

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. 2/2022

Estratto

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

ISSN 2036-7821

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, José 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 Coccozza, Andrea Marco Colarusso, 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.



I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale

di **Gennaro Terracciano**

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

Sommario

1. Introduzione al tema; 2. Processo telematico e limiti di sindacato sull'algoritmo; 3. Nozione di I.A.A.; 4. I.A.A. tra procedimento amministrativo e sindacato giurisdizionale; 5. Il sindacato giurisdizionale forte sull'I.A.A. – Considerazioni conclusive

Abstract

A preliminary reflection deserves to be shared as to the pervasiveness of the so-called technosciences and at the speed with which they end up influencing many aspects of human life: the more the specialization and complexity of the sciences grow, the more the urgent and common demand for values and meaning grows (9).

The subject of the dominability of sciences, and in particular in those that have almost immediate concrete applications, such as those concerning digitization or the so-called artificial intelligence, becomes fundamental, due to the trap of simplicity of use in the face of the incomprehensibility of the operating rules (in other words, of the algorithms).

If then these technosciences also concern the ways in which administrative power is exercised, it becomes even more relevant to ask how those values and rules that govern constitutionally protected freedoms can be respected in the hypothesis of exercising administrative discretion through unknowable volitional mechanisms. of a computer system, however advanced it is.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*



1. Introduzione al tema.

Una riflessione preliminare merita di essere condivisa quanto alla pervasività delle cc.dd. tecnoscienze e alla velocità con la quale finiscono per condizionare molti aspetti della vita dell'uomo: più crescono la specializzazione e la complessità delle scienze, più cresce l'urgente e comune domanda di valori e di senso¹.

Il tema della dominabilità delle scienze, ed in particolare in quelle che hanno applicazioni concrete pressoché immediate, come quelle riguardanti la digitalizzazione o la c.d. intelligenza artificiale, diviene fondamentale, in ragione della trappola della semplicità di utilizzo a fronte della incomprendibilità delle regole di funzionamento (in altre parole, degli algoritmi).

Se poi dette tecnoscienze riguardano anche le modalità attraverso le quali si esercita il potere amministrativo, diviene ancor più rilevante chiedersi come possano comunque essere rispettati quei valori e quelle regole che presidiano le libertà costituzionalmente protette nelle ipotesi di esercizio del potere discrezionale amministrativo attraverso incomprensibili meccanismi volitivi di un sistema informatico, per quanto evoluto sia.

Come appare subito evidente, i profili valoriali non attengono tanto alla tematica dell'atto amministrativo digitale o digitalizzato, in quanto esso finisce per essere frutto, comunque, di un procedimento amministrativo che richiede il rispetto di tutte le norme a presidio della correttezza formale e sostanziale dell'atto stesso².

Così come meno problematica è la ricerca di parametri e regole con riferimento all'algoritmo c.d. tradizionale, ove si tratta di approfittare dei sistemi informatici per applicare al meglio norme e regole attraverso processi matematici che comunque consentono una semplice verifica di correttezza e sono 'dominabili', nella misura in cui sia possibile verificare la congruità della traduzione in linguaggio matematico delle regole giuridiche³.

I profili maggiormente problematici attengono, invece, alla possibilità di dominare anche gli algoritmi scaturenti dall'applicazione di sistemi neurali o di intelligenza artificiale, spesso frutto di autoapprendimento (cioè, con dati di input non controllati da un responsabile umano), di modo da garantire, prima, una sufficiente comprensibilità e trasparenza (non mera conoscibilità) nella fase programmatica, e, poi, una possibile sindacabilità in fase di esercizio del potere e di valutazione delle conseguenze, anche sul piano del merito (avuto riguardo non solo agli atti vincolati, ma anche a quelli a contenuto discrezionale, magari conseguenza di valutazioni

¹ LIMONE G., *Dare dignità alla speranza e speranza alla dignità. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Università degli Studi di Napoli;

² DE FELICE S., *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2021;

³ CORRADINO M., *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in www.giustizia-amministrativa.it, settembre 2021;



predittive). Del resto, la decisione amministrativa deve comunque essere giustificata, anche se frutto di un algoritmo autonomamente generato dal sistema informatico, e il Giudice amministrativo non può e non deve sottrarsi ad un sindacato rafforzato proprio in quelle ipotesi di maggiore complessità tecnologica, che appaiono a volte inconoscibili e impenetrabili (si veda, Cons. Stato, VI, n.881 del 2020)⁴. E ciò sembra ancor più rilevante nelle ipotesi in cui anche l'attività giustiziale finisce per non sottrarsi all'uso del mezzo tecnologico e alla possibilità che l'intelligenza artificiale possa consentire un certo grado predittivo dell'esito delle decisioni⁵.

2. Processo telematico e limiti di sindacato sull'algoritmo.

In effetti, 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.

Orbene, senza volersi soffermare, come autorevoli studiosi hanno già fatto⁶, sulle criticità e sui difficili rapporti tra principi di oralità e pubblicità delle udienze e virtualità del processo, è indubbio che questa esperienza 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 i valori costituzionali a presidio del rapporto autorità-libertà, sia in ambito di procedimento amministrativo, sia quanto al processo amministrativo.

