

La legalità algoritmica

L'impatto delle nuove tecnologie sulla pubblica amministrazione assume particolare evidenza nel momento in cui incide sulle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa e di esercizio del potere pubblico, ossia sulla sequenza procedimentale di formazione della decisione amministrativa.

Nell'ampio fenomeno dell'amministrazione digitale, inteso come *genus*, la *species* caratterizzata dai profili più problematici ed innovativi per la disciplina del procedimento amministrativo, è certamente rappresentato dall'amministrazione algoritmica che prevede l'utilizzo di tecnologie digitali per determinare il contenuto decisionario attraverso l'elaborazione automatizzata mediante modelli e sistemi computazionali fondati su software algoritmici.

Ma quali sono i sistemi algoritmici conosciuti e utilizzabili per l'adozione di decisioni amministrative automatizzate?

- 1- Gli algoritmi cd. Deterministici costruiti secondo una logica rigidamente causale per cui ad un certo dato in entrata può corrispondere solo uno specifico successivo passaggio nella sequenza, sicché uno solo è il risultato al quale la macchina può pervenire. Esso altro non è che un procedimento che risolve una classe di problemi attraverso un numero finito di operazioni o istruzioni elementari, chiare e non ambigue, per cui la soluzione offerta dallo stesso è necessariamente uguale per tutti i problemi della stessa classe;
- 2- Gli algoritmi non deterministici nei quali è presente almeno una istruzione che ammette diversi possibili passaggi successivi che si svolgono eventualmente secondo logiche probabilistiche;
- 3- Gli algoritmi ad apprendimento automatico per cui "l'algoritmo fornisce un modello di apprendimento da applicare ai dati cui l'elaboratore ha accesso per pervenire ad una soluzione attraverso l'analisi dell'esperienze pregresse relative a situazioni simili". Questi algoritmi auto apprendono, sulla base della computazione dei dati e attraverso l'esperienza, i criteri con i quali valutare e risolvere i casi successivi, migliorando le proprie prestazioni in modo "adattivo" a mano a mano che gli esempi da cui apprendono aumentano. Questi algoritmi fondati sul Machine Learning (apprendimento automatico) costituiscono la vera e propria intelligenza artificiale. Si distinguono dagli altri in quanto presentano una struttura aperta dell'algoritmo di base che non si limitano ad eseguire regole predeterminate, ma sono in grado di eseguire taluni compiti con modalità che imitano i percorsi logici dell'intelligenza

umana. La macchina apprende dalle operazioni svolte in precedenza, migliorandosi progressivamente così come l'intelligenza umana apprende dalla realtà. Nel fare ciò il software partendo dalle regole dettate dall'algoritmo le affina, le plasma, ne deduce di nuove, per migliorare la sua resa.

Se è senz'altro vero e innegabile che l'utilizzo degli algoritmi rappresenta un fattore decisivo di miglioramento dell'azione amministrativa sia in termini quantitativi che qualitativi, è altrettanto vero che l'automazione dei processi decisionali non può pregiudicare il ruolo fondamentale svolto dagli istituti di partecipazione procedimentale, nella loro declinazione garantista e collaborativa, in quanto contribuiscono a rendere le decisioni amministrative eque e razionali oltre che, in una certa misura, accettate e condivise dai destinatari.

L'ordinamento giuridico italiano è rimasto, fino a poco tempo fa, abbastanza cauto rispetto a questi temi. Manca ancora una cornice normativa nazionale che regoli le decisioni algoritmiche delle PA. L'unica norma che vi fa riferimento (non diretto) è l'art. 3 bis della legge 241 del 1990 (modificato dal d.l. n.76/2020) che parla dell'utilizzo degli **'strumenti informatici e telematici'** per conseguire maggiore efficienza nelle attività delle PA. Questa norma non è evidentemente sufficiente a garantire la copertura generale per il procedimento amministrativo automatizzato prevista dall'art. 22 del GDPR.

Anche il Codice dell'Amministrazione digitale, peraltro, non prende alcuna posizione sulla decisione automatizzata o supportata da algoritmo, parlando (art. 2) di utilizzo delle tecnologie da parte delle PA *'con le modalità più appropriate e nel modo più adeguato al soddisfacimento degli interessi degli utenti'*. Il CAD è, infatti, orientato alla regolamentazione del documento informatico (forma) e non si occupa del procedimento e dell'atto amministrativo (contenuto) di competenza della legge 241/90.

