

Lo strumento digitale nell'istruttoria procedimentale e processuale

di GIOVANNA TITTA

SOMMARIO: 1. L'istruttoria procedimentale alla prova dell'intelligenza artificiale. — 2. La partecipazione ai procedimenti automatizzati e la ragionevolezza di un'istruttoria automatizzata: criticità. — 3. L'influenza delle nuove tecnologie sull'istruttoria processuale. — 4. Malfunzionamento piattaforma telematica e onere della prova: analisi giurisprudenziale. — 5. Conclusioni.

1. L'istruttoria procedimentale alla prova dell'intelligenza artificiale.

Massimo Severo Giannini, già negli anni Settanta del secolo scorso, sottolineava come «i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno» (1). L'impiego di tecnologie digitali, anche di intelligenza artificiale, ha contribuito ad una trasformazione del procedimento amministrativo, favorendo una maggiore efficienza ed efficacia dell'operato dei pubblici poteri, rivestendo un ruolo fondamentale ai fini della realizzazione del principio di economicità che deve governare e ispirare l'operato delle amministrazioni pubbliche (2). Tale consapevolezza è cristallizzata anche nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), il cui art. 3-*bis* «Uso della telematica», introdotto dall'art. 3 della l.

(1) M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 1979, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 3, 734.

(2) V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. ammi.*, 4, 2022, 1001.

11 febbraio 2005, n. 15, prevedeva già da principio che «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Ai fini di una ricostruzione più puntuale del quadro normativo, è opportuno richiamare anche il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale, che rappresenta ancora oggi il principale riferimento normativo organico in materia di utilizzo delle tecnologie dell'informazione nell'ambito dell'attività amministrativa. Infine, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che, alla prima delle sei «missioni» in cui si articola, prevede proprio quella della «digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo». All'interno di questa missione, si colloca la «M1C1: digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA» che si pone l'obiettivo di digitalizzare l'attività della pubblica amministrazione italiana per mezzo di interventi tecnologici ad ampio spettro, accompagnati da riforme strutturali. Più specificatamente la sua finalità è quella di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70) ⁽³⁾. L'uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni è oggetto di regolamentazione anche a livello europeo. Infatti, il primo agosto del 2024 è entrato in vigore “*AI Act*”, ovvero il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale ⁽⁴⁾, che disciplina l'uso dell'intelligenza artificiale con un approccio “*risk based*” ⁽⁵⁾, classificando i

⁽³⁾ A completamento dell'analisi normativa è opportuno richiamare anche l'art. 9 del decreto legislativo 12 luglio 2024, n. 103, secondo il quale «Le amministrazioni cui sono attribuite funzioni di controllo, diverse da quelle in materia di controllo fiscale, in attuazione delle disposizioni del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, adottano misure volte ad automatizzare progressivamente le proprie attività, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse quelle di intelligenza artificiale in coerenza con il principio di proporzionalità al rischio secondo le regole tecniche finalizzate alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana».

⁽⁴⁾ Salvo alcune eccezioni, il Regolamento si applicherà a decorrere dal 2 agosto 2026 (art. 113, Reg. (UE) 2024/1689).

⁽⁵⁾ Per un approccio critico al concetto di *risk-based*, C. NOVELLI, *L'Artificial Intel-*

sistemi di IA in base al rischio che presentano e introducendo regole proporzionate a ciascuna categoria, vietando alcune applicazioni di IA considerate inaccettabili.

A livello pratico, il ricorso agli strumenti digitali, incentivato dalle disposizioni normative sopra richiamate, non sembra aver apportato significativi mutamenti da un punto di vista formale, in quanto è stato conservato lo schema di procedimento amministrativo così come suddiviso nelle sue tipiche fasi, ovvero fase dell'iniziativa, istruttoria, decisoria e integrativa dell'efficacia ⁽⁶⁾. La vera trasformazione si è realizzata, invece, sotto il profilo sostanziale, dove sono emersi molteplici elementi di novità rispetto alle modalità di svolgimento tradizionalmente adottate. Queste innovazioni hanno investito non tanto la fase dell'iniziativa (dove più semplicemente l'avvio del procedimento potrebbe essere oggetto di comunicazione da parte dell'intelligenza artificiale), quanto la fase istruttoria, che costituisce il cuore del procedimento amministrativo. Quest'ultima, infatti, risulta caratterizzata da molteplici elementi di discontinuità rispetto ai moduli operativi tradizionali, che si sono accentuati progressivamente nel tempo, in quanto si è passati da un uso strumentale dell'intelligenza artificiale, quale mero supporto dell'attività di raccolta delle informazioni svolta dal responsabile del procedimento, all'impiego di strumenti di *big data* e *machine learning* in grado di scambiare dati tra i sistemi informativi, acquisirli e effettuare valutazioni secondo istruzioni predeterminate, favorendo, così, la completa automatizzazione della decisione amministrativa.

Inoltre, la fase istruttoria ⁽⁷⁾ è governata dal principio inquisi-

ligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione, in *Federalismi*, 2024, 2, 95. Per uno studio approfondito in tema di "diritto del rischio" il riferimento principale è A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, *passim*; ID., *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 1-2, 63 ss.

⁽⁶⁾ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 59; M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 3^a ed., 1993, 122.

⁽⁷⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 182.

torio per cui il responsabile del procedimento accerta “d’ufficio i fatti” e, mancando una tipizzazione dei mezzi istruttori, può compiere tutti gli accertamenti che reputa necessari e con le modalità che ritiene più idonee, evitando di aggravare il procedimento più di quanto necessario nel rispetto dei principi di efficienza ed economicità a cui l’azione amministrativa deve sempre essere improntata (art. 1 comma 2. L. n. 241/1990). Proprio per la realizzazione dei principi suddetti, l’attività istruttoria deve essere svolta tramite l’impiego di infrastrutture digitali, che garantiscano il coordinamento e l’interconnessione dei dati, come previsto dall’articolo 3-*bis* l. 241/1990 ⁽⁸⁾, e dagli artt. 2, 12 e 15 d.lgs. 82/2005 ⁽⁹⁾. Per il perseguimento di questi obiettivi è risultata fondamentale l’istituzione, in ogni pubblica amministrazione, del fascicolo informatico ⁽¹⁰⁾. Si tratta di un innovativo sistema di archiviazione elettronica che costituisce l’infrastruttura di ogni attività istruttoria (art. 41 d.lgs. 82/2005) e che permette di raccogliere e organizzare su un unico supporto digitale tutti i principali atti di uno specifico procedimento, garantendo, senza limiti

⁽⁸⁾ L’art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 è stato, però, nel tempo ulteriormente ‘potenziato’ con la novella di cui all’articolo 12, comma 1, lettera b), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 e oggi prevede che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati», utilizzando, quindi, il presente indicativo di stampo imperativo. In quest’ottica la norma consacra lo strumento digitale come mezzo naturale e fisiologico dell’attività amministrativa avente rilevanza sia interna che esterna.

