

25 marzo 2021

Anna Porporato

Relazione sul tema della “decisione algoritmica”.

Nel nostro ordinamento la L. 241/90 sul procedimento amministrativo, all’art. 3 bis, come novellato nel 2005, fa espressamente riferimento all’uso della telematica da parte delle Pubbliche Amministrazioni, nei rapporti interni fra loro e con i privati, “per conseguire maggiore efficienza nella loro attività”. Il Codice dell’Amministrazione Digitale italiano (CAD) ha previsto all’art. 50 ter l’istituzione della “Piattaforma digitale nazionale dati” (PDND), al fine di “favorire la conoscenza e l’utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali” dalle pubbliche amministrazioni (ad esclusione delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione), nonché “la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese”. Nessun riferimento specifico è contenuto nel CAD all’uso di algoritmi a fini di una successiva automatizzazione delle attività delle Pubbliche Amministrazioni sulla base dell’utilizzo di questi dati. (Cfr. D.U. GALETTA, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi, e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi, Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n. 3/2019, pag. 5). E’ possibile allora sostenere che ad oggi sono la giurisprudenza amministrativa - in particolare si farà riferimento alla pronuncia della sezione III bis del TAR Lazio, Roma del 27 maggio 2019, n. 6606 e alla pronuncia del Consiglio di Stato, sezione VI, dell’8 aprile 2019, n. 2270 - e la dottrina ad avere introdotto dei limiti, dei paletti in ordine alla possibilità di fare ricorso alla c.d. decisione amministrativa algoritmica.

Si ritiene utile richiamare la definizione di algoritmo. Per algoritmo si intende un procedimento che risolve un problema attraverso un numero prestabilito di passi elementari entro un termine ragionevole.

Occuparsi di decisioni algoritmiche vuol dire parlare dei sistemi di Intelligenza Artificiale, cioè di quei sistemi che utilizzano computer, algoritmi e tecniche per elaborare informazioni, risolvere problemi, prendere decisioni, tutte attività che in precedenza potevano essere svolte solo dall’intelligenza naturale, i.d. dall’intelligenza dell’uomo. (Cfr. D.U. GALETTA, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi, e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., pag. 7).

Quando si parla di decisioni pubbliche algoritmiche/automatizzate si fa riferimento a differenti livelli di automazione.

Un primo livello, quello dell'Automazione completa. In tale sistema gli algoritmi collegano automaticamente i dati e le informazioni con i documenti tramite l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale basati su regole, c.d. "sistemi esperti". Nell'automazione completa è il sistema di IA che genera il documento senza necessità dell'intervento dell'uomo.

Il secondo livello è quello dell'Automazione con intervento umano ridotto. In tale sistema è necessario ed inevitabile che un operatore umano interagisca con il sistema automatizzato per completare la creazione di un documento. L'intervento dell'uomo può essere determinato da diverse esigenze: perché le parti di un documento richiedono aggiornamenti costanti e l'attività di aggiornamento non sia automatizzabile; oppure perché l'intervento di un operatore umano, attraverso la formulazione di domande, o semplicemente interagendo con il sistema, faciliti lo svolgimento delle altre fasi del procedimento.

Il terzo livello è quello dell'Automazione più predizione. In questo caso l'automazione si traduce nell'apprendimento automatico, definito Machine Learning. Si tratta di una tecnica di Intelligenza Artificiale in virtù della quale uno o più algoritmi rilevano molti dati al fine di stabilire dei modelli, che vengono poi tradotti in previsioni, sulla base di alcuni criteri statistici. (Cfr. D.U. GALETTA, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi, e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., pag. 10 e 11. L'Autrice osserva come quest'ultima tecnica nell'ambito del settore pubblico potrebbe essere di una certa utilità nel caso di provvedimenti amministrativi da adottarsi sulla base di un quadro normativo chiaro e semplice o dove sia consolidata la prassi amministrativa o l'orientamento della giurisprudenza sia stabile).

I tre livelli di automazione si basano su di una *governance dei dati*, cioè sulla raccolta, sistematizzazione e correlazione di dati e di informazioni.

L'ambito nel quale le Pubbliche Amministrazioni hanno iniziato a fare ricorso a sistemi di Intelligenza Artificiale è soprattutto quello dell'attività amministrativa c.d. vincolata. A tal riguardo si può pensare al caso, introdotto dalla l. 30.12.2010, n. 240 e dal d.m. attuativo 7.6.2012, n. 76, dell'automazione del provvedimento per la dichiarazione di 'sorteggiabilità' degli aspiranti commissari nel procedimento di attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per rivestire il ruolo di professore universitario. (Cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La Tecnificazione*, Firenze, 2016, p. 165).