La mancanza di una norma generale di riferimento *'a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato'* (come recita l'art. 22 del GDPR), ha fatto registrare, stante l'incalzante gamma di decisioni amministrative assunte con l'ausilio di algoritmi o di IA, un'attività di *'supplenza'* su questi temi della giurisprudenza amministrativa (T.A.R. e Consiglio di Stato).

Occorre aggiungere, però che, allo stato, si evidenzia un intervento del legislatore in materia seppure con riferimento ad ambiti particolari. La novità più recente è data dal nuovo Codice dei Contratti pubblici che, all'art.19, introduce nell'ordinamento italiano la norma che consentirà alle PA, con riferimento alle gare d'appalto, di *'ricorrere a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte'*. L'art. 19

rimanda poi all'art. 30 che, previo il rispetto di alcune garanzie procedurali, apre alla possibilità per le Amministrazioni pubbliche di *'automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti'* (c.d. *blockchain*).

Innanzitutto, il Consiglio di Stato nelle note sentenze 2270/2019 e 8472/2019 e 881/2020 ha sdoganato l'utilizzo di procedure automatizzate nell'attività amministrativa, sia essa vincolata che discrezionale, affermando che il principio di effettività e di efficienza sono sufficienti a giustificare il ricorso a strumenti più moderni **"in linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba potere sfruttare le rilevanti potenzialità della cd rivoluzione digitale"** "ciò è conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 241/90 i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (97 Cost.) impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale". (sent. 2270/2019) E ciò, quindi, costituisce la generale copertura legislativa all'utilizzo di sistemi di automazione in sede decisoria pubblica.

Tuttavia, la condizione affinché una decisione algoritmica sia legittima è che siano rispettati determinati requisiti derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo.

Nelle suddette pronunce, quindi, la giurisprudenza amministrativa ha enucleato, sulla base della normativa eurounitaria in materia di protezione dei dati personali (Regolamento 2016/679), un catalogo di principi ai quali dovrebbe uniformarsi l'attività amministrativa algoritmica e segnatamente:

- 1- Il principio di conoscibilità dell'algoritmico;
- 2- Il principio di non esclusività della decisione algoritmica;
- 3- Il principio di non discriminazione algoritmica;

Il primo riconosce al cittadino il diritto ad avere piena consapevolezza dell'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati che lo riguardino e a conoscere le informazioni e le istruzioni relative al funzionamento dell'algoritmo , ai moduli e ai criteri applicati , nonché ad accedere allo stesso linguaggio informatico sorgente .Ma tale principio non si risolve nella mera accessibilità e ostensibilità dei documenti, bensì viene inteso nell'ottica di una "trasparenza rinforzata" e, quindi, associato al principio di comprensibilità di "ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata", la piena traducibilità della regola algoritmica dal linguaggio informatico a quello giuridico.

In difetto, si sostanzierebbe una violazione dell'obbligo di motivazione e giustificazione delle decisioni amministrative in quanto l'incomprensibilità dell'algoritmo impedirebbe di ricostruire l'iter logico sulla base del quale l'atto amministrativo è stato emanato impedendo, anche il "sindacato giurisdizionale" sulla logicità e completezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della regola che governa l'algoritmico.

In quanto strettamente connesso all'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo, il principio di conoscibilità e trasparenza dell'algoritmico è dalla giurisprudenza caricato di una valenza sostanziale che non può essere surrogato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le regole procedurali della legge 241/90. Quindi, l'impossibilità di comprendere le modalità di funzionamento dell'algoritmo costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura.

Ma soffermiamoci sul principio di non esclusività della decisione algoritmica che postula l'esigenza che deve, comunque esistere, nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare o smentire la decisione robotizzata : "Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere amministrativo , individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa PA che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo", secondo il modello costituzionale (art. 28 cost. e 97, comma 2) (Principio tratto dal art. 22 del regolamento europeo).

