amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2022
Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Automazione e processo amministrativo: una convivenza difficile?

di Gennaro Terracciano

(Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Abstract

The new regulations that came into force during the emergency period have significantly affected the doctrine and jurisprudence, in a first phase, on the risks and diminished guarantees of the so-called "Compulsory securitization" of the electronic administrative process, introduced by art. 84 of the D.L. n. March 17, 2020, n. 18 and, in a second phase, on the correct application of the principle of "mediated orality" in the so-called hearings. "Remotely", pursuant to Legislative Decree April 30, 2020, n. 28, of the following art. 25 of the D.L. n. 137/2020, as well as the further extension pursuant to art. 6 of the D.L. n. 44/2021.

This regime of 'attenuated' or 'mediated' by information technology found its fundamental ratio in a fully emergency context, but it seemed to be able to express, at system level, a trend towards an increasingly pervasive entry of ICT as necessary tools of operational aid in judicial activity.

This regime, however, also considering certain regulatory and operational dysfunctions, was overcome with the D.L. 21/09/2021, n. 127 and with the consequent Protocol of the Council of State of 20/07/2021, which showed a clear option for the return to the pre-pandemic regime of cross-examination in the presence

ISSN 2036-7821

Le novelle normative entrate in vigore durante il periodo emergenziale hanno significativamente interessato la dottrina e la giurisprudenza, in una prima fase, sui rischi e sulle diminuite garanzie della c.d. "cartolarizzazione coatta" del processo amministrativo telematico, introdotta dall'art. 84 del D.L. n. 17 marzo 2020, n. 18 e, in una seconda fase, sulla corretta applicazione del principio di "oralità mediata" nelle udienze c.d. "da remoto", ai sensi del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, del successivo art. 25 del D.L. n. 137/2020, nonché dell'ulteriore proroga di cui all'art. 6 del D.L. n. 44/2021.
Tale regime di oralità 'attenuata' o 'mediata' dall'informatica, ha trovato la sua *ratio* fondamentale in un contesto pienamente emergenziale, ma pareva poter esprimere, a livello di sistema, una tendenza verso un sempre più pervasivo ingresso delle ICT quali necessari strumenti di ausilio operativo nell'attività giurisdizionale.
Detto regime, però, considerate anche talune disfunzioni a livello regolatorio e operativo, è stato superato con il D.L. 21/09/2021, n. 127 e con il conseguente Protocollo del Consiglio di Stato del 20/07/2021, che ha mostrato una netta opzione per il ritorno al regime pre-pandemico del contraddittorio in presenza.
Orbene, senza volersi soffermare, come autorevoli studiosi hanno già fatto, sulle criticità e sui difficili rapporti tra principi di oralità e pubblicità delle udienze e virtualità del processo, è indubbio che questa esperienza ci pone, ancora una volta e ancora di più, di fronte all'esigenza di analizzare la difficile convivenza tra la pervasività dell'evoluzione tecnologica e la necessità di preservare l'umanizzazione del procedimento e del processo amministrativo.
Si avverte forte il rischio che la tendenziale disumanizzazione del processo presenti punti di tangenza con una giustizia predittiva, virtuale, automatica e a-valoriale, regolata da macchine e algoritmi che agiscono per mera riproduzione acritica dei precedenti, sottomettendo le istanze di giustizia e i principi dell'ordinamento giuridico (rischio già rilevato con riferimento alla previsione delle sentenze in forma semplificata).
Uno degli elementi di umanizzazione del processo è proprio l'interazione personale tra le parti processuali che consente al giudice, nella fase che precede la redazione del provvedimento, di gestire e 'dirigere' l'istruttoria e un contraddittorio non meramente cartolare, esaminando soggettivamente le contrapposte esigenze di tutela (soprattutto quanto alla tutela cautelare).
Queste esigenze di umanizzazione, che sono le principali contro-spinte all'affermazione della giustizia predittiva, ostacolata da un processo impostato, condotto e gestito dall'uomo, non possono, però, condurre all'estremo opposto di aprioristici atteggiamenti di chiusura nei confronti dell'intervento di sistemi algoritmici in sede giurisdizionale.
In altre parole, le preoccupazioni etiche di governabilità e controllabilità dei processi decisionali non deve generare pregiudiziali rifiuti di un'evoluzione tecnologica che,

ISSN 2036-7821

oramai, ha assunto un carattere pervasivo di ogni ambito dell'esistenza umana (a cui non può sottrarsi la giustizia).

