

La discrezionalità amministrativa ed i vizi del procedimento amministrativo, nell'epoca dell'intelligenza artificiale

Relazione svolta alla 7.ma rassegna di Diritto pubblico dell'economia, sul tema "Intelligenza artificiale e appalti pubblici, tra capacità predittiva e discrezionalità amministrativa", organizzata a Varese dall'Unione provinciale enti locali (U.P.E.L.), il 18-19 aprile 2024

1.- Algoritmi ed attività amministrativa

L'argomento del momento riguarda le potenzialità che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale può offrire per il miglioramento delle prestazioni della P.A., in termini di erogazione di servizi e di adozione dei provvedimenti.

In via generale, l'art. 3-*bis* della legge n. 241/1990 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».

A tale norma, letta assieme all'art. 41 del codice dell'amministrazione digitale, è stato attribuito il significato di riconoscere all'amministrazione la base legale "minima" per lo svolgimento dei procedimenti algoritmici, un vero e proprio potere implicito (GALETTA).

Ora, dall'epoca in cui la norma fu introdotta, i moderni strumenti informatici hanno raggiunto livelli altamente sofisticati, mediante l'uso dell'intelligenza artificiale.

I sistemi di intelligenza artificiale, che consentono ad una macchina di svolgere operazioni più o meno complesse in risposta a specifici quesiti, si differenziano a seconda dell'algoritmo, o programma, utilizzato:

- l'algoritmo *deterministico* opera secondo una logica causalistica, per cui ad un certo dato inserito corrisponde un solo passaggio successivo nella sequenza ed una sola risposta;

- l'algoritmo *probabilistico* ammette diversi passaggi successivi e fornisce una pluralità di risposte possibili;

- l'algoritmo *generativo* si basa su una logica probabilistico-adattativa e fornisce la migliore risposta possibile, attraverso l'analisi e la rielaborazione di una vasta quantità di dati in continuo aggiornamento, compiuta da sofisticate tecniche di apprendimento progressivo (c.d. *machine* o *deep learning*).

È quest'ultimo algoritmo quello che consente, in un qualsiasi campo, l'azione più performante dell'intelligenza artificiale.

Nel nostro ordinamento, la P.A. è titolare di poteri autoritativi attribuiti da una norma, che le consente d'incidere unilateralmente – in senso ampliativo, modificativo o riduttivo – sulle posizioni giuridiche soggettive altrui, in vista del perseguimento di un interesse pubblico pure attribuito da una norma.

La posizione in cui versa il destinatario del potere amministrativo è di *interesse legittimo* ed ha come oggetto un bene della vita che può essere conservato o conseguito, in tutto o in parte, solo per il tramite dell'azione legittima della P.A.

Si parla di *discrezionalità pura* quando l'amministrazione è chiamata a scegliere, tra le più soluzioni astrattamente legittime, quella più rispondente alla tutela dell'interesse pubblico; di *discrezionalità tecnica* quando la scelta si fonda sull'applicazione delle regole che presidiano il settore interessato (ingegneristica, architettura, sanità, didattica, ecc..). Se invece la decisione consentita dalla norma è una sola, si parla di *attività vincolata*.

Punto di partenza è che l'intelligenza artificiale può essere utilizzata al ricorrere di una qualsiasi delle predette attività.

Espressamente pronunciandosi al riguardo, il Consiglio di Stato ha infatti affermato che non “*vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi*” (Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881).

Dunque: piena operatività dell'intelligenza artificiale, vuoi nel campo dell'attività discrezionale (amministrativa o tecnica, che sia), vuoi in quello dell'attività vincolata.

Anche se – a parere di chi scrive – l'utilizzo della stessa andrebbe escluso per determinati procedimenti, quali quelli connotati da un elevato tasso di discrezionalità (ad esempio, i procedimenti di riesame, volti all'esercizio del potere di autotutela) e quelli in cui deve farsi applicazione di normative o regole di nuovo conio, attesa la configurazione retrospettiva dell'intelligenza artificiale, che è addestrata a rielaborare ciò che è già accaduto, piuttosto che a creare nuove fattispecie giuridiche.

In ogni caso, sempre secondo il Consiglio di Stato, l'utilizzabilità dell'intelligenza artificiale all'attività della P.A. è subordinata all'indefettibile rispetto di tre principi cardine:

- a) la conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo;
- b) la non discriminazione nella costruzione dell'algoritmo;
- c) la non esclusività della decisione algoritmica (c.d. riserva d'umanità).

