

La decisione robotica e il giudice amministrativo¹

Introduzione: una linea di continuità tra i temi di tre incontri.

Vorrei rimarcare una linea di continuità tra i tre seminari di studio. Il primo pose il tema, quello della “calcolabilità giuridica”, riguardato sotto il profilo specifico della prevedibilità delle decisioni giudiziarie²; il secondo ha esplorato la “soluzione” tradizionale, quella data dal valore del precedente, anzi, come fu definito, “il vincolo giudiziale del passato”³; e quello odierno si interroga sull’ipotesi del futuro, di un futuro che si profila dominato dall’Apparato, nel senso severiniano del termine⁴, ipotesi costituita dalla decisione robotica. Un ponte tra passato e futuro colto dalla citazione che di Hume fanno Irti e De Felice: per prendere la <decisione futura> o per prevederne l’esito, “siamo determinati a portare il passato nel futuro” e “tutti i nostri ragionamenti sulla probabilità delle cause si fondano sulla proiezione del passato nel futuro”⁵.

La mia schematica riflessione, muovendo dal tema dell’esigenza di prevedibilità della decisione giudiziale e dalla ipotesi di soluzione “robotica”, si spiega nei seguenti passaggi problematici, che costituiscono altrettanti interrogativi:

- a) Qual è il possibile svolgimento del tema, in termini di criticità e vantaggi?
- b) La soluzione ipotizzata dà una risposta adeguata al tema, in termini di certezza del diritto e prevedibilità della decisione?
- c) Se la risposta è positiva (ma ancor più se negativa) cosa è possibile fare nel frattempo?

I due aspetti della problematica: amministrazione e giudice

Nel diritto amministrativo occorre tenere ben distinte due problematiche, che nondimeno interferiscono tra loro.

¹ Intervento al Convegno “Decisione robotica”, organizzato nell’ambito dei Seminari ‘Leibniz’ per la teoria e la logica del diritto – Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018.

² *Calcolabilità giuridica* (a cura di A.Carleo), Bologna 2017.

³ *Il vincolo giudiziale del passato* (a cura di A.Carleo), Bologna 2018.

⁴ Il riferimento è a E.Severino, *La filosofia futura*, Milano 2006, spec. 36-42, 71-78 e parte terza. L’Autore giunge a preconizzare l’inevitabile primato dell’apparato tecnico-scientifico, entro cui l’uomo è destinato a operare, sull’economia e sulla politica (così in *Il sì, il no. Ma vince la tecnica*, in *Corriere della Sera*, 27 giugno 2016, p.30.

⁵ La prima citazione è da D.Hume, *Ricerche sull’intelletto umano e sui principi della morale*, Bari 1927, 64; la seconda da *Trattato sulla natura umana*, Milano 2001, 289.

Il primo aspetto del tema è quello del giudice che valuta la legittimità di azioni amministrative robotizzate.

Il secondo è quello proprio del robot che “decide” per il giudice. Questo secondo aspetto, a sua volta, comprende un’ipotesi radicale, quella del giudice robot, e un’ipotesi minimale, quella del robot di ausilio alla decisione del giudice.

Le problematiche, nel diritto amministrativo, sono due perché è tradizione di questo ramo del diritto, e della relativa “appendice” giudiziaria, l’intermediazione del provvedimento amministrativo, espressione di un potere in senso tecnico, che caratterizza le relazioni tra cittadino e amministrazione. Nel cd. rapporto amministrativo, la relazione intersoggettiva si instaura in vista di un provvedimento (generalmente nell’ambito di un procedimento) o addirittura dopo che il provvedimento è stato emanato. Di conseguenza le modalità di esercizio del potere, e tra queste il modo di formazione del provvedimento, cioè della decisione amministrativa, assumono rilevanza centrale perché è sulla base del provvedimento o in vista di questo che si organizzano gli interessi dei privati e delle stesse amministrazioni. Ed è sul provvedimento o in vista di un provvedimento che si svolge il giudizio amministrativo.