Al fine di affrontare il problema a livello sistemico, è necessario, in primo luogo, tenere presente la *summa divisio* tra le procedure automatizzate in cui l'algoritmo è 'servente', ovvero è in grado di sistematizzare, raccogliere e rielaborare i dati al solo fine di agevolare la decisione umana e gli algoritmi di intelligenza artificiale 'forte', che sono in grado di auto-apprendere e di rappresentare autonomamente il processo decisionale, sostituendo, con funzione abduttiva, deduttiva e predittiva, la determinazione umana.

Gli algoritmi "forti", come detto, presentano un alto rischio di assenza di dominabilità, nel momento in cui il processo di continuo auto-apprendimento e di costante rielaborazione dei dati originariamente immessi nel sistema, determina il c.d. effetto *black-box* , generando una serie infinita di inferenze automatiche, sempre meno intellegibili, accessibili e sindacabili.

Orbene, la giurisprudenza amministrativa, soprattutto del Consiglio di Stato, dopo un iniziale *self-restraint*, valorizzando anche la normativa dettata dal C.A.D. e dal Regolamento UE sul GDPR nonché la *soft-law* a livello sovranazionale, ha mostrato una progressiva apertura (in particolare, nelle sentenze, sez. VI, nn. 2270/2019, 8472/2019 e, poi, 881/2020) nei confronti delle decisioni algoritmiche in sede di procedimento amministrativo, anche discrezionale.

Nella materia delle assunzioni e assegnazioni di docenti con procedure automatizzate (ai sensi del Piano della c.d. Buona Scuola di cui alla L. n. 107/2015) il Consiglio di Stato ha stabilito i limiti e condizioni di ammissibilità della decisione automatizzata in ambito amministrativo, individuati nella conoscibilità/trasparenza/accessibilità del procedimento; nella non esclusività e dominabilità umana della decisione; nella non discriminatorietà dei dati immessi nel sistema.

Non si rinvengono, però, un'analoga riflessione e analoghe prese di posizione con riguardo ai processi di automazione decisoria in sede giurisdizionale.

In primo luogo, anche in sede processuale occorre distinguere tra strumenti informatici di mero ausilio nel processo decisorio, che intervengono nella conduzione della fase istruttoria e del contraddittorio, e strutture algoritmiche in grado di sostituire integralmente la decisione umana.

A livello comparatistico non mancano negli altri ordinamenti veri e propri esempi di giustizia predittiva con una tendenza a sostituirsi all'uomo, soprattutto in ambito penale (i sistemi COMPAS-*Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions* in U.S.A., al fine di stimare il rischio di recidiva di reato, e HART, *Harm Assessment Risk Tool*, dell'Università di Cambridge, al fine di prevedere interventi mirati per evitare la reiterazione dei reati, sperimentati con successo in ambito giudiziario).

ISSN 2036-7821

Essi sono capaci di realizzare un autonomo giudizio prognostico sulla condotta umana e di operare inferenze in senso abduttivo, con effetti positivi in termini di efficientamento e uniformità delle decisioni e, in definitiva, di certezza del diritto, ma anche con significativi rischi di distorsioni e discriminazioni.

Si registra, inoltre, una corrente di pensiero "induttiva" che, in applicazione della *Fair Division Theory*, propende per un "algoritmo equitativo" quale dispensatore di decisioni eque e giuste in sede giurisdizionale, propugnando procedure sempre più neutrali rispetto ai valori eteronomi del positivismo normativo spesso declinati in norme ampie, che sono considerate un ostacolo all'applicazione automatizzata[1].

Dette procedure hanno come obiettivo finale l'efficiente composizione equitativa delle istanze di tutela dei diritti liberamente disponibili dalle parti nella loro autonomia negoziale, mediante la ponderazione esclusiva degli interessi e dei valori dei soggetti coinvolti (c.d. "algoritmi equitativi").