Sul piano processuale, fondamento e corollario di tali principi è l'obbligo di garantire l'assoluta equivalenza della tutela giurisdizionale, tra decisione algoritmica e decisione umana (c.d. effetto utile).

I predetti tre principi, inizialmente individuati dalla giurisprudenza, hanno poi trovato trasposizione normativa nell'art. 30, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo codice dei contratti pubblici), in tema di "uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici", che così recita:

«Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: *a)* conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; *b)* non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; *c)* non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici».

2.- Il principio di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo

L'affermazione giurisprudenziale del principio muove dalla qualificazione dell'algoritmo come atto amministrativo.

Secondo tale impostazione, la sequenza algoritmica costituisce una regola sia tecnica che amministrativa generale, costruita dall'uomo per essere applicata dalla macchina (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

In quanto regola amministrativa declinata in forma matematica, essa soggiace alle regole generali dell'atto amministrativo, quali la pubblicità, la trasparenza, la ragionevolezza, la proporzionalità e così via.

L'algoritmo, quindi, non si sottrae all'obbligo di comprensibilità, la cui mancanza, per un verso impedisce agli interessati di ricostruire appieno l'*iter* logico seguito nel caso concreto e, per altro verso, depotenzia il sindacato del giudice sulla *“logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della ‘regola’ che governa l'algoritmo”*.

Ciò premesso, se la conclusione di questo ragionamento (per altro, ormai coperta da una norma di legge) appare condivisibile, altrettanto non lo è il suo punto di partenza.

Perché l'algoritmo si configuri come atto amministrativo, la P.A. deve averne la paternità. L'atto amministrativo è, infatti, un atto giuridico posto in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione o di un'attività amministrativa (così, da ZANOBINI, a GIANNINI, a CASETTA).

Al contrario, nella stragrande generalità dei casi, l'algoritmo non è prodotto dalla P.A., ma da tecnici esterni e magari è anche sottoposto a brevetto.

In tal caso, l'acquisizione dell'algoritmo in capo alla P.A. avviene per il tramite di una procedura di evidenza pubblica, che culmina in un atto di affidamento, cui segue verifica di conformità o di regolare esecuzione di cui all'art. 116 del codice di contratti pubblici, attraverso cui si attesta la qualità e la rispondenza del prodotto acquistato rispetto agli scopi prestabiliti.

L'amministrazione, normalmente, non svolge alcun ruolo nella creazione del sistema, né ha la capacità di validarlo ed addestrarlo, dovendosi per tutti questi aspetti affidare al di fuori del proprio apparato: si tratti di un operatore privato o di un'amministrazione pubblica altamente specializzata (es. l'Agenzia per l'Italia digitale).

Appare perciò più persuasiva la tesi di chi configura l'intelligenza artificiale come un modulo organizzativo dell'attività amministrativa (GALLONE) e l'algoritmo alla stregua di un “documento” (OROFINO), formato da terzi e sottoposto alle regole dell'accesso nei confronti dell'ente pubblico che lo detiene, il cui sindacato giurisdizionale si concretizza per il tramite dell'impugnazione del provvedimento con cui

l'ente pubblico se ne appropria (GIURDANELLA, SAITTA), come avviene, ad esempio, per i progetti redatti dai professionisti privati incaricati dalla P.A.

Piuttosto, il fondamento dell'obbligo di conoscibilità e comprensibilità costituisce un corollario dei principi di non esclusività della decisione algoritmica e di equipollenza del sindacato giurisdizionale sulla decisione umana come su quella algoritmica.

Solo un processo formativo della decisione davvero comprensibile può essere controllato, valutato e governato, prima dal funzionario e dopo dal giudice, che sono i soggetti su cui la Costituzione fa gravare l'obbligo di assicurare, rispettivamente, il buon andamento dell'amministrazione e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Ma, detto questo in linea astratta, nel concreto occorre chiedersi: la pretesa che l'algoritmo sia comprensibile è un'utopia, una mistificazione, o è un approdo raggiungibile?

È pensabile che possa essere reso comprensibile ogni aspetto dell'algoritmo: dal procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, alle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale, ai dati selezionati come rilevanti?