Inoltre, l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale è immaginabile soprattutto con riguardo alla fase istruttoria del procedimento amministrativo.

Un interessante dibattito è sorto in senso alla giurisprudenza del giudice amministrativo con riguardo all'impiego di algoritmi impostati e predefiniti per la gestione di procedimenti di mobilità straordinaria di docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, il cui risultato è stato il trasferimento o la collocazione dei docenti in ambiti territoriali non richiesti o richiesti soltanto in via subordinata e residuale (sentenza del T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606, (che conferma la precedente decisione della medesima sezione, la n. 9224/20189) e pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, la quale non rappresenta la pronuncia di secondo grado rispetto a quella del T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606).

Tali sentenze hanno disposto l'annullamento della procedura di mobilità straordinaria di cui all'ordinanza ministeriale n. 241 dell'8 aprile 2016 e di ogni altro provvedimento in materia di trasferimento, o comunque di collocazione degli interessati, cioè dei docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, in ambiti territoriali non richiesti o richiesti soltanto in via subordinata e residuale.

In particolare, il giudice amministrativo di primo grado ha contestato la scelta del Ministero dell'Istruzione di affidare la gestione esclusiva del processo selettivo e decisionale ad un algoritmo preimpostato e predefinito al fine di tener conto in automatico delle posizioni personali, e dunque dei punteggi e dei titoli degli interessati, in quanto sarebbe mancata «una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola» (T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606).

Secondo il Tar del Lazio «un algoritmo, quantunque preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario, istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi di relazione del privato con i pubblici poteri». Si tratta, ha messo in evidenza il Tar, di principi che «non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche» (T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606).

Ancora ad avviso del giudice amministrativo di primo grado «a essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, 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» (T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 27 maggio 2019, n. 6606).

Il medesimo giudice (quindi la sezione III bis del T.A.R. Lazio) in una precedente sentenza (poi confermata dalla sentenza n. 6606/2019) ha precisato che le procedure informatiche, “finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo» (T.A.R. Lazio, sez. III bis, del 10 settembre 2018, n. 9224/2018). Il Consiglio di Stato ha inteso focalizzare l'attenzione sulla “regola tecnica che governa ciascun algoritmo”, in quanto si tratta pur sempre di una “regola amministrativa generale”, elaborata dal pensiero dell'uomo che ne è e ne resta, sempre e comunque, il *dominus* laddove alla “macchina” ne viene rimessa la semplice applicazione sul campo.

In particolare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto alla regola algoritmica «piena valenza giuridica e amministrativa, anche se declinata in forma matematica, dovendo, di conseguenza, la stessa regola soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza...di ragionevolezza e proporzionalità».

Ancora, secondo il Consiglio di Stato, «la regola algoritmica non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili». (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

Da tale osservazione ne discende che la discrezionalità amministrativa non può mai essere demandata al software, dovendo essere invece rintracciata, e pertanto collocata, al momento dell'elaborazione e della messa in esercizio dello strumento digitale (R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, 2019, fasc. 4, pagg. 780, ss.).

Le osservazioni svolte dal Consiglio di Stato conducono ad un doppio ordine di conseguenze.

E' stato, infatti, osservato in tal senso che la prima conseguenza si traduce nella necessità che la procedura e il meccanismo che conducono alla decisione robotizzata (ossia, l'algoritmo) siano “conoscibili”. Mentre la seconda conseguenza si sostanzia nella circostanza per cui la regola

algoritmica è, o meglio deve essere, non soltanto conoscibile, ma egualmente sottoposta alla piena cognizione e al pieno sindacato della giurisdizione amministrativa (R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit., pag. 781).

Ad avviso del Consiglio di Stato «la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione...», in quanto che «il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della regola che governa l’algoritmo». (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

Con riguardo al sindacato del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato ha messo in evidenza che il momento strategico nel quale il sindacato deve essere esercitato in tutta la sua pienezza deve collocarsi “a monte”, laddove la “formula tecnica” viene elaborata, assumendo conseguentemente la struttura e la natura formale/sostanziale di regola giuridica. Ad avviso del giudice amministrativo di primo grado anche quando il potere selettivo e conformativo degli operatori venga esercitato “a valle” di un’istruttoria automatizzata, con l’adozione di decisioni finali, cioè di provvedimenti, si deve riconoscere anche in quel momento la presenza di un residuo potere di apprezzamento discrezionale in capo agli stessi operatori. (In tal senso (R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit., pagg. 786-787).