**Intelligenza artificiale e “Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo”**[[1]](#footnote-1)

**1. L’intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione moderna.**

**I dati. L’intelligenza artificiale. L’umanesimo. Il diritto. I vari sistemi nel mondo. I vantaggi.**

Noi oggi siamo i nostri Dati: il nostro amore, salute, economia, lavoro, segreti, intimità, emozioni, affetti, tutta la nostra vita o buona parte di essa è in mano ai nostri dati, che hanno sostituito la nostra identità personale.

Siamo anche guidati dai nostri dati, siamo *datadriven*, siamo da essi indirizzati.

Tali dati vengono gestiti, elaborati, implementati, selezionati, profilati, valutati, conosciuti, da programmi organizzati che, a mezzo di impulsi elettronici informatici da computer, attraverso sequenze di attività, raggiungono effetti finali secondo la programmazione iniziale.

A mezzo di un programma si arriva a soluzioni di problema attraverso una sequenza infinita di informazioni immesse e elaborate attraverso impulsi elettronici.

La intelligenza artificiale è la più grande forma di umanesimo ma anche di disumanizzazione dei rapporti.

L’algoritmo è una decisione prodotta dalla IA sulla base di migliaia di decisioni assunte in precedenza dalla intelligenza umana.

La digitalizzazione e i contratti di massa hanno determinato la disumanizzazionedei rapporti giuridici nel diritto civile.

La tecnificazione dell’amministrazione pubblica ci costringe a nuovi orizzonti e a nuove frontiere del diritto amministrativo.

Si parla di funzionari robot, funzionari digitali, nuovi soggetti del diritto, alla pari degli embrioni o alla pari degli animali esseri senzienti (come osserva il Presidente Cirillo in uno scritto sui soggetti digitali).

L’attività amministrativa da algoritmo è predittiva, perché parte avendo come fonte tante decisioni, scelte e criteri di decisioni passate, a migliaia, ma appunto essa guarda al passato. Non può valutare la specificità e la novità del singolo caso, e non può avere né il buon senso né il senso comune che ci deriva dalla esperienza umana.

Come tutte le decisioni della nostra vita, le decisioni amministrative automatizzate vengono prese sulla base delle esperienze del passato ma esse sono rivolte al futuro.

Certo, hanno il limite che non sanno affrontare l’imprevisto e che le scienze umane e umanistiche non sono scienze esatte, né gli algoritmi possono essere dotati del buon senso (o del senso comune manzoniano).

Tuttavia, non si può fare a meno della IA nella pubblica amministrazione moderna.

Materie come la pianificazione paesaggistica, la georeferenziazione, la prevenzione dei terremoti, le *smart city*, la medicina con intelligenza artificiale sono ormai parte del nostro presente e del nostro futuro e anzi contribuiscono a migliorare servizi ai cittadini.

Il sistema Prometea, nato dalla collaborazione di Stati e prestigiose Università di livello mondiale, in Argentina ha portato a velocizzare interi settori della pubblica amministrazione: la giustizia sui diritti di alloggio; le decisioni in tema di appalti; Prometea crea un capitolato di appalto in un solo minuto mentre prima ci volevano due ore, e viene utilizzato anche nel campo giudiziario; la tecnologia consente di controllare immediatamente i prezzi dei beni da acquistare; prima una procedura di appalto richiedeva 29 giorni; oggi la durata è di 4 ore incorporando anche dati prima non disponibili.

Con tale programma la Corte costituzionale colombiana, che riceve migliaia di depositi al giorno, ha ridotto il tempo di assegnazione alla selezione dei casi urgenti da 96 giorni a due minuti.

I tribunali amministrativi di Buenos Aires risolvono casi giudiziari nel contenzioso amministrativo a struttura semplice e ripetitiva in pochi secondi.

La progettazione BIM automatizzata consente di controllare di momento in momento il livello di dettaglio e la correttezza nella esecuzione delle opere pubbliche.

Il sistema Singaporegov.tech con i Big Data, prima smart city o meglio Smart Nation al mondo, previene e contrasta reati, fornisce servizi, garantisce sicurezza ai cittadini (con grandi dubbi sulle limitazioni alle libertà), previene le catastrofi, organizza per i prossimi venti anni la vita dei cittadini promettendo la felicità, a sacrificio della invasività dei dati.

In Italia si pensa di ristrutturare la sanità territoriale, dopo il COVID, con case e ospedali di comunità sull’esempio di Israele, a mezzo di un programma di intelligenza artificiale, che coordinerà la presa in carico dei pazienti e lo smistamento nell’hub più vicino.

Tra i vantaggi si elencano: maggiore economicità, velocità, efficienza, servizi alle persone, riduzione delle disuguaglianze, assenza del rischio di errore o dolo del funzionario, riduzione delle attività discrezionali a vantaggio di quelle vincolate, in cui cioè già sono predeterminate le scelte sulla base delle valutazioni o dei giudizi dei vari segmenti procedimentali.

Nel nostro microcosmo dell’ordinamento amministrativo italiano prendiamo atto delle grandi conquiste dell’umanità nel campo dei big data a servizio della pubblica amministrazione e proviamo un tentativo di sistematizzazione giuridica della nuova frontiera del diritto, perché ormai tali strumenti fanno parte della nostra vita e il diritto non può fare a meno di sistematizzarli.

Essendo la intelligenza artificiale parte della nostra vita, dobbiamo regolarla nei suoi vari aspetti che si presentano, diritto dell’economia, diritto tra privati, diritto pubblico, diritto internazionale e così via: il diritto non è altro che la nostra vita disciplinata dalle leggi che la regolano (Carnelutti).