⁽⁹⁾ G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione*, Bologna, vol. II, 2022, 75 ss.; F. CARDERELLI, *Uso della telematica*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 421 ss.; G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell’amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469 ss.; M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, 2535 ss.; F. MERLONI, *Introduzione all’e-government: pubbliche amministrazioni e società dell’informazione*, Torino, 2005, *passim*.

⁽¹⁰⁾ A. MASUCCI, *La “telematizzazione” del procedimento amministrativo. Primi lineamenti*, in AA.VV., *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, 2008, 237.

spazio-temporali, la possibilità a tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento stesso di consultare gli atti relativi e agli interessati di esercitare i propri diritti partecipativi, nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa vigente (art. 41, comma 2-*bis*, d.lgs. 82/2005). Inoltre, il responsabile del procedimento ⁽¹¹⁾ (art. 6, lett. b, l. 241/1990; art. 41 d.P.R. 445/2000) si serve dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, non solo per raccogliere dati rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo, ma anche per accertare la veridicità di quanto dichiarato dagli intervenuti, accedendo alla Piattaforma digitale nazionale dati (PDND) ⁽¹²⁾, all'Anagrafe nazionale assistiti ⁽¹³⁾ o ad altre banche dati.

L'impiego di questi strumenti digitali ha rinnovato il procedimento amministrativo, garantendo lo scambio di dati, documenti, atti, nonché ha garantito l'interoperabilità dei sistemi tra le diverse pubbliche amministrazioni ⁽¹⁴⁾. I sistemi di intelligenza artificiale sono in grado di ricavare in modo automatico e generalizzato i dati, sulla base di valutazioni di carattere statistico, elaborando un quantitativo rilevante di informazioni ad una velocità particolarmente elevata, favorendo il superamento del tradizionale modo di conoscere dell'amministrazione per singoli procedimenti ammi-

⁽¹¹⁾ P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, *passim*; I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 202, 78.

⁽¹²⁾ La Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) è stata istituita dall'articolo 50-*ter*, comma 2 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (CAD) e resa operativa nell'ottobre 2022, come parte del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il suo scopo è favorire l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle banche dati delle pubbliche amministrazioni.

⁽¹³⁾ L'Anagrafe Nazionale degli Assistiti (ANA) è stata istituita dall'art. 62-*ter* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (CAD), nell'ambito del Sistema Tessera Sanitaria, quale banca dati unica di tutti gli assistiti del Servizio Sanitario Nazionale, al fine di rafforzare il monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi erogati ai cittadini.

⁽¹⁴⁾ A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2020, 1738 ss.

nistrativi e assicurando il rispetto del principio della completezza dell'istruttoria. Tuttavia, questo innovativo modello di formazione della volontà amministrativa non è scevro da criticità che potrebbero derivare da una sua non totale intellegibilità da parte del responsabile della fase istruttoria, come si sta per vedere.

2. La partecipazione ai procedimenti automatizzati e la ragionevolezza di un'istruttoria automatizzata: criticità.

Lo sviluppo tecnologico e digitale, che ha trasformato l'attività delle pubbliche amministrazioni, sebbene porti con sé vantaggi ⁽¹⁵⁾ legati al perseguimento di elevati *standards* di efficienza, efficacia ed economicità, nasconde numerose insidie legate all'opacità ⁽¹⁶⁾ degli algoritmi, le cui dinamiche sottese risultano, spesso, non facilmente intellegibili ⁽¹⁷⁾, non solo per il privato che generalmente non possiede le competenze tecniche per comprenderne il funzionamento, ma anche (e, a volte, soprattutto) per i funzionari amministrativi. Questo si verifica sia perché vengono preferiti algoritmi di autoapprendimento, sia a causa del costante aggiornamento dei *software* che non permette di conoscere, nel lungo termine, il processo argomentativo seguito dallo strumento digitale, causando una “drammatica carenza di trasparenza” ⁽¹⁸⁾. L'esigenza che emerge, soprattutto in quei procedimenti in cui si

⁽¹⁵⁾ I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, Torino, 2021, 285 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 196 ss.

⁽¹⁶⁾ D.U. GALLETTA – J.U. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 1 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 147 ss.; B. MARCHETTI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 133; L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, 2022, 199 e ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, cit., 187 ss.

⁽¹⁷⁾ A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, 366 ss.

⁽¹⁸⁾ A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automazione algoritmica delle decisioni amministrative complesse*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019, 1105 ss.

perviene alla decisione ricorrendo a procedure automatizzate, è quella di rendere intelleggibile non solo il provvedimento finale, ma l'intero *iter* decisionale ⁽¹⁹⁾, con il fine di consentire agli interessati e alla comunità una maggiore conoscenza del funzionamento dell'algoritmo. Tuttavia, è molto difficile che questo possa realizzarsi nella pratica, a causa della complessità dell'elaborazione algoritmica e della molteplicità dei dati immessi a sistema, con la conseguenza che l'effettiva realizzazione del principio di buona amministrazione e delle garanzie che questa comprende risulta essere ostacolata dalla mancata conoscenza dei sistemi digitali impiegati. Tra le garanzie della buona amministrazione, in particolare, ad essere più gravemente pregiudicata dal ricorso all'algoritmo è la partecipazione dei cittadini, che, al contrario di quanto accade concretamente, dovrebbe rivestire un ruolo centrale nei procedimenti decisionali automatizzati, come sottolineato già nel Codice dell'amministrazione digitale, il cui art. 9 d.lgs. n. 82/2005 impone alle amministrazioni pubbliche di incentivare «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo, ove previsto [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi dell'atto da adottare». Si tratta di una disposizione che cerca di superare la *digital divide* esistente tra amministrazione e privati. I cittadini, anche alla luce di quanto previsto dal considerando 71 del Regolamento n. 679 del 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, dovrebbero poter far valere i propri interessi anche in un procedimento amministrativo automatizzato, esercitando i propri diritti di partecipazione e conferendo, così, piena legittimità ed effetti-

