

di Paola Caputi Jambrenghi

pubblicato il 12/04/2024

Spunti di riflessione su intelligenza artificiale e decisione amministrativa

M.T. Paola Caputi Jambrenghi

Negli ultimi anni abbiamo visto crescere il tema dell'Intelligenza Artificiale in ogni campo della nostra vita, tanto da rilevare un offuscamento dei confini tra la dimensione "pubblica" e quella "privata". Anche la privatizzazione di settori tradizionalmente attribuiti alle istituzioni pubbliche, insieme alla caratterizzazione sempre più pubblica di rapporti in passato ritenuti di "pertinenza privata", aumentano questo offuscamento, mettendo in discussione molti campi del sapere, compreso il diritto. Le categorie giuridiche tradizionali, un tempo rassicuranti, ne risentono profondamente, tanto da indurre i giuristi a tentare una riclassificazione delle stesse¹.

Questa circostanza è avvertita sensibilmente con riguardo all'utilizzo dell'IA nelle decisioni amministrative e politiche. Sempre più di frequente, infatti, si assiste all'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di software mediante i quali vengono creati algoritmi che supportano l'amministrazione nella definizione di decisioni amministrative.

Il punto di partenza deve essere quello di indagare sulla compatibilità dell'utilizzo di algoritmi con lo svolgimento dell'attività amministrativa e sul modo in cui l'uso dell'I.A. incide sulla sequenza procedimentale di formazione della decisione amministrativa. Sebbene, infatti, siano molteplici i vantaggi conseguibili attraverso l'uso di sistemi di I.A. in termini di efficienza e di celerità, non possono essere sottaciuti gli elementi di criticità cui essi vanno incontro.

In primo luogo, occorre porre al riparo il cittadino da una pericolosa opacità dei processi decisionali che rende non comprensibili le motivazioni giuridiche e i presupposti di fatto sottesi al meccanismo algoritmico utilizzato nelle decisioni. In tal senso è importante che la logica su cui si fonda l'algoritmo e le regole che ne disciplinano il funzionamento siano comprensibili e intelleggibili, dalla fase progettuale a quella di messa in atto. Allo stesso modo è fondamentale assicurare la perdurante validità e la *ratio* della partecipazione procedimentale, presidio di garanzia per i singoli.

Può dirsi, in definitiva, che l'impatto sempre maggiore che l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale e degli strumenti algoritmici ha nella decisione pubblica, ed in particolar modo in seno al procedimento amministrativo, impone una nuova sfida: la *rivisitazione* e l'*adeguamento* dei principi

¹ I contributi in tema di utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa, è ormai molto vasta. Cfr. *ex multis*, R. Cavallo Perin, D. U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelleggibilità*, Napoli, 2019; F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, *Dir. pubbl.*, 2019, 43 ss.; A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, pp. 1149 ss.; Id., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019; D. U. Galetta, J. C. Corvalàn, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019; L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7, 2018; M. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019. Per quanto concerne i rapporti tra IA e protezione dei dati personali, cfr. F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 266 ed F. Laviola, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020.

fondamentali –di matrice tanto nazionale quanto eurounitaria– che regolano l’attività amministrativa².

Sempre più di frequente, infatti, si assiste all’utilizzo nelle p.a. di *software* per la creazione di algoritmi informatici, sequenze ordinate di operazioni di calcolo, che supportano la p.a. nella definizione delle decisioni amministrative; questo meccanismo sostituisce il tradizionale metodo della decisione umana.

Volendo sorvolare sui vantaggi e le criticità di questi sistemi, su cui la letteratura filosofica, giuridica ed economica si confronta ormai da qualche lustro, preme evidenziare come essi non presentino una specifica disciplina che ne delimiti i margini di azione, rimettendo tale onere in capo all’interprete.

Sia che l’utilizzo dell’I.A. sia strumentale e di mero ausilio all’attività (amministrativa) umana, sia che si preconizzi un affidamento integrale della potestà pubblica agli algoritmi, è evidente che le nuove tecnologie conducano, da un lato, al superamento di alcuni principi, assorbiti e depotenziati dalla “*velocità*” dell’I.A. (si pensi all’istituto del silenzio inadempiuto, nonché a quello del ritardo nel provvedere e alle relative conseguenze); dall’altro, al rafforzamento di altri principi che assurgono a ineludibile baluardo della legittimità dell’operato amministrativo.