Si avverte forte il rischio che la tendenziale meccanizzazione 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

⁴ VALSECCHI A., *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, sent. del 4 febbraio 2020, n. 881), in *iusin itinere*, 14/09/2020;

⁵ TERRACCIANO G., *L'applicazione in campo giuridico delle reti artificiali. Il programma "Giurinet"*, in T.A.R., 1998, II, 497;

⁶ SANDULLI M.A., *Cognita causa*, in *www.giustiziainsieme.it*, Relazione tenutasi nell'ambito delle *Giornate di Studio sulla Giustizia Amministrativa*, a Modanella (SI), 30/06/2020;



giuridico (rischio già rilevato con riferimento alla previsione delle sentenze in forma semplificata).

Le evidenziate preoccupazioni, anche etiche, di governabilità e controllabilità dei processi decisionali non deve ovviamente generare pregiudiziali rifiuti di un'evoluzione tecnologica che, oramai, come detto, ha assunto un carattere pervasivo di ogni ambito dell'esistenza umana (a cui non può sottrarsi la giustizia)⁷.

Al fine di affrontare il problema a livello sistemico, è necessario, nuovamente, evidenziare la *summa divisio* tra le procedure automatizzate in cui l'algoritmo è 'servente' (tradizionale), 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 abducente, 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 intelleggibili, 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 sistema⁸. Non sono mancati approfondimenti inerenti il diritto di accesso all'algoritmo⁹.

⁷ NAPOLI C., *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Riv. AIC*, 3, 2020;

⁸ PONTE D. – PERNICE G., *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2021;

⁹ MUCIACCIA N., *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, 10/2020; PROSPERETTI E., *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir.Inf. e Informatica*, 4/2019, 979 e ss;



Non si rinvencono, però, un'analoga riflessione e analoghe prese di posizione con riguardo ai processi di automazione decisoria in sede giurisdizionale¹⁰.

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).

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.

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

¹⁰ GALETTA D.U., *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 3, 2020, 501 e ss; VIOLA L., *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi*, 7 novembre 2018; VIOLA L., *Il P.A.T. dopo l'emergenza Covid-19*, in *Urb.App.*, 4/2020, 476 e ss;



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).

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 intellettuale, richiede di essere preparati e di accompagnare il cambiamento.

3. Nozione di I.A.A.

Pare, così, più utile 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 invece di graduale interazione e integrazione, sia in sede procedimentale che in ambito processuale.

Una soluzione potrebbe rinvenirsi nell'immaginare un'intelligenza amministrativa artificiale quale presidio di automazione che accompagni l'intero processo decisionale dell'esercizio del potere pubblico, percorrendo un *fil rouge* che parte dalla fase procedimentale e giunge a quella processuale.

Questo obiettivo si può realizzare, in primo luogo, tracciando e digitalizzando tutte le fasi del processo intellettuale-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.

Si tratta, cioè, di prendere atto che il sistema giustiziale richiede un controllo e monitoraggio del processo di realizzazione del provvedimento amministrativo già in sede procedimentale, nelle fasi di iniziativa e di istruttoria.

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, che consente l'accesso al fatto 'algoritmizzato' e rende non più oscura e imprevedibile, a guisa di una *black box* analogica, la sussunzione del fatto entro le 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 che deve riguardare l'intero *iter* decisionale, mappando tutti i processi mediante l'elaborazione di regole di condotta, *alert* e 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.

4. I.A.A. tra procedimento amministrativo e sindacato giurisdizionale.

Il rilievo iniziale, quanto ai 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.

Ovviamente, non mancano approfondimenti e tesi, anche coerenti con l'attuale assetto della giurisprudenza, che teorizzano decaloghi più o meno aderenti ai principi e ai criteri costituzionali e normativi attinenti all'attività amministrativa, per evitare disequaglianze o discriminazioni¹¹, anche economiche¹², o anche che finiscono per assimilare l'algoritmo ad una sorte di regola tecnica, sottoponendo la stessa a tutta la regolamentazione riguardante il procedimento amministrativo¹³.

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

¹¹ CARLONI E., *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir.Amm.*, 2/2020, 271 e ss;

¹² PONTE D. – PERNICE G., *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2021;

¹³ CAVALLARO M.C., SMORTO G., *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi*, 16/2019, 18 e ss;



dell'azione amministrativa digitale' richiede, certamente, la fissazione di regole operative per l'utilizzo di modelli automatizzati di quanto all'acquisizione dei fatti e alla decisione, che consentano di tracciare gli eventi, minimizzando il 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.

Del resto, la digitalizzazione mediante informatizzazione e tracciamento dei processi non può ritenersi avulsa dall'attuale organizzazione 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 (*Knowledge Management*), nonché alla procedimentalizzazione dell'operato pubblico.