(19) Secondo Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, la conoscibilità del meccanismo che porta alla decisione algoritmica deve essere garantita «in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare — e conseguentemente sindacabili — le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

vità al provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo. Il diritto di partecipazione è garantito anche dall'art. 10 della legge 241/1990, il quale prevede che la fase istruttoria debba essere aperta alla partecipazione di soggetti che abbiano il diritto di intervenire e di prendere parte al procedimento stesso, mediante la presentazione di memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento. La partecipazione ⁽²⁰⁾ è funzionale sia ai privati, in quanto garantisce il contraddittorio, ma anche all'amministrazione stessa che, raccogliendo dati dai quali desumere l'esistenza e la consistenza di determinati interessi, può esercitare correttamente il proprio potere. Tuttavia, garantire il diritto alla partecipazione al procedimento amministrativo può rivelarsi più complicato qualora le amministrazioni pubbliche decidano di ricorrere all'utilizzo di algoritmi di autoapprendimento, poiché, nel caso in cui la macchina dovesse governare totalmente la fase istruttoria, il momento di interlocuzione tra pubblico e privato potrebbe venir meno. Una tale prospettiva induce a ritenere che un procedimento automatizzato, carente (anche) di un momento partecipativo, oltre a prestare il fianco a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali, si pone in un più generale e censurabile contrasto con il corretto esercizio della funzione amministrativa per il fatto che l'istruttoria interamente automatizzata non consente una completa indagine sull'interesse pubblico da perseguire.

Osservazioni analoghe possono essere fatte anche rispetto alla coerenza dei procedimenti automatizzati con i principi di ragionevolezza e proporzionalità. È opportuno premettere che per ragionevolezza debba intendersi come il dovere del soggetto responsabile della fase istruttoria di trarre dalle prove che ha acquisito soltanto le deduzioni plausibili e disporre accertamenti integrativi qualora le prove raccolte risultino incomplete o incerte

⁽²⁰⁾ M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283 ss.

(²¹). In altri termini, il connotato distintivo del principio di ragionevolezza è la capacità di orientare e, al tempo stesso, limitare l'esercizio del potere discrezionale nella fase istruttoria (²²), in modo tale che la decisione finale sarà il risultato di un *iter* procedimentale condotto seguendo regole logiche ed effettuando una valutazione comparativa (proporzionalità in senso stretto) e razionale dei vari interessi. Sulla base di questa ricostruzione si può ritenere che l'adozione di strumenti di intelligenza artificiale e di autoapprendimento (caratterizzati dall'assenza dell'esercizio di poteri discrezionali a monte) porti con sé il rischio, per la pubblica amministrazione, di adottare provvedimenti illegittimi per difetto di ragionevolezza e per difetto di motivazione (²³). Infatti, se la pubblica amministrazione ricorre ad algoritmi di *machine learning*, potrebbe risultare difficoltoso motivare il provvedimento per il funzionario che non conosce il funzionamento della macchina e, di conseguenza, non ha completa cognizione dell'*iter* logico da questa seguito e sotteso alla decisione finale. In conclusione, il ricorso a strumenti di intelligenza artificiale dovrebbe favorirsi in quanto capace di accelerare il procedimento amministrativo, ma senza sacrificare tutti quei principi e quelle garanzie a cui deve sempre essere improntata l'attività della amministrazione pub-

(²¹) F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 514.

(²²) È quello che emerge anche dallo studio di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 290, secondo il quale l'indagine sulla ragionevolezza è stata filtrata «attraverso l'analisi dell'eccesso di potere e dei limiti all'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione». Inoltre, in tal senso, può essere richiamata l'opinione di P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 34. Sul tema del principio della proporzionalità si veda V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim*.

(²³) A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che «il fatto che il provvedimento venga emanato sulla scorta di una complessa operazione di calcolo produce l'opposto effetto di rafforzare, per certi versi, l'obbligo motivazionale in capo all'Amministrazione, la quale dovrà rendere la propria decisione finale non solo conoscibile, ma anche comprensibile»: così, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 14 novembre 2022, n. 7003.

blica, poiché tali principi assicurano l'adozione di una decisione ragionevole e proporzionata.

3. L'influenza delle nuove tecnologie sull'istruttoria processuale.

L'ingresso delle nuove tecnologie, comprese quelle emergenti, nell'attività della pubblica amministrazione, ha incrementato il ricorso a procedimenti decisionali automatizzati con molteplici riverberi nel processo amministrativo ⁽²⁴⁾ e, in particolare, nella sua fase istruttoria. Occorre premettere che nel processo amministrativo non vi è una vera e propria fase istruttoria autonoma, governata da un giudice istruttore, e nonostante il D.lgs del 2 luglio 2010 n. 104 dedichi ad essa il titolo III (*Mezzi di prova e attività istruttoria*), se ne può parlare solo in senso atecnico, quale insieme di attività ed operazioni dirette ad accertare i fatti rilevanti per addivenire alla decisione della lite ⁽²⁵⁾. Nel processo amministrativo è opinione consolidata che l'istruttoria probatoria ⁽²⁶⁾ sia fondata sul principio dispositivo, trattandosi di un processo di parti, temperato però dal c.d. metodo acquisitivo ⁽²⁷⁾. Difatti, l'art.

⁽²⁴⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.Vv., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024, 283.

⁽²⁵⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 418-419.

⁽²⁶⁾ Per approfondimenti in tema di istruttoria processuale si veda: F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, in V. LOPILATO, A. QUARANTA (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 535 ss.; G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003, XVIII; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4391 ss.; L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.; P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 85 ss.; C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2, 2020, 347 ss.; C.S. LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024; V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2024, 861 ss.; L.R. PERFETTI - G. PESCE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 2024, *passim*.