E chi dovrebbe farlo? La P.A., quale asserita creatrice della presunta regola tecnica ed amministrativa? La commissione giudicatrice in sede di gara, cui spetta valutare l'offerta della fornitura algoritmica, o il rup, che redige il bando, approva e valida la fornitura o il servizio?

O forse la comprensibilità deve essere garantita dal fornitore dell'algoritmo, attraverso le specifiche tecniche o il brevetto?

Ed infine: la valutazione giuridica della regola tecnica, sulla base di quale criterio va effettuata? Si tratta di un sindacato pieno, o di un sindacato di discrezionalità tecnica, censurabile per manifesta irragionevolezza e travisamento del fatto?

Io credo che, alla fine, tutto quello che avremo sarà un simulacro di comprensibilità dell'algoritmo, basato sulle specifiche tecniche della macchina fornite dal produttore.

Del resto, gli algoritmi a struttura aperta scontano, per loro natura, un certo grado di opacità (PASQUALE), sicché troppo spesso, nei dispositivi di *machine* o *deep learning*, la c.d. *black box* (o scatola nera) non consente il tracciamento dei passaggi che dal quesito producono la risposta.

Non a caso, l'*Artificial intelligence act* (c.d. *AI act*) – il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale che dovrebbe entrare in vigore nel 2026, a seguito del recente

accordo fra Commissione, Consiglio e Parlamento U.E. – predispone taluni obblighi informativi e di trasparenza, fondati sul principio di ragionevolezza e proporzionalità, la cui intensità muta in ragione del grado di rischio.

Trattasi, tuttavia, di requisiti minimi essenziali, essendosi preferito affrontare la *black box* con misure adeguate a conoscere quanto meno le basi dell'*iter* logico adottato dal sistema, anziché con l'imposizione di obblighi ampi, ma difficilmente realizzabili (CASONATO, MARCHETTI).

L'inconoscibilità dell'intero percorso cognitivo della macchina è dunque un problema tuttora irrisolto ed ha natura tecnologica, prim'ancora che giuridica; e di questo occorre avere consapevolezza, se si vuole utilizzare senza ipocrisie l'intelligenza artificiale nel campo dell'attività amministrativa.

3.- Il principio di non discriminazione algoritmica

Considerazioni non dissimili alle precedenti si è portati a fare sul principio di non discriminazione nella costruzione dell'algoritmo, in base al quale la programmazione del sistema di automazione decisionale deve prevenire che, attraverso l'implementazione di dati fallaci od incompleti, possa giungersi a conclusioni erranee, contraddittorie o discriminatorie.

Pertanto, il funzionario pubblico è tenuto non solo a selezionare il programma informatico più adeguato al concreto perseguimento degli scopi di interesse pubblico, ma anche ad assicurare l'attendibilità e completezza dei dati immessi e rielaborati elettronicamente, nonché a controllare la conformità del trattamento informatico dei dati personali alla disciplina sulla tutela del diritto alla riservatezza.

Un dubbio però sorge spontaneo: siamo certi che il responsabile del procedimento amministrativo rivesta veramente un qualche ruolo nel processo di scelta del programma e/o di selezione ed immissione dei dati nel sistema?

E, se anche così fosse, siamo sicuri di non chiedergli troppo, se non addirittura l'impossibile? Quali competenze specialistiche deve possedere costui per compiere al meglio tutte queste attività?

E se, comunque, dell'intero processo egli è una sorta di “garante per posizione”, su quali strumenti può contare per far sì che questo controllo, avendo per oggetto attività a contenuto altamente tecnologico, non sia soltanto formale ed apparente (SIMEOLI)?

4.- Il principio della riserva d'umanità

Concetti analoghi valgono pure per il terzo principio, che il Consiglio di Stato declina nel senso che *“deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano, capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica”*, e ciò *“a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo”* (Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881).

Tanto si ricava dall'art. 22 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 27 aprile 2016, n. 2016, sulla protezione dei dati, secondo cui, quando una decisione automatizzata produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato, nonché dalla Carta della Robotica – Risoluzione approvata dal Parlamento Europeo il 16 febbraio 2017 –, a mente della quale «nell'ipotesi in cui un *robot* possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un *robot*, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento, né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

D'altronde, sul fronte interno, è il regime di responsabilità previsto dall'art. 28 Cost. ad imporre la personalizzazione dei rapporti fra chi svolge funzioni pubbliche ed il cittadino, prescrivendo l'imputabilità (sempre) dell'attività ad un'amministrazione ed ad un soggetto fisico (NERI).