La caratteristica propria degli algoritmi, infatti, è la loro intrinseca opacità, che rende non immediatamente intellegibile il processo di acquisizione ed elaborazione dei dati necessari, quindi i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche sottesi al processo decisionale algoritmico utilizzato dalle pp.aa..

Ciò si rinsalda, in senso potenzialmente patologico, con il fatto che i programmi di I.A. siano creati ed elaborati da società private, e non direttamente dalla pubblica amministrazione.

Il rischio che l’opacità nasconda un utilizzo distorto della logica algoritmica anche in ambito pubblicistico, è concreto³. In tale nuova prospettiva, anche lo sviamento del potere acquista una connotazione totalmente diversa.

Occorre pertanto individuare un sistema di principi –di valenza non meramente etica, ma dotati di precettività giuridica– in grado di orientare l’uso “pubblico” della I.A. ed arginare eventuali fenomeni patologici, ossia in grado di rendere comprensibile e intelligibile la logica su cui si basa l’algoritmo e le regole che ne disciplinano il funzionamento, dalla fase progettuale a quella di messa in atto.

Allo stesso modo, è fondamentale assicurare la perdurante validità della partecipazione procedimentale, presidio di garanzia per i singoli. Peraltro, ammettere *tout court* l’adozione di procedure decisionali automatizzate può comportare una deresponsabilizzazione dell’uomo e una delegittimazione delle procedure.

Proprio in questa prospettiva si evoca il diritto ad una *riserva di umanità*⁴ all’interno dei processi automatizzati che consenta di controllare, validare o smentire la decisione amministrativa automatizzata.

L’obiettivo è quello di governare con l’intelligenza artificiale, governando l’intelligenza artificiale con la finalità di garantire la creazione di sistemi affidabili e funzionanti nel rispetto dei

² P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in www.federalismi.it, 10 marzo 2021.

³ Cfr. L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023.

⁴ G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova 2023.

principi etici e dei diritti della persona. La sfida reale è assicurare che lo sviluppo tecnologico non si traduca in una involuzione dei rapporti procedurali che, andando anacronisticamente in direzione autoritaria e asimmetrica, arrechi una diminuzione di garanzie e tutele per i soggetti coinvolti nell'azione amministrativa.

Per questa ragione, muovendo dalle tutele previste dal GDPR è necessario introdurre uno statuto legale della decisione algoritmica che sia in grado di riprendere il primato ontologicamente attribuito alla *lex scripta* rispetto alle regole seppur assai condivisibili elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

Nell'ordinamento interno, allo stato attuale, vi sono molteplici riferimenti volti all'incentivo di strumenti digitali nell'attività amministrativa; tuttavia, manca una fonte specifica che regolamenti l'uso delle intelligenze artificiali a tutela dei diritti dei singoli.

Neanche la legge generale sul procedimento amministrativo, contiene riferimenti all'IA, nonostante i plurimi interventi di riforma subiti nei decenni. L'art. 3-*bis*, ad esempio, si limita a contemplare l'utilizzo di strumenti informatici e telematici, senza andare oltre la mera previsione della digitalizzazione di servizi e procedure: sicché sembrerebbe che il legislatore consideri queste tecnologie come strumentali ad attività e servizi che, tuttavia, parrebbero continuare a mantenere la loro fisionomia naturale.

In questo senso, è possibile leggere una contrapposizione tra digitalizzazione e IA: la prima necessaria per una evoluzione, coerente e conforme al dettato costituzionale dell'art. 97 Cost.; la seconda, invece, che, se non adeguatamente regolamentata, si espone al rischio di un regresso.

Le nuove tecnologie dentro l'amministrazione pubblica hanno avviato un cambiamento dell'organizzazione verso logiche che superano l'autoreferenzialità delle singole unità organizzative e aprono verso nuove logiche che fanno della trasparenza e della comunicazione gli "strumenti essenziali in funzione della semplificazione amministrativa, della modernizzazione e della condivisione".