Tuttavia, si ha l'impressione che tutto ciò non sia sufficiente a trovare una ragionevole risposta alla esigenza sottesa alla riflessione iniziale, quanto alla domanda di valori e di senso. Si tratta, perciò, di individuare una nozione di I.A.A., quale strumento 'maieutico' volto all'emersione di una cultura della *data science*, che consenta una effettiva funzionalizzazione ai valori riconosciuti e tutelati in ambito costituzionale, con particolare riferimento ai principi fondamentali (artt. 2 e 3, Cost.), ma anche a quelli attinenti strettamente alla persona e ai suoi gradi di libertà.

A tal fine, la 'trasformazione' digitale richiede, come evidenziato, di essere valorizzata già in sede procedimentale, in un *continuum* sino alla sede processuale, generando il necessario prodromo anche al graduale utilizzo di sistemi tracciabili e comprensibili di giustizia predittiva.

In altri termini, non pare sufficiente il richiamo al rispetto delle norme di azione della pubblica amministrazione, ma sembra che occorra una diversificata disciplina sul procedimento informatizzato con utilizzazione di I.A.A e 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*.

Occorre sottolineare in tale direzione il rinnovato interesse per l'accertamento istruttorio del fatto, in fase amministrativa e giurisdizionale, che ben può riflettersi



sull'elaborazione di indici scientifici su cui testare empiricamente i meccanismi di prova.

L'idea di fondo è, dunque, quella di non calare l'automazione mediante intelligenza artificiale in compartimenti stagni, inserendola in modo coattivo solo in alcuni segmenti determinati di processi decisorii 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 e decisione in sede elettronica.

Con ciò accentrando la necessità di verifica della correttezza e congruità della decisione amministrativa non solo sull'algoritmo, come pure ritiene il Consiglio di Stato, di modo che sia verificabile, costantemente controllabile e correggibile dall'essere umano, ma sull'intero procedimento "algoritmico", più in grado di rappresentare analiticamente il processo decisionale e consentire un sindacato più penetrante anche sugli assetti conseguenti all'adozione del provvedimento o al comportamento dell'amministrazione in termini di buon andamento e imparzialità.

In definitiva, occorre 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.

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, e 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 fattuale¹⁴.

5. Il sindacato giurisdizionale forte sull'I.A.A. – Considerazioni conclusive.

Il sindacato giurisdizionale del Giudice amministrativo non può, per quanto detto, rimanere relegato nel paradigma tradizionale, che pur consentendo di giudicare sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica, non consente un effettivo sindacato quanto alle scelte di merito della P.A..

Nel procedimento algoritmico, e quindi a seguito di utilizzazione della I.A.A., non si riesce a distinguere tra esercizio di discrezionalità tecnica e quello di discrezionalità amministrativa, rimanendo, soprattutto quando l'algoritmo è conseguenza di autoapprendimento in funzione predittiva, relativamente oscuro il processo decisionale interno, che può valorizzare o meno aspetti fattuali, in modo non omogeneo a quanto risulterebbe se il decisore fosse una persona. In altri termini, il processo di sussunzione tra fattispecie concreta e norma non è facilmente perimetrabile, e la discrezionalità insita in ogni decisione, umana o automatizzata che sia, è caratterizzata da un continuo confronto tra elementi di input e dati esperienziali, con cicli tendenti all'infinito. Il presupposto di fatto e quello di diritto si confondono e l'istruttoria finisce per essere simultanea alla decisione, in modo indistinguibile.

Si è pure rilevato che appare sempre più grande la capacità della tecnoscienza di generare effetti straordinariamente invasivi ed appare invece sempre più piccola la capacità della stessa tecnoscienza di prevedere con certezza ciò che accadrà¹⁵, sebbene i sistemi predittivi risultino a volte così 'influenzanti' i decisori al punto che essi stessi determinano una modificazione degli stessi assunti presi a base della predizione. In tal senso essi rischiano di trascendere la funzione predittiva (sempre ovviamente sfumata) e finiscono per indirizzare ogni "elemento causale" verso l'evento supposto. Non tutto può essere oggetto di previsioni, e il futuro concettualmente non è mai prevedibile altrimenti non sarebbe tale, ma il rischio è che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto: predizione o elemento causale primario (di un evento che non si sarebbe realizzato senza la previsione)?

Proprio tali aspetti richiedono che l'ordinamento, in precauzione e prevenzione, apposti un sistema giudiziale che consenta al Giudice di non limitarsi alla

¹⁴ TERRACCIANO G. – COLARUSSO A., *L'indizio nella decisione amministrativa (teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale)*, editoriale scientifica, Napoli, 2021;

¹⁵ LIMONE G., *Dare dignità alla speranza e speranza alla dignità. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Università degli Studi di Napoli;



valutazione della sussistenza dei vizi di legittimità nell'azione amministrativa algoritmica, ma che invece consenta allo stesso anche di verificare in concreto il risultato del processo e le conseguenze della decisione amministrativa, in chiave di verifica dell'effettivo perseguimento del pubblico interesse, prendendosi atto che la decisione amministrativa attraverso l'I.A.A. non è una mera riproduzione in linguaggio matematico della decisione umana, e richiede che essa risponda a criteri intrinseci di giustizia ed equità, e non solo di pura legalità.