Eppure, v'è da chiedersi: perché ciò si verifichi, è necessario che il pubblico funzionario eserciti un controllo interamente sostitutivo sull'istruttoria e sui vari profili di discrezionalità e di opportunità di cui il provvedimento è portatore?

In altre parole: dopo l'esito somministrato dall'algoritmo, l'esame della pratica deve essere rinnovato dall'uomo?

E, se così fosse, non verrebbero azzerati, o comunque fortemente menomati, i vantaggi, in termini di celerità ed efficienza, perseguiti dalla scelta di automatizzare una procedura che, se non affidata alla macchina, comporterebbe la spendita molte energie umane e di molto tempo?

Forse allora – e più plausibilmente – tutto quel che può richiedersi al funzionario è di valutare la non manifesta illegittimità della decisione proposta dalla macchina, evitando che ciò si traduca in atteggiamenti di recepimento passivo ed acritico.

Nondimeno, ritengo che il funzionario sarà tenuto a rinnovare personalmente la valutazione, in tutti i casi in cui, ad una proposta di provvedimento negativo emessa dalla macchina, facciano seguito le controdeduzioni di cui all'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, venendo in rilievo l'obbligo di motivazione rafforzata, per cui «qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni».

V'è infine da chiedersi quale sia la sorte del provvedimento completamente o sostanzialmente privo di contributo decisionale umano (il cui rischio appare tutt'altro che remoto), del provvedimento rispetto al quale il vaglio condotto dal funzionario sia mancato o si sia risolto in un semplice passaggio di stile, in una supervisione solo apparente e di facciata?

Le possibilità sono astrattamente quattro.

A stretto rigore, se l'intervento umano funge allo scopo di mantenere integra l'imputabilità dell'atto all'ente ed all'organo, in uno con l'obbligo risarcitorio per i danni cagionati, dovrebbe trattarsi di un provvedimento inesistente, in quanto non imputabile alla P.A. od al funzionario agente.

Diversamente, potrebbe trattarsi di un provvedimento nullo per carenza di un elemento essenziale, ovvero sia una volontà riconducibile all'amministrazione (la macchina non è un organo diretto od indiretto).

Ancora, il provvedimento amministrativo adottato in forma totalmente automatizzata potrebbe essere annullabile per violazione di legge, essendo sorretto da una volontà imperfetta e non compiutamente sviluppata per l'assenza di un valido contributo umano (GALLONE).

Infine, lo stesso provvedimento potrebbe essere inefficace, laddove si costruisca il contributo umano come una condizione d'efficacia *ex art. 21-quater* della legge n. 241/1990.

Va detto che le varie decisioni giurisdizionali sin qui intervenute hanno qualificato il provvedimento come illegittimo, annullandolo senza particolari spiegazioni.

5.- L'effetto utile e l'ineludibilità di una tutela giurisdizionale effettiva

Occorre muovere dalla condivisibile affermazione secondo cui: *“l'utilizzo di procedure robotizzate non può [...] essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa”* (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

Nel nostro caso, il principio conformatore è quello di effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe certamente eluso laddove si apprestassero, in danno di chi ricorre avverso un provvedimento algoritmico, minori garanzie sostanziali e processuali rispetto a chi ricorre avverso un provvedimento umano.

A ciò si aggiunga che l'oggetto del sindacato giurisdizionale deve poter riguardare non soltanto la decisione finale, ma *“in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione”*.

Per assolvere degnamente al proprio ruolo, il giudice deve dunque disporre pienamente del potere di valutare il provvedimento algoritmico attraverso i tre vizi tipici di legittimità; come deve disporre di tutto il bagaglio di mezzi probatori contemplato dal codice, *in primis* la richiesta di chiarimenti alle parti, la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio.

Che lo si voglia o no, è il “giusto processo” il punto di equilibrio e di tenuta dell'intera architettura.

Il “giusto processo” deve dunque costituire l'occasione e la sede deputata per recuperare quelle garanzie sacrificate nel procedimento amministrativo automatizzato, necessariamente caratterizzato da un netto e scontato sbilanciamento in favore dell'efficienza dell'informatica (GALLONE).

Nicola Durante
Pres. Sez. TAR Salerno