E poi, Il principio di non discriminazione algoritmica secondo il quale la legittimità dell'azione pubblica non è garantita dalla sola presenza di un algoritmo conoscibile e comprensibile, oggetto di controllo e validazione da parte di un funzionario pubblico, ma occorre che lo stesso non assuma carattere intrinsecamente discriminatorio, sicché le decisioni amministrative basate su tale strumento risultano illegittime per violazione del principio costituzionale di uguaglianza e imparzialità. I sistemi di automazione devono fondarsi su dati e criteri che impediscano la formazione di conclusioni erronee, contraddittorie e discriminatorie. (considerando n.71 reg.679/2016).

La non esclusività e l'intervento umano minimo

L'enucleazione di tali principi, che hanno l'indubbio merito di aver escluso con fermezza l'ammissibilità di forme di automazione integrale dell'azione amministrativa sia essa di natura vincolata che discrezionale, .

L'applicazione pratica degli stessi però, apre numerosi dubbi e interrogativi?

Il contributo umano minimo che deve essere garantito nello svolgimento della funzione amministrativa tale da soddisfare i principi di non discriminazione e non esclusività. La non esclusività, difatti, non da contezza della portata positiva del principio e di come esso condiziona la sostanza dell'azione amministrativa.

Proviamo a declinare i principi nell'attività nella pratica e, quindi, nel procedimento e chiediamoci quando (?), in che termini (?), e con quale effettivo risultato (?) è possibile immaginare l'intervento del funzionario pubblico in un procedimento amministrativo automatizzato.

Seguendo l'iter strutturale del procedimento amministrativo è possibile individuare, almeno, due distinti momenti di necessaria emersione dell'intervento umano:

a) il primo coincide con il momento in cui si esprime la volontà grazie alla quale si opta per l'automazione definendone le modalità, anche, attraverso l'individuazione dell'algoritmo da impiegare, momento in cui opera il principio di non discriminazione algoritmica secondo il quale i sistemi di automazione devono fondarsi su dati e criteri che impediscono la formulazione di conclusioni erronee, contraddittorie e discriminatorie. Per cui il funzionario è tenuto a selezionare il sistema più adeguato per il raggiungimento dell'interesse pubblico, assicurare la completezza e non erroneità dei dati immessi e rielaborati, controllare la conformità dello stesso alla disciplina della tutela della riservatezza e garantire la conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo. Sarà, dunque, un atto amministrativo puntuale o atto amministrativo generale (bando) generale ad esprimere la scelta dell'amministrazione di optare per l'automazione e ad individuare l'algoritmo da impiegare.

b) L'ulteriore momento in cui emerge l'intervento umano nel procedimento amministrativo coincide con l'adozione del provvedimento finale.

È questo il momento sicuramente più delicato dell'intero procedimento amministrativo automatizzato.

Anche sulla base dell'ormai chiarita natura giuridica dell'algoritmo quale "modulo organizzativo", quindi, "di strumento procedimentale istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere", mi sembra plausibile poter affermare, almeno allo stato attuale, che non è possibile immaginare un algoritmo che decida senza alcun apporto ulteriore della persona fisica e dunque.

Ammettere, infatti, che il provvedimento finale possa essere emesso direttamente dalla macchina sulla scorta del software senza che vi sia l'intervento del funzionario appare del tutto incompatibile rispetto ai principi delineati: della necessaria

imputazione della decisione all'organo titolare del potere e alla natura dell'algoritmo.

I limiti dell'automazione decisionale sono gli stessi a prescindere dal potere esercitato discrezionale o vincolato risultando sempre necessario l'intervento della persona fisica.

Ripercorrendo l'iter procedurale tipico, secondo le regole generali, anche ove si sia optato per l'automazione dell'azione amministrativa il provvedimento conclusivo richiede l'intervento della persona fisica.

MA COSA PUÒ VEROSIMILMENTE FARE IL FUNZIONARIO PUBBLICO?

A questo punto, il funzionario può far proprio il risultato computazionale e, dunque, in questo caso il risultato robotizzato si tramuta in decisione conclusiva o può decidere di discostarsene e provvedere in maniera diversa.

A questo meccanismo di riserva umana della decisione finale, in favore del funzionario, si attaglia perfettamente l'art. 6 comma 1 lett. d) della legge 241 /90 , che consente all'organo competente di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria (proposta del responsabile del procedimento) seppur con un onere motivazionale aggravato. In questo momento, quindi, dovrebbe operare il principio di non esclusività della decisione algoritmica che obbliga il funzionario ad un esame definitivo dell'esito dell'elaborazione elettronica sia sotto il profilo della conformità ai parametri legali che sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e credibilità dei risultati.