⁽²⁷⁾ Cons. Stato., Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 133 secondo cui «Pur essendo l'istruzione probatoria nel processo amministrativo governata, com'è noto, dal c.d. principio

64, primo comma, del Codice del processo amministrativo, pone l'onere della prova in capo alle parti, precisando che quest'ultime devono «fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». Tuttavia, ogni qualvolta il ricorrente non sia nella disponibilità della prova piena, è sufficiente che produca un principio di prova ⁽²⁸⁾, in modo tale da permettere al giudice di esercitare i propri poteri officiosi ⁽²⁹⁾ per accertare quanto allegato dalle parti e disporre, se lo ritiene necessario, adempimenti istruttori integrativi (l'art. 64, terzo comma, recita, infatti, che «il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»). Questa attenuazione del metodo dispositivo si giustifica in ragione dell'asimmetria sostanziale esistente, nella lite processuale, tra cittadino e pubblica amministrazione ⁽³⁰⁾. È, infatti, generalmente quest'ultima che detiene tutti gli atti e i documenti relativi al procedimento e dai quali è possibile ricavare i fatti rilevanti ai fini del giudizio. Questa disparità esistente tra le parti, quanto alla disponibilità della prova, rischia, inoltre, di essere amplificata proprio a causa dell'ingresso delle nuove tecnologie nell'attività

dispositivo, questo è attenuato dal metodo acquisitivo, in base al quale sul ricorrente non grava l'onere della prova ma l'onere del principio di prova, nel senso che egli è tenuto principalmente a prospettare al giudice adito una ricostruzione attendibile sotto il profilo di fatto e giuridico delle circostanze addotte, potendo il giudice acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti ovvero ritenuti comunque necessari»; cfr., altresì, Cons. St., Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5726.

⁽²⁸⁾ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 218; L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, *passim*. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 24 giugno 1961, n. 317; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 1983, n. 345.

⁽²⁹⁾ L'iniziativa officiosa riconosciuta al giudice amministrativo va, dunque, ad evidenziarne il ruolo più di garante della legittimità dell'azione amministrativa che di giudice vincolato al principio dispositivo delle parti. Per una trattazione più approfondita del tema si veda, altresì, M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, Milano, 314 ss.

⁽³⁰⁾ V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2024, 861 ss.

della pubblica amministrazione e, in particolare, dall'opacità che caratterizza l'algoritmo, che sempre più frequentemente viene impiegato nel procedimento amministrativo, con inevitabili ripercussioni sul riparto dell'onere probatorio ⁽³¹⁾. L'intellegibilità dell'algoritmo è limitata da motivi di carattere "strutturale", ovvero barriere di tipo tecnico che non possono essere facilmente superate, poiché richiedono particolari competenze informatiche digitali che non tutti possiedono ⁽³²⁾. Difatti, il problema della difficile conoscibilità dell'algoritmo non si pone solo per i privati (cittadini e imprese), ma anche per la stessa pubblica amministrazione, in particolare quando la creazione dei sistemi automatiz-

⁽³¹⁾ G. PESCE, *I poteri istruttori del giudice amministrativo e piattaforme intelligenti. Questioni vecchie e nuove sul principio "dispositivo con metodo acquisitivo"*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024, 123. Volendo riportare un esempio pratico, suggerito e argomentato dallo stesso Autore, relativo all'esercizio da parte del giudice di poteri istruttori che possono trovare applicazione per arginare gli effetti altrimenti dirompenti dell'asimmetria tra privato e pubblica amministrazione, è possibile far riferimento all'ipotesi, nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica svolte con l'ausilio di tecnologie emergenti, in cui con il ricorso si censura che un concorrente non ha correttamente predisposto o caricato sulla piattaforma telematica la propria offerta o ha omesso la sottoscrizione digitale. Secondo la dottrina richiamata, a seguito del ricorso, la stazione appaltante, che gestisce la gara, si limita generalmente a replicare che l'offerta, oltre ad essere materialmente esistente, è anche valida. Per accertare la veridicità di tali affermazioni dovrebbe essere ammessa la possibilità per il privato e per il giudice di accedere all'algoritmo, ma questa viene negata. Di norma la questione si risolve con il rilevare che è sufficiente la presenza dell'offerta sulla piattaforma per desumere la completezza della stessa, in quanto il sistema non è predisposto per accettare offerte incomplete nelle sue parti essenziali. Invece, nelle procedure ad evidenza pubblica svolte senza l'impiego di piattaforme telematiche, nessun dubbio sorgeva sul dovere di depositare l'offerta nel suo formato cartaceo, la cui predisposizione non era assistita da una sorta di presunzione di legittimità derivante dal mero caricamento di un documento informatico al sistema telematico, né potevano opporsi impedimenti dovuti al malfunzionamento del sistema informatico adoperato dalla stazione appaltante. Inoltre, spesso neanche l'ordine del giudice amministrativo di esibire atti conservati sui registri distribuiti potrebbe consentire la produzione in giudizio dei documenti e delle offerte caricate sulla piattaforma telematica, poiché in questo caso la stazione appaltante potrebbe adempiere all'ordine chiedendo al gestore della piattaforma (di solito un soggetto esterno alla p.a.) di dare evidenza delle operazioni svolte, con conseguente impossibilità di contraddire le risultanze di questo accertamento tecnico, che presuppone l'accesso all'algoritmo.

⁽³²⁾ G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform.*, 2021, 3, 449.

zati, come generalmente avviene, è affidata a soggetti esterni ⁽³³⁾, oppure quando l'algoritmo è realizzato con particolari modalità. Si pensi, soprattutto, a quei sistemi di *machine learning*, per i quali non sempre è possibile ottenere informazioni sull'algoritmo, in cui le dinamiche sottese a numerosi processi decisionali rischiano spesso di restare oscure, intaccando, così, la trasparenza del procedimento amministrativo ⁽³⁴⁾. Proprio per queste ragioni l'ingresso delle nuove tecnologie nell'attività della pubblica amministrazione che si svolge su piattaforma telematica rischia di accentuare la distanza esistente tra la posizione della P.A. e quella del privato, che solo l'esercizio dei poteri officiosi del giudice può attenuare, con conseguente espansione del metodo acquisitivo ⁽³⁵⁾. Per valutare meglio se e in che modalità tale distanza possa in concreto amplificarsi, occorre riflettere sull'art. 46, comma 2, del c.p.a., secondo cui l'amministrazione, nel termine fissato ad essa per la costituzione, «deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio». Poiché la causa deve giungere, a norma di legge, istruita all'udienza di discussione — il che implica una valutazione del giudice sui fatti di causa — la necessità di esercitare poteri d'ufficio dovrebbe essere limitata ad alcuni aspetti ancora oscuri della controversia che nessuna delle parti è riuscita a chiarire con i soli documenti ⁽³⁶⁾.