A fronte della duplicità delle problematiche si pone una riflessione. La decisione amministrativa robotica risponde a una logica e a una funzione in buona parte diverse da quella della decisione giudiziale robotica: prendere una decisione sul da farsi è cosa diversa dal prendere una decisione su cosa si sarebbe dovuto fare, che è alla base del ragionamento del giudice. La stessa locuzione giustizia predittiva⁶ è ambigua, a meno che non si voglia fare riferimento alla prevedibilità della decisione giudiziale, ma allora meglio usare questa espressione. Si può predire un accadimento, ma la sentenza non è frutto di un processo meccanicistico. Allo stesso modo, il “precedente accadimento” –inteso come dato che genera l’informazione- è cosa diversa dalla precedente decisione. E ciò per due ragioni: perché nella precedente decisione vi è un elemento volontaristico che è irrilevante con riguardo al dato del precedente accadimento; e perché nella “costituzione del caso” il giudice prende in considerazione progressivamente più fatti, solitamente sottoposti all’onere quanto meno di

⁶ Si riferisce a questo termine una letteratura che cresce in termini esponenziali, spesso in collegamento con la pratica forense. Vedi, per esempio, C.Morelli, *Giustizia predittiva: in Francia online la prima piattaforma europea*, in *Altalex* 3 aprile 2017. Sulla rivista on line *Questione giustizia* si occupano del tema C.Castelli e D.Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi* (2018) e P.Serrao d’Aquino, *Digito ergo sum: la tutela giuridica della persona dagli algoritmi* (2017).

allegazione delle parti che così “dispongono” degli elementi del fatto, tanto che -come è stato osservato fino a negare cittadinanza al precedente (Taruffo), il che non è necessario- i casi sono sempre tra loro diversi, o quanto meno presentano significativi elementi di diversità che richiedono un adattamento costante della “regola” fissata nel precedente al caso (più che un adattamento del caso alla fattispecie, come si è soliti insegnare)⁷.

La decisione amministrativa robotizzata

Esaminiamo ora il primo aspetto, quello delle decisioni amministrative “robotizzate”, tenendo presente il particolare angolo di visuale del conseguente sindacato giurisdizionale.

I vantaggi di un’automazione dei processi decisionali amministrativi sono evidenti con riferimento a procedure seriali o standardizzate, caratterizzate da un alto tasso di vincolatezza o fondate su presunzioni, probabilisticamente significative di un certo fatto. Si pensi alle procedure di trasferimento contestuale o di prima assegnazione di sede agli insegnanti; e si pensi alla erogazione di contributi assistenziali agli aventi diritto sulla base di parametri predeterminati. Ma si pensi anche, quanto alle decisioni sfavorevoli, agli accertamenti fiscali fondati su base presuntiva i cui dati siano “messi insieme” da una macchina o alle sanzioni amministrative (per esempio, per eccesso di velocità) elaborate in via automatizzata sia quanto alla rilevazione dell’infrazione sia per la determinazione della correlativa sanzione e la “formazione” stessa del provvedimento.

Se i vantaggi, soprattutto in termini di efficienza ma anche di neutralità, di questi meccanismi decisionali sono evidenti, altrettanto rilevanti sono le criticità, che mi limito a enumerare.

Molte operazioni negoziali che intervengono tra privati, soprattutto nel settore della finanza o in quello assicurativo, sono governate da algoritmi; ma si tratta di operazioni fondate sul consenso in cui le parti accettano a monte le regole del gioco e “si fidano” delle stesse. La posizione delle parti nella relazione intersoggettiva tra privato e amministrazione non si fonda sul consenso, che può sussistere ma che è normalmente estraneo alla struttura del rapporto amministrativo; e, d’altra parte,

⁷ Si consenta il rinvio a F.Patroni Griffi, *La sentenza “giusta” e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir.proc.amm.* 2018, 106 ss.; ivi ampi riferimenti, cui adde A.Abignente, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Napoli 2017, spec. Capitolo II.

l'amministrazione è tenuta a una posizione di imparzialità (che è cosa diversa dalla neutralità) secondo regole e principi anche di valenza costituzionale. In tale contesto, l'algoritmo – o chi per lui- alla base della decisione amministrativa robotizzata deve essere in primo luogo “conoscibile”, cioè “trasparente” in tutti i suoi passaggi: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti (e qui abbiamo problemi noti quali quello della completezza/selezione dei dati che generano l'informazione prima e poi la decisione, quello delle sopravvenienze di fatto). C'è poi da chiedersi se il processo di costruzione dell'algoritmo, e comunque della procedura automatizzata, possa essere imposto dalla legge –che pre-scelga un dato sistema- o valutato dall'amministrazione di volta in volta.