Insomma, l'algoritmo viene visto, in modo estremo, quale modello matematico-computazionale di definizione bonaria delle preferenze individuali, in cui la concretizzazione della norma astratta si rinviene esclusivamente dall'osservazione empirica.

Ciò secondo una concezione che affonda le sue radici nel realismo giuridico americano degli anni '30, che vuole il diritto "in azione", in cui l'interpretazione della norma si plasma in relazione alle esigenze individuali e alle peculiarità empiriche.

È chiaro che, tra i poli della giustizia algoritmica predittiva e l'algoritmo equitativo induttivo dall'esperienza, si pone nel mezzo il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico, necessariamente orientato alla valutazione di un'azione amministrativa di perseguimento del pubblico interesse, resa in applicazione di norme spesso indeterminate.

In essa appare essenziale la discrezionalità del giudice nell'applicazione del sillogismo circolare in cui fatto e diritto interagiscono e si confrontano, che rende essenziale il corredo valoriale e di ponderazione e, in definitiva, rende ineludibile l'intervento umano (salvo, forse, proprio con riferimento ai procedimenti cc.dd. algoritmici).

Ciò mostra altri lati oscuri della giustizia algoritmica: in primo luogo, una decisione giudiziaria basata totalmente su meccanismi di auto-apprendimento (*deep machine learning*) correrebbe il rischio di cristallizzare una 'dittatura del precedente giudiziario', per come immesso nel *data-base*, impedendo qualsivoglia *revirement* e processo evolutivo giurisprudenziale (come già evidenziato).

[1] *"Nella maggior parte delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a voler finire."* V.Scialoja, Del diritto positivo e dell'equità, Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli Studi nell'Universita di Camerino, ora in Annali della facoltà giuridica, dell'Università di Camerino, nuova serie, 1, 2012, p.179.

ISSN 2036-7821

In via ulteriore, si pongono significativi problemi di controllabilità della decisione e di imputabilità del processo decisionale, specialmente laddove è richiesta l'applicazione di norme, elaborate in modo elastico mediante concetti indeterminati, al fine di garantire l'individualizzazione del trattamento giudiziario.
Non sarebbe, inoltre, agevole fornire adeguate garanzie di impugnabilità di una decisione basata su sistemi totalmente artificiali, che dovrebbe arrivare all'utilizzo di un poco verosimile 'algoritmo di secondo grado', deputato ad una verifica meramente tecnica della decisione del precedente grado di giudizio.
Sarebbe, tuttavia, ingenuo immaginare che questi lati oscuri della giustizia algoritmica possano finire per relegare la tecnologia al ruolo di mero ausilio operativo della decisione del G.A., in quanto l'evoluzione dell' A.I., che sta compiendo passi da gigante nel senso di una più analitica riproduzione anche degli aspetti più umani del processo intellettivo, richiede di essere preparati e di accompagnare il cambiamento.
Ed allora, è opportuno non pensare all'intelligenza artificiale 'debole', quale ausilio alla decisione, e a quella 'forte', quale decisione vera e propria, in un'ottica di rigida contrapposizione, ma di graduale interazione e integrazione, sia in sede procedimentale che in ambito processuale.
Una soluzione potrebbe rinvenirsi nel costruire un'intelligenza amministrativa artificiale mediante un presidio di automazione che accompagni l'intero processo decisorio dell'esercizio del potere pubblico, percorrendo un *fil rouge* che parte dalla fase procedimentale e giunge a quella processuale.
Questo obiettivo si realizza, in primo luogo, tracciando e digitalizzando tutte le fasi del processo intellettivo-decisionale del decisore, selezionandone i dati essenziali e gli aspetti più rilevanti, consentendo al *machine learning* di valorizzarne le concatenazioni algoritmiche, dalla fase istruttoria sino a quella decisoria.
Una corretta, imparziale e trasparente automazione pre-decisionale nel 'farsi' dell'azione pubblica rappresenta il prodromo necessario ad una affidabile decisione giurisdizionale, che può essere anch'essa trasformata in chiave algoritmica.
La decisione, vista in una ampia declinazione di automazione dell'intero processo decisionale, deve poter contare su un solido *dataset* di processi e informazioni digitalizzate, non presentati al giudice in una confusa e alluvionale forma, che ne preclude l'accesso al fatto 'algoritmizzato' e rende oscura e imprevedibile, a guisa di una *black box* analogica, la sussunzione del fatto entro le ampie maglie normative.
In altre parole, è necessario pensare a sistemi di automazione *in itinere* che valorizzino un *dataset* non forzatamente immesso per addestrare meccanicamente il sistema o segmenti di esso, ma acquisito all'interno del sistema medesimo.
Da ciò discende l'elaborazione di una nozione di Intelligenza Amministrativa Artificiale (Progetto PRIN 2020) che deve tracciare l'intero *iter* decisionale, mappando tutti i processi mediante l'elaborazione di regole di condotta, *alert* e