Attraverso l'uso delle nuove tecnologie, infatti l'istituto della partecipazione non è più soltanto un diritto legato ad un procedimento in corso, nel quale il privato intende esercitare i relativi diritti di accesso agli atti e di presentazione delle memorie (art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241), ma anche diritto di partecipazione ai processi decisionali, per l'esercizio dei diritti politici e civili, attraverso le forme della consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare (art. 9, d.lgs. 14 marzo 2005, n. 82).

L'introduzione delle nuove tecnologie nell'organizzazione amministrativa ha accentuato la facilità di far circolare l'informazione e di aumentare la comunicazione tra amministrazioni pubbliche e verso i privati avviando "un vero e proprio interscambio comunicativo".

L'aumentato bisogno di trasparenza sempre più preteso dai privati ha perciò avviato un modello organizzativo che ha trasformato l'amministrazione in un'amministrazione aperta (*open government*), basata sui principi della trasparenza e della partecipazione.

Proprio per rispondere a questo bisogno, la disciplina dell'Unione europea, seppur con riferimento al trattamento dei dati personali, offre un quadro normativo valevole anche per le pubbliche amministrazioni che legittima le decisioni automatizzate e nondimeno quelle esclusivamente automatizzate (art. 22, Regolamento 2016/679/UE), al ricorrere di talune condizioni, quali il consenso dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. a, Regolamento 2016/679/UE), la necessità di eseguire un contratto (art. 6, par. 1, lett. b, Regolamento 2016/679/UE), l'adempimento da parte del titolare del trattamento di un obbligo legale (art. 6, par. 1, lett. c, Regolamento 2016/679/UE), la salvaguardia di interessi vitali che riguardano l'interessato o altra persona fisica (art. 6, par. 1, lett. d,

Regolamento 2016/679/UE), l'esecuzione di un compito per ragioni di interesse pubblico o che sia connesso all'esercizio di pubblici poteri ad esso assegnati (art. 6, par. 1, lett. e, Regolamento 2016/679/UE) o il perseguimento di un legittimo interesse del titolare stesso (art. 6, par. 1, lett. f, Regolamento 2016/679/UE).

L'autorizzazione da parte di una norma speciale del diritto dell'Unione o di uno Stato membro, il previo esplicito consenso dell'interessato o la necessità di concludere o eseguire un contratto sono eccezioni ove l'esclusività della decisione algoritmica è temperata dal diritto dell'interessato di richiedere l'intervento umano, di far valere le proprie ragioni, di contestare la decisione (art. 22, comma 3, Regolamento 2016/679/UE), fatta salva in ogni caso la tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato (art. 22, comma 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE).

Tali eccezioni sono ipotesi conosciute dall'ordinamento italiano e che ben si conciliano con la disciplina garantistica assicurata dal diritto amministrativo, in particolare dalla disciplina sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

La disciplina europea sul trattamento dei dati rafforza dunque i diritti di partecipazione al procedimento tradizionalmente inteso o svolto per il tramite delle nuove tecnologie e che può perciò restituire effettività all'amministrazione pubblica.

In questo quadro, l'introduzione delle intelligenze artificiali nell'azione pubblica ha scontato fino ad ora l'assenza di una adeguata disciplina normativa a presidio di garanzia dei diritti dei singoli.

Disciplina che è ormai in procinto di essere emanata: si tratta di un Regolamento UE sull'intelligenza artificiale, l'Artificial Intelligence Act, che reca un testo attualmente composto da 113 articoli e 12 allegati, dove si legge che questi sistemi debbano essere analizzati e classificati in base al rischio che rappresentano per gli utenti. L'atto normativo è caratterizzato, infatti, da una struttura *based risk*, da rischio inaccettabile a rischio alto, limitato e basso, aggravando gli oneri e modulando i livelli di tutela in proporzione al livello di rischio. L'Artificial Intelligence Act mira a regolamentare tutti gli utilizzi dell'IA, quindi, incide anche sull'uso degli algoritmi nella p.a.

Le attività di intelligenza artificiale che hanno un rischio inaccettabile così come individuate da un allegato del Regolamento, sono vietate, in quanto considerate contrarie ai valori fondamentali dell'Unione e non possono pertanto essere sviluppate, commercializzate e utilizzate all'interno dell'Unione stessa. Tra di esse rientrano tutte le pratiche manipolative o che sfruttano la vulnerabilità delle persone.