Le ripercussioni che l'impetuoso sviluppo del digitale ha avuto sulla fase istruttoria del processo amministrativo non hanno riguardato, però, solo il riparto dell'onere probatorio, ma anche, più specificamente, la funzione giurisdizionale, condizionandone

⁽³³⁾ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 53.

⁽³⁴⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 192.

⁽³⁵⁾ In questo senso il giudice può essere considerato “signore della prova”, come ricordava M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, 2, 232.

⁽³⁶⁾ G. CORSO, *Per una giustizia amministrativa più celere*, in *giust.it*, 4.

profili estrinseci di rito, e, in qualche misura, sostanza ed essenza⁽³⁷⁾. Infatti, nonostante ad oggi manchi una normativa che disciplini l'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo⁽³⁸⁾, il giudice ricorre al suo utilizzo in via informale già da molto tempo. Nelle more che l'uso dell'intelligenza artificiale acquisisca una veste giuridica nel processo, ci si può interrogare sul ruolo che gli strumenti digitali e l'intelligenza artificiale possono assumere nel giudizio, nonché sulle modalità concrete con cui tali strumenti innovativi possono essere impiegati nell'istruttoria probatoria. Invero, non si dovrebbe ricorrere all'intelligenza artificiale per accertare la veridicità dei fatti dedotti in giudizio da ciascuna parte (secondo la tradizionale definizione di attività istruttoria come «attività diretta ad individuare nel mondo esterno al processo qual è il fatto effettivamente sussistente»⁽³⁹⁾), ma esclusivamente come *instrumentum* a supporto delle operazioni

⁽³⁷⁾ L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 11.

⁽³⁸⁾ Il tema dell'utilizzo degli strumenti digitali nel processo può essere affrontato esclusivamente *de jure condendo*, in quanto, sebbene il 10 ottobre 2025 sia entrata in vigore la nuova Legge Delega in materia di intelligenza artificiale (l. 23 settembre 2025, n. 132, intitolata "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"), questa appare generica e sommaria. Difatti, contiene una norma sostanzialmente in bianco che dà atto dell'esistenza di una riserva di umanità nel processo senza molto aggiungere: prevede, tra le "Disposizioni di settore" di cui al Capo II, all'art. 14 ("Uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria"), che «I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. Il Ministero della giustizia disciplina l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli uffici giudiziari ordinari. Per le altre giurisdizioni l'impiego è disciplinato in conformità ai rispettivi ordinamenti" (comma 1), e che "È sempre riservata al magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento» (comma 2). La stessa Legge Delega prevede, all'art. 22 ("Deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"), che «Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari e del Garante per la protezione dei dati personali, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'intelligenza artificiale, adottato dal Parlamento europeo nella seduta del 13 marzo 2024» (comma 1).

⁽³⁹⁾ C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 90.

di ricostruzione e verifica poste in essere dal giudice amministrativo, senza che esse assumano, dunque, alcuna valenza decisoria ⁽⁴⁰⁾. L'algoritmo dovrebbe essere inquadrato non come mezzo di prova *ex art. 63 c.p.a.*, ma come supporto dell'attività istruttoria svolta dal giudice. In questa ottica, si può ritenere ammissibile l'uso dell'algoritmo per una ricerca documentale "intelligente" (*id est*, il ricorso ad un *software* in grado di estrarre determinate informazioni dal cumulo degli atti acquisiti in giudizio), in quanto questa avrebbe un ruolo servente rispetto alle operazioni di ricostruzione e accertamento delle vicende compiute sostanzialmente dal giudice ⁽⁴¹⁾. Maggiori problematiche potrebbero, invece, derivare dall'impiego di mezzi di prova automatizzati, dati i molteplici rischi derivanti dalla sostanziale automazione del risultato probatorio e dal conseguente più arduo controllo logico-razionale del giudice sulle risultanze istruttorie, essendo oltremodo gravoso elaborare giudizi in contestazione o in alternativa ai fatti provati con tali mezzi istruttori ⁽⁴²⁾. Difatti, un'ulteriore criticità che potrebbe discendere dal ricorso a strumenti di intelligenza artificiale per effettuare valutazioni tecnico-scientifiche o accertamenti di fatti complessi, è quella del c.d.

⁽⁴⁰⁾ Più di recente è intervenuto il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale del 2024, il cui art. 6.2, attraverso il rinvio all'allegato III, annovera tra i sistemi ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie»; importante è anche il considerando 61, dove si legge che «L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana», pur facendo salve, le attività accessorie rispetto alla decisione. Riprendendo la formula del Regolamento, l'uso dell'IA è finalizzato ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti.

⁽⁴¹⁾ G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium.it*, 2024, 10.

⁽⁴²⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit. 283.

impoverimento della realtà fattuale ⁽⁴³⁾. Infatti, considerato che l'algoritmo si basa su meccanismi di pre-implementazione di dati e informazioni, selezionati a priori, queste operazioni potrebbero causare una semplificazione della realtà rappresentata, con conseguente compromissione della completezza dell'istruttoria ⁽⁴⁴⁾. Emerge chiaramente, da queste considerazioni, la necessità di un bilanciamento tra le esigenze di celerità e speditezza probatoria, soddisfatte dall'impiego dell'algoritmo, e le garanzie del giusto processo ⁽⁴⁵⁾, che mai dovrebbero essere sacrificate dalle nuove prospettive di efficientamento processuale.

Il rapporto tra intelligenza artificiale e processo amministrativo, oltre a essere analizzato considerando la possibilità per il decisore di impiegare gli strumenti digitali con finalità probatorie, può essere valutato anche da un'altra prospettiva, ovvero quella relativa ai casi in cui il giudice può avvalersi della CTU e della verificaione ⁽⁴⁶⁾ per "accedere" all'algoritmo ⁽⁴⁷⁾. Sicuramente oggetto di esame può essere il *file di log*, ovvero quel file che contiene dati riguardanti tutte le operazioni svolte da un supporto informatico. Il *file di log*, in particolare, in sede di verificaione, è stato rilevante ai fini della ricostruzione, nelle procedure ad evidenza pubblica, di eventi malevoli verificatisi, al fine di poter comprendere, in modo più accurato, se le cause del malfunzionamento delle piattaforme digitali impiegate siano imputabili

⁽⁴³⁾ A. CARCATERRA, *Macchine autonome e decisione robotiche*, in AA.VV., *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, 33 ss.