ISSN 2036-7821

indicatori di monitoraggio della loro attuazione, al fine di assicurare una trasparenza, accessibilità e sindacabilità algoritmica, consentendo di individuare garanzie essenziali e criteri di legalità che coniughino un giusto grado di autonomia della macchina con il contrasto a deviazioni, vulnerabilità o errori del sistema.
Il rilievo dei richiami etici nell'azione amministrativa automatizzata si traduce, dunque, nell'esigenza di uno statuto giuridico della produzione e dell'utilizzazione dell'intelligenza artificiale a cui il decisore deve attenersi.
La formulazione di regole di buona amministrazione nell'ambito di una decisione applicativa di sistemi di intelligenza artificiale, a guisa di uno 'statuto o carta dell'azione amministrativa digitale' richiede, dunque, la fissazione di regole operative per l'utilizzo dei modelli automatizzati di accertamento dei fatti e di decisione, che consentano di tracciare gli eventi di rischio di cattiva amministrazione.
Da tale tracciamento, a valle, potranno discendere vere e proprie regole di condotta, in grado di orientare l'azione umana quali stimoli all'adozione di misure (e contromisure) per perseguire gli obiettivi fissati e/o contrastare i rischi tracciati.
In altre parole, la digitalizzazione mediante informatizzazione e tracciamento dei processi non deve ritenersi avulsa dall'attuale organizzazione strutturale della P.A., la quale forse è già inconsapevolmente predisposta quanto a metodiche e comportamenti relativi alla raccolta e archiviazione di informazioni, ai tentativi di descrizione dei documenti e del loro regime giuridico (*Knowledege Management*), nonché alla procedimentalizzazione dell'operato pubblico.
Si tratta, quindi, di far intervenire la nozione di I.A.A. quale strumento 'maieutico' volto all'emersione di una cultura della *data science*.
Questa trasformazione digitale in sede procedimentale si pone in un *continuum* sino alla sede processuale, generando il necessario prodromo anche al graduale utilizzo di sistemi tracciabili e comprensibili di giustizia predittiva.
Allo stesso modo, occorre una revisione delle norme e dei protocolli processuali che consentano di perseguire il difficile equilibrio tra le garanzie del contraddittorio (non incompatibili con l'ausilio tecnologico, ad esempio agevolando una comunicazione informatizzata, tracciabile e indicizzabile tra le parti del processo) e il conseguente utilizzo di algoritmi come supporto informativo alla decisione umana.
Basti pensare al decisivo apporto che può offrire la tecnologia nella fase istruttoria di accertamento del fatto sussumibile, mediante l'utilizzo di *standard* probatori, che sempre più spesso fanno riferimento all'applicazione di leggi scientifiche, in cui il livello di verità e falsificabilità dell'ipotesi di ricostruzione del fatto da sussumere sotto la norma indeterminata può essere stabilito valorizzando le concatenazioni algoritmiche del *machine learning*.
Il rinnovato interesse per l'accertamento istruttorio del fatto, in fase amministrativa e giurisdizionale, si riflette sull'elaborazione di indici scientifici su cui testare empiricamente i meccanismi di prova.