Ad alto rischio sono le attività c.d. *social scoring*, sistemi utilizzati dalla pubblica amministrazione che attribuiscono un punteggio sociale basato sull'intelligenza artificiale per finalità generali per un determinato periodo di tempo sulla base del comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste. Le attività ad alto rischio sono consentite nel rispetto di alcuni requisiti obbligatori e previa valutazione di conformità che ricomprende anche un'analisi di impatto.

I requisiti riguardano la sicurezza informatica, resilienza, robustezza e accuratezza del sistema e devono essere garantiti per tutto il ciclo vita del prodotto. Inoltre, il Regolamento prevede una certificazione CE che assicura la conformità del sistema di AI al Regolamento.

Tra tali attività rientrano, ai sensi dell'allegato III, suscettibile di modifiche e integrazioni da parte dalla Commissione, i sistemi di selezione del personale, i sistemi per la gestione e il funzionamento di infrastrutture critiche (traffico stradale, fornitura di acqua, gas, energia), ma anche l'utilizzo dell'identificazione biometrica a distanza (riconoscimento facciale) nei luoghi pubblici. Sono considerati a rischio limitato e quindi ammessi nel rispetto di requisiti minimi e della Algorithmic transparency, le chatbots e gli assistenti vocali.

Tutte le altre applicazioni sono considerate a rischio minimo e sono quindi libere».

Sulla scorta di questa brevissima sintesi del contenuto del Regolamento UE, merita di essere introdotta, soltanto a mo' di spot, l'ipotesi di utilizzare i sistemi di AI per guidare la mano del *decision maker* politico, avviando un'indagine sulla possibilità di utilizzo di detti sistemi di I.A. non per manipolare l'opinione della collettività (dunque le sue scelte) ma, al contrario, per indirizzare le scelte dell'apparato politico verso le esigenze della collettività.

L'ipotesi è affascinante: utilizzare i megadati per “profilare” le esigenze dei cittadini e permettere scelte politiche che siano maggiormente aderenti alla volontà popolare, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1 Cost., così arricchendo ed offrendo un nuovo paradigma della “sovranità popolare”.

Sicché, in ragione delle innovazioni tecnologiche applicate al diritto, dovrebbe rimeditarsi l'interpretazione del principio di sussidiarietà, come concetto relazionale che mette in rapporto parti diverse, lo Stato e le Regioni, gli enti territoriali e quelli funzionali, le istituzioni e i cittadini, in modo che la scelta (di indirizzo) politico avvenga in favore dell'ambito più vicino agli interessati. Quindi, a proposito di riclassificazione delle categorie giuridiche, una declinazione del tutto nuova, in ragione della rivoluzione tecnologica, del principio di sussidiarietà orizzontale.

Tornando al Regolamento UE e alla sua incidenza sul rispetto del principio di legalità nell'esercizio del potere, può dirsi che, ad una prima lettura, il regolamento non sembra sufficiente a garantire il rispetto dei principi del procedimento amministrativo per un legittimo *agere* della p.a. I profili rilevanti paiono solo di tangenza toccati dal regolamento.

In particolare, tra i problemi che emergono e rispetto a cui la normativa europea appare non soddisfacente, v'è quello della natura dell'algoritmo rispetto al principio di legalità: infatti, v'è da chiedersi se l'attività amministrativa automatizzata dall'I.A. configuri un "nuovo potere" che richiede una specifica norma di relazione attribuiva della facoltà, oppure se l'I.A. è solo un mezzo tecnologico per manifestare la volontà della p.a.

Una tale ricostruzione, a ben vedere, non pare collidere con il formale rispetto del principio di legalità. La norma attributiva del potere, infatti, riconosce e attribuisce la potestà in modo impersonale in capo all'organo amministrativo e non già in capo ad un soggetto “umano” specifico, di per sé ammettendo -quanto meno a livello formale- che il potere sia esercitato da una macchina.

Se è pur incontestabile l'approccio antropocentrico del principio di legalità, che fino ad oggi non ha dovuto porsi il problema della possibilità “non umana” di esercizio della potestà, è altrettanto vero che formalmente la titolarità del potere è di per sé incorporea.