Si è consapevoli del fatto che tali criticità non sono estranee all'azione amministrativa condotta in forme tradizionali. L'elaborazione e l'applicazione di criteri di scelta e valutazione sono tematiche che riguardano in principio ogni attività amministrativa, ma se dell'uomo si è disponibili ad “accettare” l'errore, salvo contestarlo in via giudiziaria, dal robot ci si aspetta una decisione “neutra”. Ma è possibile una decisione robotica “neutra”? Forse sì, ma la neutralità dei dati immessi ed elaborati, accettata consensualmente e convenzionalmente, deve poter essere soggetta a verifica. Ed è questo il punto. La decisione robotizzata non può tradursi in una minor tutela contro le distorsioni nell'uso del potere che, in un certo senso, possono verificarsi “a monte” del processo decisionale, ripercuotendosi poi, a valle, in un sindacato giurisdizionale che vive l'intermediazione del procedimento in modo del tutto nuovo. E mi spiego.

Come è stato rilevato anche in un recente convegno internazionale tra giudici amministrativi supremi⁸, le indicate criticità si riverberano sulla valutazione di legittimità della decisione amministrativa che il giudice sia chiamato a effettuare. Il giudice effettua (deve poter effettuare) un sindacato sulla decisione robotizzata di portata analoga a quello che esercita sull'esercizio (con modalità tradizionali) del potere. In qualche modo, facendo uso della decisione robotica, l'amministrazione scarica sul giudice il proprio ruolo di “mediazione” degli interessi, di valutazione e talvolta di accertamento del fatto: il giudice, nell'accertare la correttezza dell'algoritmo, cioè del processo decisionale e dei suoi fattori, e la “validità” della

⁸ Ci si riferisce all'incontro tenutosi il 14 e 15 maggio 2018 a L'Aja, nell'ambito dell'Assemblea generale ACA-Europe, associazione che riunisce i Consigli di Stato e le Corti amministrative supreme dell'Unione europea. In occasione di tale incontro il Consiglio di Stato d'Italia ha assunto per il biennio in corso la vice-presidenza dell'Associazione, destinata a sfociare nella presidenza della stessa per il successivo biennio.

ricostruzione del fatto sottostante al provvedimento (es. multa per eccesso di velocità), può dover svolgere, per la prima volta sul piano “umano”, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica. Questo non crea particolari problemi, nel momento in cui accettiamo l’idea che a governare processi decisionali amministrativi in forma robotizzata siano non semplici computer, bensì macchine dotate di intelligenza artificiale sempre più raffinata. Ma è indubbio che la decisione robotizzata impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti, di assicurare che quel processo a livello amministrativo avvenga in maniera trasparente attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell’algoritmo medesimo; così come mi pare, ed è riflessione che interessa il giurista, che in quest’area decisionale vada sfumando, fino ad annullarsi, ogni distinzione tra legittimità (sindacabile) e merito (insindacabile) dell’azione amministrativa. Consapevolezza, peraltro, facile ad accettarsi fino a che la decisione robotizzata sia mantenuta nell’alveo di un’attività eminentemente vincolata.

In altri e conclusivi termini, il tema della decisione amministrativa robotizzata pone questioni assai rilevanti per il giurista perché giunge a lambire assetti istituzionali che coinvolgono lo spazio rimesso all’amministrazione nell’attuazione delle leggi (specie ove la potestà amministrativa abbia carattere discrezionale) e il rapporto tra amministrazione e giudice, a tutto “vantaggio” di quest’ultimo, nella valutazione della correttezza delle relazioni intersoggettive tra cittadino e potere pubblico.

La decisione giudiziale robotizzata

Se i vantaggi della decisione amministrativa robotizzata sono in alcuni settori evidenti e le criticità possono essere attenuate essenzialmente attraverso la trasparenza del processo decisionale robotizzato e la sua “revisione” in sede giudiziaria, più delicati sono i problemi relativi alla decisione giudiziale robotizzata.

In qualche misura la decisione automatizzata può dare corpo a ragionamenti induttivi del giudice fondati sulla “probabilità”: mi riferisco, per esempio, al danno da perdita di *chance*, in relazione al quale il giudice applica, con riferimento sia al nesso di causalità sia alla quantificazione del danno, criteri essenzialmente probabilistici, cui la “macchina”, fornita delle relative informazioni, può dare riscontro. In genere, in tema di illecito, le teorie dominanti che si rifanno al “più probabile che non” possono trovare un supporto sicuro nella macchina robot. Ancora, in settori contrassegnati da calcoli probabilistici e statistici –penso a quello delle assicurazioni o delle operazioni

finanziarie- la decisione del giudice-uomo si trova a dover affrontare ragionamenti che ben potrebbero essere svolti da macchine ben informate.