ISSN 2036-7821

L'idea di fondo è, dunque, quella di non calare l'automazione mediante intelligenza artificiale in compartimenti stagni, instillandola in modo coattivo solo in alcuni segmenti determinati di processi decisori che rimangono in massima parte costruiti in modo analogico.
Occorre realizzare un cambiamento di prospettiva verso un modello di informatica c.d. "metadocumentaria", in cui sia possibile presidiare a livello informatico tutte le fasi del processo decisionale e, in definitiva, generare un provvedimento che non abbia solo una forma elettronica, ma sia il risultato di una elaborazione in sede elettronica.
Con ciò declinando l'algoritmo, come ritiene il Consiglio di Stato, quale modulo organizzativo procedimentale ed istruttorio, verificabile, costantemente controllabile e correggibile dall'essere umano, ma a tale scopo sempre più in grado di rappresentare analiticamente il processo intellettivo.
L'automazione mediante organizzazione consentirà anche un giusto grado di tracciabilità e trasparenza dei processi, necessari a garantire la correttezza e la non discriminazione e la sindacabilità delle decisioni in sede giurisdizionale.
Il rapporto stretto tra decisione in sede amministrativa e quella in sede giurisdizionale si rinviene nella circostanza per cui l'operazione di accertamento e sussunzione del fatto è sempre preliminare e distinta dalla determinazione decisoria e deve essere svolta in egual modo tanto dal soggetto pubblico, ai fini della scelta discrezionale del provvedimento da adottare, quanto dal giudice nell'esercizio del sindacato di legittimità, che può spingersi sino all'accertamento delle premesse empiriche del potere pubblico, e nei limiti in cui può accettarsi un controllo dell'attività discrezionale.
L'autorità giurisdizionale opera, dunque, sul medesimo fatto mediato dalle acquisizioni delle risultanze del procedimento condotto dalla P.A. ed entrambi si trovano innanzi all'arduo compito di condurre la norma nella realtà empirica, con un'integrazione valutativa.
Si è rilevato che tale processo *"coinvolge parallelamente tanto l'attività amministrativa quanto l'attività giurisdizionale, essendo entrambe volte a manifestare una volontà di natura politico-amministrativa sulla gerarchia degli interessi che emergono dalla fattispecie, bensì a predisporre una corretta e completa conoscenza delle premesse fattuali, al fine di interpretare, di eseguire, di applicare a ragion veduta norme e principi ad elevato contenuto di astrattezza nella concretezza della realtà fattuale"*.
L'automazione dei processi decisori, dunque, può svolgersi in un *continuum* che presenta degli aspetti di circolarità, in quanto, come osservato dal Pres. Patroni Griffi (prefazione alla monografia su *"L'indizio nella decisione amministrativa"*), *"La trattazione congiunta, sul piano sistematico, di procedimento e processo, di decisione amministrativa, o provvedimento, e di pronuncia giurisdizionale, o sentenza (e altri provvedimenti decisori), costituisce frutto del tradizionale, e non per questo meno attuale,*

ISSN 2036-7821

"andirivieni" (Zuruckverweisung) tra procedimento e processo, nell'ambito di una dinamica circolare, in cui la tutela giurisdizionale approntata per il singolo caso, attraverso l'analisi in giudizio degli svolgimenti procedimentali (frutto della diacronicità del potere pubblico), conduce all'affermazione di un principio che, nel risolvere il caso, diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto conformativo esterno della pronuncia giudiziale".

È doveroso, dunque, non perseguire una digitalizzazione di facciata in cui l'algoritmo diventi un oscuro generatore di decisioni imponderabili mediante l'utilizzo di tecnologie elaborate da soggetti privati e spesso inaccessibili, ma una digitalizzazione di tali processi circolari, che si ottiene valorizzando l'enorme patrimonio conoscitivo dell'azione amministrativa e cogliendone le possibili concatenazioni algoritmiche in senso predittivo.

Luciano Floridi ha evidenziato che *"Se casa è dove sono i nostri dati, allora viviamo da tempo su Google Earth e nel cloud. Agenti artificiali e ibridi, vale a dire in parte umani e in parte artificiali (come, per esempio, una banca), interagiscono ormai in quanto agenti digitali con ambienti digitali e, dato che condividono la stessa natura, possono operare tra loro con molta più libertà e capacità di controllo. Deleghiamo o esternalizziamo in misura crescente ad agenti artificiali ricordi, decisioni, compiti di routine e altre attività con modalità che sono sempre più integrate con le nostre vite".**

ISSN 2036-7821