⁽⁴⁴⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit., 283.

⁽⁴⁵⁾ L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 648-650, dove si afferma che il processo può definirsi "giusto" se rispetta le condizioni essenziali enunciate dall'art. 111, comma 2 (contraddittorio, parità delle parti, imparzialità e terzietà del giudice, ragionevole durata del processo).

⁽⁴⁶⁾ Si tratta di strumenti previsti dal comma 4 dell'art. 63 del c.p.a. e di cui il giudice può disporre «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti e l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche».

⁽⁴⁷⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 310.

o meno all'amministrazione. Sull'argomento, la giurisprudenza amministrativa ⁽⁴⁸⁾, in ordine ad una controversia avente ad oggetto il funzionamento/malfunzionamento della piattaforma telematica, a fronte della ricostruzione tecnica effettuata dalle parti, ha disposto la verifica, chiedendo ad AGID (Agenzia per l'Italia digitale) di esaminare il *file di log* fornito dal gestore della piattaforma e depositato in atti dall'amministrazione nell'ambito dei giudizi dinanzi al Tar. In tale decisione il giudice amministrativo ha chiesto di chiarire, altresì, se alla luce della documentazione prodotta, e in particolare di quella relativa ai *file di log*, fossero emersi, durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte dell'operatore economico, blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma. La verifica è risultata di fondamentale importanza per comprovare il corretto funzionamento della piattaforma telematica di cui la pubblica amministrazione si era servita per svolgere la procedura ad evidenza pubblica oggetto di discussione. Inoltre, risulta evidente come gli strumenti di cui al comma quattro dell'art. 63 c.p.a. possano essere disposti per verificare eventuali errori delle informazioni inserite all'interno del *software*, oppure errori nell'interpretazione dell'*output*. Alla luce di quanto appena detto, non sembrano sussistere limiti agli elementi del *software* per cui il giudice può chiedere la CTU o la verifica.

Se si considera che il giudice potrebbe riscontrare delle oggettive difficoltà nella valutazione degli algoritmi non avendo, in materia, competenze tecniche adeguate, è possibile che decida di ricorrere tanto alla verifica quanto alla consulenza tecnica d'ufficio (quest'ultima solo se indispensabile). Infine, a complemento di quanto detto prima, vi sono due aspetti di particolare interesse a cui è possibile far riferimento. Il primo è che la CTU e la verifica garantiscono la trasparenza dell'algoritmo, permettendo al giudice di comprenderne il funzionamento, nonostante la generale impenetrabilità che lo caratterizza. Il secondo

⁽⁴⁸⁾ Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352.

aspetto riguarda il nodo relativo alla responsabilità amministrativa, che il ricorso agli strumenti forniti al giudice dal Codice del processo amministrativo permetterebbe di sciogliere ⁽⁴⁹⁾. A titolo esemplificativo, nelle procedure ad evidenza pubblica, a cui si fa nuovamente riferimento, è stato ritenuto sufficiente sottoporre a verificaione il *file di log* per accertare la responsabilità della pubblica amministrazione ⁽⁵⁰⁾. In conclusione, dunque, si può ritenere che disporre la CTU o la verificaione avente ad oggetto elementi del *software* potrebbe non solo aiutare il giudice nella conoscenza dei sistemi “intelligenti”, ma anche definire se del loro malfunzionamento è responsabile l’amministrazione per non aver vigilato (con conseguente condanna al risarcimento del danno), oppure se sono state determinanti cause esterne ⁽⁵¹⁾.

4. Malfunzionamento piattaforma telematica e onere della prova: analisi giurisprudenziale.

Come sopra evidenziato, l’operato della pubblica amministrazione è stato caratterizzato negli ultimi decenni da un sempre più frequente ricorso all’impiego di strumenti digitali, con inevitabile incremento dei casi in cui il giudice amministrativo istruisce e decide controversie aventi ad oggetto il funzionamento di piattaforme telematiche. Venendo più nello specifico, occorre a questo punto analizzare il riparto dell’onere probatorio, disciplinato dall’art. 63 del Codice del processo amministrativo, in riferimento a casi pratici attinenti all’utilizzo di piattaforme digitali nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Innanzitutto, si ricorda come già il primo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur non contenendo una disciplina sistematica sulla digitalizzazione, includeva norme atte a incentivare l’utilizzo di strumenti digitali nella gestione delle procedure a evidenza pubblica, ribadendo l’obbligo per le pubbliche amministrazioni

⁽⁴⁹⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

⁽⁵⁰⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

⁽⁵¹⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

di conformarsi a quanto previsto dal Codice dell'amministrazione digitale. Solo successivamente, con il d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, l'uso degli strumenti informatici è stato incentivato e con il d.lgs. del 31 marzo 2023, n. 36, si è arrivati a digitalizzare l'intero «ciclo di vita» dei contratti pubblici (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione) ⁽⁵²⁾. L'utilizzo degli strumenti informatici è stato favorito non soltanto perché si riducono, in tal modo, i casi di errore umano, ma anche perché attraverso tali strumenti si garantisce imparzialità, tracciabilità e controllo di tutte le operazioni, salvaguardando, così, anche il rispetto della legalità. Per queste ragioni nella prassi sono stati molteplici i casi in cui le amministrazioni hanno deciso e imposto agli operatori economici l'impiego di piattaforme telematiche per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, inizialmente con funzione esclusivamente accessoria, servente e strumentale, fino ad una loro completa automatizzazione. Tuttavia, il ricorso a tali sistemi, sebbene abbia avuto un impatto positivo in termini di speditezza ed efficientamento delle procedure, ha fatto emergere varie problematiche relative a casi di funzionamento/malfunzionamento delle piattaforme telematiche, sulle quali il giudice amministrativo è stato più volte chiamato a pronunciarsi, analizzando anche quelle che sono le modalità con cui dovrebbe avvenire il riparto dell'onere della prova in queste circostanze. Come già innanzi evidenziato, la disciplina generale (l'art. 63, primo comma, c.p.a) pone l'onere della prova ⁽⁵³⁾ in capo alle parti, ammettendo che il giudice amministrativo possa disporre d'ufficio l'acquisizione di chiarimenti o documenti. L'art. 64, primo comma, precisa che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni», per

⁽⁵²⁾ Si veda per maggiori approfondimenti D. GAMBETTA, *Digitalizzazione*, in AA.VV., *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, a cura di V. FANTI, Napoli, 2023, 93 ss.