E' vero piuttosto che un calcolo probabilistico presenta inevitabilmente margini di incertezza, ma tale elemento è proprio di qualsiasi giudizio prognostico, dove, anzi, la corretta impostazione di un algoritmo può dare risposte più "certe" del giudice umano e, soprattutto, una volta che sia condivisa, può dare risposte uniformi a domande analoghe (il *tot capita tot sententiae* può venir meno a fronte di più robot che si servano del medesimo algoritmo).

Le criticità più evidenti avvengono su un altro piano; e anche qui le enumero schematicamente:

- a) In primo luogo, resta, e si aggrava, il tema della elaborazione dell'algoritmo e del suo adattamento al caso. Se il giudice deve essere terzo e imparziale, l'elaborazione dell'algoritmo che decide una causa non può essere sottratta all'apparato giurisdizionale. Occorre quindi pensare al processo di formazione dell'algoritmo, ma anche alla possibilità che la decisione, cui pure il giudice robot sia pervenuto correttamente, possa essere ritenuta non più valida e a quali condizioni: si tratta, in altri termini, di assicurare la calcolabilità della decisione robotica e la possibile evoluzione giurisprudenziale⁹;
- b) La decisione del giudice va motivata, perché le parti capiscano le ragioni della decisione ma anche per consentire di contestarla dinanzi a un giudice superiore: anch'egli robot? In altri termini, quali devono essere le caratteristiche del giudizio di impugnazione di una sentenza robotica?
- c) Il problema più grave, specie nel giudizio amministrativo, resta quella del ricorso del legislatore, nella regolazione dei fenomeni, a modelli normativi aperti¹⁰, in cui trovano posto clausole generali e concetti giuridici indeterminati che il giudice è tenuto a "riempire". Inoltre, alcuni canoni ermeneutici o valutativi sono anch'essi indeterminati: mi riferisco alle

⁹ Come ci ricorda S.Patti, *L'interpretazione. Il ruolo della giurisprudenza*, in P.Rescigno e S.Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 162 (richiamando N.Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2009, 479ss.), il "ruolo del giudice è connesso al tema dell'interpretazione giuridica, intesa come necessario momento di raccordo tra la staticità dell'enunciato e la realtà di un'esperienza sociale soggetta al divenire della storia".

¹⁰ Ancora per riferimenti, vd. F.Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, cit., cui adde la traduzione del saggio del 1960 di H. Ehmke, *"Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo*, Napoli 2011.

tradizionali fattispecie sintomatiche di eccesso di potere (illogicità, motivazione inadeguata, istruttoria insufficiente), ma anche ai canoni di ragionevolezza o di adeguatezza o proporzionalità attraverso i quali sempre più i giudici nazionali ed europei valutano l'operato dell'amministrazione; fino al bilanciamento degli interessi in gioco che il giudice è tenuto talvolta ad operare. Quanti di questi indicatori di (il)legittimità sono misurabili e quindi "trasferibili" a un algoritmo?

- d) Resta poi il problema della "persona" del giudice: la prevedibilità della decisione resta influenzata dalla persona del giudice e richiede quindi una sua "profilazione", come spesso si sostiene? Oppure, e all'opposto, la prevedibilità richiede, al massimo grado, di prescindere dalla persona del giudice, sganciando la soluzione dei casi dal profilo "umano" perché si possano avere decisioni standardizzabili?

Le criticità di fondo comuni a decisioni amministrative e giudiziali

Gli interrogativi che ci siamo schematicamente posti denotano due questioni di fondo: il rapporto tra decisione robotica e discrezionalità del giudice; la valutazione quantitativa delle probabilità.

Il secondo aspetto –come si è visto- rivela una questione di natura essenzialmente matematica ed è pertinente in giudizi che richiedano essenzialmente valutazioni prognostiche; con tutte le complicazioni e la complessità che tali giudizi denotano nella pratica giudiziaria (e non solo).

Più complesso, e generale, il primo aspetto menzionato, i cui termini possono essere così schematicamente posti.

