisa e accurata qualora decida di non adeguarsi a quanto suggerito dalla macchina, e potrà intervenire anche in casi di ingiustizia manifesta, illogicità o erroneità del risultato (171). Per altro verso, sarà possibile la configurabilità del vizio di violazione di legge nel caso di violazione del principio di riserva di umanità, se e quando sarà adottata una norma di legge specifica (195).

In ogni caso, si punta molto sul momento giurisdizionale, in quanto la difficoltà di motivare in senso difforme rispetto all'indicazione della macchina e l'applicabilità dell'art. 21 *octies* secondo comma (e quindi la non annullabilità) e della convalida in caso di decisione vincolata, sembrano fornire poca tutela.

Se per un verso così celerità ed efficienza rendono l'automazione un destino inevitabile, sul piano processuale sarebbe possibile compensare con un sindacato pieno (222), sebbene ciò peraltro comporti che vada sgombrato il campo dall'ipotesi di giudice algoritmico.

In altri termini, il volume ci propone il dilemma di un principio che, anche se affermato, richiede strumenti efficaci per essere effettivo.

Rimane però l'impressione che gli spazi limitati per l'amministratore a valle siano pochi, e che sia problematico anche il ricorso al giudice: innanzi a quest'ultimo in particolare si ricorre per singoli casi, e questi deciderà nei confini tracciati della domanda e dall'attivazione del singolo, e potrà non avere le competenze e la capacità per sindacare davvero la decisione, laddove invece l'uso dell'automazione può produrre decine e decine di decisioni simili, con effetti su larga scala.

Per questo, se il rischio e forse il destino dell'uso avanzato di algoritmi è che essi possano risultare sempre più incomprensibili e governabili *in itinere* ed *ex post*, servirà anche parallelamente, e con più impegno di quanto non sia stato dedicato sinora, approfondire lo studio della fase *ex ante*, relativa alla decisione di avvalersi di algoritmi e alla loro progettazione, dal punto di vista giuridico: ciò soprattutto perché siano sempre maggiori la trasparenza, il dibattito e la partecipazione.

FULVIO COSTANTINO