E' evidente, che l'assolvimento di un tale onere, oltre che ridurre fortemente i vantaggi, in termini di celerità ed efficienza, che si inteso perseguire con la scelta di automatizzare l'attività amministrativa; ciò, infatti, richiederebbe il riesame di ogni procedimento ad elaborazione automatizzata, si, presenta, difficilmente richiedibile a soggetti (funzionari) che non dispongono di conoscenze a contenuto altamente tecnologico, implicanti specifiche cognizioni tecniche informatiche .

Pertanto, tornando all'iter procedimentale in cui si è immaginato l'intervento a valle della persona fisica, tra la fine dell'attività istruttoria automatizzata e l'adozione del provvedimento finale, è evidente che, la necessità di una motivazione puntuale per discostarsi dal risultato istruttorio algoritmico , è tale da ridurre fortemente le possibilità di intervento umano relegandolo alle ipotesi limite: dell'errore di computo, errore materiale in sede di input, nonché a quelle che attengono alla correttezza della scelta a monte e cioè al momento in cui si opta per un dato software , magari non adatto alla fattispecie concreta. Quelli in cui è manifesta l'ingiustizia, l'illogicità o erroneità del risultato che risalti con evidenza oggettiva e ciò, sembra possibile, solo quando la struttura logica dell'algoritmo presenti in sé gravi errori di costruzione rivelandosi del tutto inadeguato. Questo si verifica, di solito, quando

esistono, a monte, falle logiche della *lex specialis* o errori nella trasposizione in linguaggio macchina.

Fuori da tali ipotesi è obiettivamente difficile (benché in astratto possibile) per il funzionario persona fisica elaborare una motivazione convincente che giustifichi lo scostamento dal risultato computazionale con l'ulteriore il rischio di esporre il provvedimento finale ad una illegittimità per carenza, insufficienza o contraddittorietà della motivazione.

Diversamente, a voler ammettere la completa automazione della decisione conclusiva e, dunque, recuperare l'intervento umano *ex post* nell'eventuale fase di autotutela, non sembra che i margini di intervento possano cambiare e soprattutto, tenendo conto dei limiti temporali e della dimensione tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21nonies,

l'intervento umano diverrebbe solo eventuale con ciò violando irrimediabilmente il principio di riserva umana.

Naturalmente, la questione, si riproduce con evidente, ulteriori, difficoltà in caso di impiego di algoritmi di machine Learning, laddove, l'incognita dell'effetto '*black box*' (scatola nera) implica il problema della mancanza di spiegazione. Una rete neurale, infatti, non è tipicamente in grado di spiegare le sue decisioni, non basate sulla logica deterministica, non consentendo di ripercorrere a ritroso il procedimento di generazione di un dato *output*.

OPACITA E CONOSCIBILITA'

La *black box*, con la quale si intende l'impossibilità di "guardare dentro" il meccanismo di funzionamento del sistema da parte degli stessi programmatori, è peraltro la massima espressione della opacità che caratterizza, con gradi diversi, tutti i modelli algoritmici e connota, in particolare, i sistemi di cd. Deep Learning.

In quest'ultimi, infatti, la macchina è addestrata, e non programmata. Non c'è una fase di modellazione di un fenomeno da parte di un esperto umano.

La differenza tra algoritmi "tradizionali" e sistemi di IA vera e propria è stata oggetto di definizione dalla stessa giurisprudenza amministrativa (CDS 7891/2021) che con riferimento a quest'ultimi ha chiarito che " in questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di Machine Learning e crea un sistema che non si limita ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa l'algoritmo tradizionale) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati ed assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni secondo un processo di apprendimento automatico".

Allo stato attuale, dello sviluppo tecnologico, pertanto, tali sistemi sembrano essere incompatibili con il principio della trasparenza “rafforzata” che la giurisprudenza amministrativa ha indicato come garanzia minima di legittimità per l’uso di algoritmi nell’attività amministrativa decisionale, anche se privi di “autonomia”. Non mancano in Europa esempi, come Francia e Olanda, in cui le Corti Costituzionali hanno escluso la possibilità di utilizzare algoritmi avanzati di machine Learning proprio perché non assicurano l’intelligibilità e, quindi, la trasparenza della decisione.

Avv. Ernesta Iorio