La discrezionalità amministrativa –come sappiamo- è possibilità di scelta tra alternative. Se la scelta amministrativa è effettuata in modo "corretto", la decisione amministrativa resta nell'ambito della responsabilità propria dell'amministrazione. La discrezionalità del giudice si riferisce pur sempre a più alternative, tutte possibili nel rispetto di certi parametri ermeneutici¹¹, ma non è propriamente una "scelta", quanto piuttosto una valutazione della scelta operata da altri alla luce dell'opzione ermeneutica. E' discrezionalità del giudice quella che fonda il giudizio di

¹¹ A.Barak, La discrezionalità del giudice, Milano 1995.

ragionevolezza o il test di proporzionalità, condotto all'estremo del bilanciamento degli interessi.

Come misurare queste (diverse forme di) discrezionalità?

Conclusioni

La decisione amministrativa robotizzata è indirizzata su un cammino che può essere ragionevolmente percorso in molti settori della vita quotidiana che richiedano l'intermediazione della pubblica amministrazione. E' un percorso che impone cautele, che necessita di un adattamento del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi e che probabilmente richiede regole europee comuni; ma è una strada senz'altro percorribile. In altre parole, l'automazione dei processi decisionali dell'amministrazione sembra essere ben avviata.

Per la decisione giudiziale il percorso mi sembra più complicato, non solo sul piano tecnico, ma piuttosto su quello della traslazione nella tecnologia di problematiche esistenti già sul piano dell'applicazione giudiziale del diritto.

Le criticità maggiori riguardano ovviamente il robot giudice. Diverso il ruolo del robot come ausilio (anche) al giudice, ruolo al quale meglio si attaglia la funzione "predittiva" che si è vista problematica se riferita alla funzione decisoria in senso stretto.

In tale ottica possiamo concludere:

- a) Che la decisione automatizzata potrebbe essere introdotta con riferimento a controversie ad alto tasso tecnico, o comunque "convertibili" in un insieme di informazioni da fornire alla macchina ai fini di una loro elaborazione automatizzata, la cui soluzione le parti decidano consensualmente di affidare alla macchina: una sorta di arbitrato a mezzo robot;
- b) Che l'uso di processi di decisione giudiziale automatizzata può rivelarsi utile e consentito in tutti quei casi in cui si tratti di valutare decisioni amministrative a loro volta automatizzate o si tratti di fornire soluzioni fondate su calcoli o su valutazioni prognostiche;
- c) Che la funzione predittiva della macchina si rivela utile come ausilio alla difesa tecnica delle parti, al momento di intraprendere un'azione o di resistere a essa;
- d) Che il robot, più in generale, può costituire un segmento della decisione giudiziale, vuoi in termini quantitativi (decidere una parte della causa per

esempio in relazione alla quantificazione del danno), vuoi in termini qualitativi (quale potrebbe essere la “decisione giusta” con riferimento alla fattispecie normativa astratta e all’applicazione giurisprudenziale della norma, fermo restando che sarà poi il giudice a valutare se e in che misura la soluzione robotica sia condivisibile e riferibile al caso concreto).

Ma resta una domanda di fondo, che ci eravamo posti sin dall’inizio: la decisione robotica –tenuto conto dei limiti “di settore” e delle “variabili” da considerare con riferimento alle peculiarità dei casi e alla discrezionalità del giudice- è in grado di rispondere compiutamente all’esigenza di certezza del diritto e di prevedibilità della decisione? Talvolta la decisione robotica è “fin troppo prevedibile”, come è stato detto, ma resta soggetta, nelle sue variabili, a un significativo grado di soggettivismo, influenzato dalla varietà degli elementi oggettivi individuabili e selezionabili a monte del processo decisionale.

Probabilmente la risposta è nell’uso sapiente della robotica nel settore giudiziario, circondandolo certamente di cautele e adattandolo ad alcuni principi fondamentali del processo. Nel frattempo, cioè nei tempi (e con le risorse) occorrenti per una automazione spinta del processo decisionale giudiziario, si potranno utilizzare tutte le forme esistenti e incrementabili di ausilio automatizzato al giudice e si potranno affinare i meccanismi, processuali e formativi, volti ad assicurare un apprezzabile grado di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, che però credo che, in misura diretta o indiretta, maggiore o minore, resteranno affidate alla responsabilità umana. Non foss’altro perché, tutto sommato, preferiamo essere giudicati da nostri simili, le cui decisioni si prestano a una critica più estesa di quella cui si presterebbe la decisione robotica. E anche questo, in fin dei conti, ci piace poter fare.

Filippo Patroni Griffi

Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

28 agosto 2018