Allo stato dell'arte, dunque, la norma attributiva del potere, pur non essendosi finora mai posta un tale problema, ben può riconoscere alla macchina la potestà della cura di un interesse pubblico.

Di converso, ciò che difetta nel decisore algoritmico, è l'imputabilità delle conseguenze la responsabilità. Questa si configura ove vi sia un soggetto cui imputare le conseguenze dell'azione. Quindi, ciò che difetta alla macchina è la “soggettività” e questa mancanza comporta il palpabile rischio di avere un esercizio di potestà amministrativa cui non si riconnetta la speculare esistenza di responsabilità per la decisione presa.

Tuttavia, questa inaccettabile carenza può forse risolversi inquadrando la *potestà algoritmica*, in termini di nuovo potere, atteso che la strutturazione della nuova funzione pubblica disciplinerebbe *ad hoc* i profili di responsabilità, senza dover adattare quelli esistenti attraverso un difficile intervento di “sartorialità” giuridica.

In contrasto con la ricostruzione dell'affidamento del potere alla macchina, si pone, tuttavia, la circostanza che, allo stato, l'interruttore della macchina è ancora nelle mani dell'uomo. L'essere umano, quindi, è in grado di spegnerla forzatamente ove necessario, sicché, all'autonomia dell'algoritmo nella capacità di elaborazione non corrisponde una pari autonomia di autodeterminazione della macchina.

È pertanto possibile riconoscere un potere ad un soggetto giuridico, privo della capacità di autodeterminarsi? Ad avviso di chi vi parla, no; ed è bene che tale capacità la macchina non l'acquisisca mai.

L'Intelligenza artificiale è dunque, nel momento presente, ancora un sussidio dell'azione umana. Emerge, dunque, un rapporto di forze ove, all'incorporea potenza di calcolo (della macchina), si oppone la corporea capacità dell'uomo di inibire quest'ultima, spegnendola.

Il potere è, dunque, ancora nelle -si spera salde- mani dell'uomo che, conserva quel ruolo centrale nella dinamica dell'esercizio del potere amministrativo⁵.

Sulla base di queste brevi considerazioni meta-giuridiche, è forse possibile offrire una risposta, seppur pratica e poco raffinata, al quesito iniziale, sussumendo l'I.A. all'interno della "mera" pletora di strumenti organizzativi a disposizione della pubblica amministrazione.

A livello squisitamente dogmatico, infatti, la potestà amministrativa -quale declinazione del principio di legalità- si individua quale strumento servente per il perseguimento del fine pubblico. In assenza di quest'ultimo non v'è ragione di riconoscere alla pubblica amministrazione una posizione di vantaggio che, se priva di una direttrice, costituirebbe un puro arbitrio.

Seguendo tale incedere, si potrebbe predicare l'esistenza di un "nuovo potere" soltanto laddove l'Intelligenza artificiale persegua nuovi e diversi interessi pubblici, differentemente emergendo soltanto una nuova modalità di cura dell'interesse pubblico previsto dalla legge in ossequio al principio di legalità.

Concludendo il ragionamento, si giunge al convincimento che -ad oggi- l'Intelligenza artificiale costituisca una modalità di esplicazione dell'*agere* amministrativo.

Tuttavia, l'approdo cui si giunge non soppesce i timori legati alla delega in bianco che l'agente umano titolare del potere rischia di fare in favore della macchina. Non sfugge, infatti, che seppure qualificandola come mezzo tecnologico, l'I.A. trascende il suo profilo di "mero strumento" sostituendosi in toto -quanto meno in una fase preliminare - all'uomo nell'adottare la decisione.

Rispetto a tale abdicazione *de facto* -e non *de iure*- della facoltà decisoria, emerge dunque la necessità di ossequiare il principio di legalità nel senso di prevedere normativamente i casi in cui il decisore umano possa sfruttare l'ausilio dell'intelligenza artificiale. Si rileva, dunque, tuttora, la necessità di una norma che renda noto *ex ante* in quali casi si potrà essere soggetti ad una decisione algoritmica nell'ordine giuridico dei rapporti e degli interessi e, *ex post*, sulla base di quali regole questa decisione potrà essere presa, in modo intelligibile e comprensibile ai destinatari della stessa.

⁵ A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli 2023.