⁽⁵³⁾ F. SAITTA, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 1, 2025, 105 ss.

cui è la parte che ne può trarre giovamento a dover provare i fatti posti a fondamento della propria domanda, in linea con quanto previsto dall'art. 2697 c.c. Nel caso in cui la prova non sia nella piena disponibilità delle parti, il giudice può esercitare d'ufficio poteri istruttori per l'accertamento dei fatti allegati, acquisendo documenti nella disponibilità della pubblica amministrazione. Dall'analisi di varie pronunce giurisprudenziali (di cui si vedrà in seguito) aventi ad oggetto l'esclusione di operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica a causa di problemi tecnici relativi alla piattaforma telematica adoperata, è emerso che l'onere della prova è generalmente in capo al ricorrente (ovvero all'operatore economico) che deve fornire — se non è nella disponibilità della prova piena — quantomeno un mero indizio o principio di prova a sostegno delle sue ragioni e che, pertanto, attesti il malfunzionamento della piattaforma telematica imputabile alla pubblica amministrazione. Invero, la tesi sostenuta in giudizio deve essere sempre suffragata da prove e non da generiche affermazioni o supposizioni ⁽⁵⁴⁾; inoltre, affinché il giudice possa esercitare il proprio potere acquisitivo e, come prevede l'art. 64, terzo comma, c.p.a., «disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», è sufficiente che il ricorrente allegghi un “principio di prova”. Per principio di prova si intende una rappresentazione dei fatti che, per assurgere al rango di indizio di prova, deve essere sufficientemente circostanziata, così da prospettare uno schema attendibile di ricostruzione storica e giuridica degli avvenimenti ⁽⁵⁵⁾. Una volta che il ricorrente abbia adempiuto a questo onere attenuato, il giudice amministrativo può distribuire razionalmente l'onere della prova e su-

⁽⁵⁴⁾ La giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Trentino-Alto Adige, 13 febbraio 2020, n. 24) non ha ritenuto sufficienti ai fini probatori gli “*screenshot*” prodotti dal ricorrente in quanto utili a “provare” unicamente l'esistenza del problema, ma non l'astratta riferibilità al portale tematico.

⁽⁵⁵⁾ P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 107 ss.

perare l'asimmetria esistente tra la posizione della PA e quella del privato attraverso l'esercizio d'ufficio di poteri istruttori. L'onere di provare i fatti che adduce il ricorrente grava sulla pubblica amministrazione, che, nel costituirsi in giudizio, deve produrre, oltre al provvedimento impugnato, anche atti e documenti utili ai fini della decisione, come previsto dall'art. 46 c.p.a.; se non adempie, il giudice può ordinarle di assolvere al suo onere probatorio, dimostrando l'assenza di malfunzionamenti (ad es. depositando il *file log*) e l'imputabilità della mancata trasmissione dell'offerta al ricorrente. La giurisprudenza amministrativa ritiene che, nel caso in cui non sia possibile comprovare con certezza se la mancata trasmissione dell'offerta sia da imputare a un errore del singolo operatore economico, ovvero se questa sia stata impedita da un vizio del sistema informatico imputabile alla stazione appaltante, «le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico»⁽⁵⁶⁾, nonché i principi di *par condicio* e di *favor participationis*. Dunque, l'operatore economico potrà godere del diritto di essere rimesso in termini, non solo se riesce a provare il malfunzionamento della piattaforma telematica, come previsto dall'art. 25, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, ma anche in caso di assoluta impossibilità di provare le ragioni della mancata trasmissione. Per cui, in caso di "causa ignota", la responsabilità ricadrebbe sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara⁽⁵⁷⁾. Viceversa, il «meccanismo di sospensione e proroga non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale — benché reso edotto *ex ante* (grazie a regole chiare e precise contenute nella *lexspecialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo — non ha provato di essersi attivato tempestivamente per portare

⁽⁵⁶⁾ Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8348; Cons. Stato, sez. III, 07 gennaio 2020, n. 86; Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922.

⁽⁵⁷⁾ Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; T.A.R. Palermo, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383.

a termine le operazioni di *upload* nei tempi tecnici necessari»⁽⁵⁸⁾. Questa generale previsione, ad avviso della giurisprudenza amministrativa, non dovrebbe, però, trasformarsi in un ribaltamento sproporzionato dell'onere della prova a carico della stazione appaltante e, quindi, nella fondatezza, in assenza di piena prova contraria, di qualsiasi allegazione di malfunzionamento della piattaforma telematica⁽⁵⁹⁾.

5. Conclusioni.

Indubbiamente l'intelligenza artificiale sta apportando notevoli vantaggi sia nel procedimento che nel processo amministrativo, in termini di maggiore rapidità, precisione e affidabilità delle operazioni, nonostante venga percepita come un fenomeno non del tutto privo di criticità e limiti. Difatti, l'uso dell'intelligenza artificiale, sia nell'istruttoria procedimentale che nell'istruttoria processuale, complica inevitabilmente il quadro relativo all'accertamento del fatto posto a fondamento dell'esercizio del potere, in quanto l'uso delle tecnologie emergenti e dell'intelligenza artificiale, nel procedimento amministrativo prima e nel processo poi, apre nuove prospettive sulla difficile relazione tra umanità e automazione, nella valutazione dei fatti complessi, anche in considerazione alla non sempre facile intellegibilità delle risultanze prodotte dall'impiego dell'intelligenza artificiale⁽⁶⁰⁾.

Nel procedimento amministrativo e, in particolare, nella fase istruttoria, le riserve maggiori sono emerse rispetto all'ipotesi di totale automazione delle operazioni svolte dall'amministrazione, poiché, anche nel caso in cui gli strumenti informatici adottati

⁽⁵⁸⁾ T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383; T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, 24 giugno 2024, n. 2038.

⁽⁵⁹⁾ In generale, se un operatore economico riesce a dimostrare di aver caricato la documentazione entro i termini stabiliti e che il mancato invio è stato dovuto a un problema della piattaforma, l'onere della prova potrebbe spostarsi sulla stazione appaltante, che deve dimostrare che il malfunzionamento non ha impedito la corretta partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86).

⁽⁶⁰⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit., 283.

pervengano ad un elevato grado di precisione, il loro impiego non può mai sostituirsi totalmente all'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio, che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere. Per queste ragioni, al fine di garantire nel procedimento il rispetto degli istituti di partecipazione, interlocuzione, di acquisizione degli apporti collaborativi forniti dal privato e degli interessi coinvolti, il funzionario amministrativo responsabile del procedimento deve governare gli strumenti digitali ai quali dovrebbe essere riservato un ruolo strumentale e mai surrogatorio dell'attività dell'uomo ⁽⁶¹⁾. Questi deve seguire ad essere il *dominus* del procedimento, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte per il suo svolgimento ⁽⁶²⁾. La totale automatizzazione della fase istruttoria contrasterebbe, infatti, non solo con il principio della trasparenza e con l'istituto della partecipazione procedimentale, ma anche indirettamente con l'obbligo di motivazione del provvedimento finale sancito dall'art. 3, comma 1, L. 241/1990, «con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale» ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Da ultimo, cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4297, dove si afferma che «il ricorso a strumenti informatici nelle procedure amministrative costituisce una modalità agevolata di istruttoria, senza che il singolo strumento – per quanto qualificabile in termini di intelligenza artificiale – possa, da un lato, derogare alle regole normative ed ai criteri posti a presupposto della singola procedura, e dall'altro lato, essere sottratto alla trasparenza nonché alla imputabilità all'amministrazione procedente. Quest'ultima è chiamata a verificare la correttezza del funzionamento dello strumento istruttorio utilizzato e la relativa coerenza agli obiettivi ed alle regole dettate, in coerenza al principio di legalità, per l'esercizio del potere in esame».

⁽⁶²⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9224. Si veda G.C. Di SAN LUCA - M. PADALINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 4, 2025, 131.

⁽⁶³⁾ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 10 settembre del 2018, n. 9224.

Per quanto attiene al processo amministrativo, la centralità del ruolo del giudice deve essere preservata, in particolare, con riguardo al momento in cui viene assunta la decisione ⁽⁶⁴⁾. La “giurisdizione” di cui al Titolo IV della Parte II della Costituzione è per sua natura eminentemente umana (al pari della pubblica amministrazione, *ex artt.* 97 ss. Cost.) e, pertanto, ruota attorno alla persona fisica del giudice ⁽⁶⁵⁾. Lo stesso art. 111 Cost. riferisce, infatti, al magistrato (e non alla macchina) attributi di terzietà e imparzialità. Da ciò si evince che il ricorso all’intelligenza artificiale deve necessariamente essere circoscritto a mero supporto all’attività del giudice e mai potrebbe sostituirsi a quest’ultimo nell’esercizio del potere decisionale. Più nello specifico, nell’istruzione probatoria, gli strumenti informatici possono essere impiegati come mezzo di ricerca della prova o possono essere essi stessi oggetto di prova, di modo da colmare le carenze conoscitive tecniche che il giudice può riscontrare nell’approccio con l’algoritmo, svolgendo un ruolo di ausilio nel processo decisionale.

Infine, da una visione complessiva emerge che tanto nell’istruttoria procedimentale quanto nell’istruzione probatoria processuale, l’impiego di dispositivi di intelligenza artificiale trova una limitazione nella necessaria “riserva di umanità” ⁽⁶⁶⁾, quale principio trasversale dell’intero diritto amministrativo. Questo principio è stato da ultimo annoverato tra i punti fermi su cui deve fondarsi il rapporto tra innovazione e attività amministrativa da una recente pronuncia del giudice amministrativo ⁽⁶⁷⁾, riguardante una controversia avente ad oggetto l’uso degli algoritmi nell’ambito delle procedure di gara: in tale decisione si è evidenziato come, sebbene si stia propendendo sempre più verso l’adozione

(64) Così G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell’IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, cit.

(65) G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagini sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 208.

(66) G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagini sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit., *passim*.

(67) Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929.

di strumenti tecnologici avanzati, il ricorso agli algoritmi debba essere accompagnato da adeguata supervisione umana e da un'informazione comprensibile, accessibile e verificabile, a tutela dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza.

ABSTRACT: Il contributo analizza come il fenomeno del ricorso agli strumenti digitali, anche di intelligenza artificiale, da parte delle pubbliche amministrazioni, abbia inciso sulle modalità di svolgimento dell'istruttoria procedimentale e processuale. La riflessione si concentra, in una prima parte, sui vantaggi apportati dall'IA in seno alla fase istruttoria del procedimento amministrativo e legati, in particolare, al perseguimento di elevati *standards* di efficienza, efficacia ed economicità, senza tacere sulle criticità derivanti dall'opacità degli algoritmi. Nella seconda parte, il contributo pone l'accento sulle modalità con cui il giudice amministrativo può trovare negli strumenti digitali dei validi mezzi a supporto dell'attività di istruzione probatoria che lo stesso è chiamato a svolgere per poter addivenire alla risoluzione della lite. Infine, il contributo riflette sulle ripercussioni che lo svolgimento del procedimento amministrativo in forma automatizzata ha sul processo amministrativo e, in particolare, sull'onere della prova.

ABSTRACT: *This paper analyzes how the use of digital tools, including artificial intelligence, by public administrations has affected the way in which preliminary investigations and proceedings are conducted. The first part focuses on the advantages brought by AI in the preliminary phase of administrative proceedings, particularly in terms of pursuing high standards of efficiency, effectiveness and cost-effectiveness, without ignoring the critical issues arising from the opacity of algorithms. In the second part, the contribution emphasises how administrative judges can find valuable tools in digital instruments to support the evidentiary investigation they are called upon to carry out in order to resolve disputes. Finally, the paper reflects on the repercussions that the conduct of administrative proceedings in automated form has on the administrative process and, in particular, on the burden of proof.*