**2.L’atto amministrativo digitale.**

**La sostanza. La volontà. Fondamento normativo. Funzione. Limiti.**

L’attività amministrativa a mezzo di algoritmo riguarda non solo la forma ma la sostanza della attività e può quindi consentire di migliorare le *perfomances* dell’amministrazione.

La decisione automatizzata è l’esito di un procedimento che conserva le tradizionali fasi: iniziativa, istruttoria, decisoria e integrativa della efficacia.

Il cuore del procedimento resta la fase istruttoria, nella quale vengono accertati i fatti, effettuate valutazioni, acquisiti i diversi interessi, messi a confronto tali interessi primari con quelli secondari e così via.

Già Giannini osservava che, se la decisione è l’atto con cui si risolve una vicenda amministrativa, con cui si costituisce, modifica o estingue una situazione giuridica soggettiva (come il contratto costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico patrimoniale ai sensi dell’art. 1321 c.c.), nella maggiore parte dei casi, essa contiene ciò che già è implicito dalla fase istruttoria, sempre più piena e approfondita negli ordinamenti moderni (accertamento di fatti, acquisizione di interessi, valutazioni, concerti etc).

Per quanto si parli di decisioni automatizzate, il più delle volte viene automatizzata solo o proprio la fase istruttoria, perché vi è una predeterminazione della volontà, una determinabilità della decisione finale.

Occorre esaminarne fondamento, regole, validità, responsabilità, forme di tutela.

Riguardo al fondamento normativo, esso sarà la legge o l’atto amministrativo quale autovincolodella successiva attività, l’atto con cui si decide di affidarsi alla intelligenza artificiale.

Con riguardo alla delimitazione, essa riguarderà soprattutto le attività vincolate, le valutazioni, e, anche se essa è difficilmente utilizzabile in concetti indeterminati o vaghi o opinabili, le volontà, la fase di elaborazione può riguardare anche segmenti di attività discrezionale, cioè il momento cognitivo o valutativo piuttosto che quello della volontà.

Con riguardo alle regole, va rivista per intero la applicazione di tutte la leggesul procedimento, come si vedrà in seguito, che da sola non è sufficiente parametro di validità; per esempio, la fase partecipativa potrà aversi meglio a monte, nella definizione dei criteri oinputpiuttosto che all’interno della automazione, in cui la partecipazione è praticamente preclusa; la giustificazione o motivazione sarà insita nel programma utilizzato e sarà sindacabile nelle modalità che poi si cercherà di spiegare.

Debbono essere conoscibili e logici l’autore, le priorità, i criteri di ricerca, elaborazione, utilizzo, mantenimento, profilazione, rilevanza, e così via dei dati scelti e utilizzati.

Per quanto riguarda le forme di tutela, deve esservi un sindacato pieno sulla correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti e cioè la logicità e ragionevolezza, della costruzione, della validità, della gestione; sicchè per la prima volta, il più delle volte, sarà il giudice a svolgere sul piano umano valutazioni, accertamenti, e a ripercorrere l’iter logico-intellettivo svolto direttamente in via automatica.

**3.Invalidità**

**La conformità a diritto. I vizi. Leggi incentivanti. Il CAD del 2005. Il sistema. I precedenti di diritto civile.La legge 241/1990.**

L’atto o decisione automatizzata deve essere conforme a legge, deve essere immune dai vizi, che sono i soliti e tradizionali di violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere.

Che sussistano leggi incentivanti che consentono, incentivano, autorizzano o addirittura impongonol’utilizzo del mezzo digitale al fine di adottare decisioni amministrative, non consente ancora che tali leggi siano esse il parametro di validità di tali atti.

Tali leggi (p. es. il principio *digital first* contenuto in uno dei decreti Madia del 2015), sarebbero rilevanti al fine della valutazione di risultato di una amministrazione, ma non ancora come parametro di validità, se non nel senso che gli atti adottati debbano essere conformi ad uno standard minimo di legge, standard necessario, ma non sufficiente a rendere validi gli atti adottati.

Ma come venti e più anni fa i civilisti notavano che un decreto (dPR) del 1997 sulla rilevanza della firma digitale, non aveva fatto altro che prendere atto della “rilevanza sociale” e della effettività dell’utilizzo del digitale, tali leggi autorizzatorie o incentivanti non fanno altro che prendere atto delle novità anche giuridiche, sul piano della effettività, ma non sono da sole sufficienti a costruire un completo parametro di conformità al diritto.

Diciamo che si tratta di un primo presupposto di rilevanza piuttosto che di validità, che conferma l’erompere nel diritto della intelligenza artificiale, come attività programmata dall’uomo.

Si rende quindi necessario interrogare, dinanzi al problema nuovo, il sistema che già contiene tutti i modelli di riferimento per inquadrare le nuove fattispecie: si assiste al dialogo sistema-problema-sistema.

Come insegna la dogmatica giuridica, quando dal mare emergono nuove realtà, il giurista deve non solo saper cambiare rotta, ma anche le carte di navigazione, prendendone di più nuove ed aggiornate.

Il diritto è una totalità autocosciente che preordina le direttive, i modelli, i valori per tutte le attività possibili, ma il sistema arriva sempre con un minuto di ritardo sull’ultimo aggiustamento.

Tale principio fu ricordato anche dal Consiglio di Stato sezione normativa nel parere sul CAD del 2005, in cui si affrontarono le novità della firma e della forma digitale, attingendo alle categorie del diritto civile, per il principio di circolarità dell’ordinamento; anche si richiamò, in modo presbite, prevedendo le proficue possibilità del digitale, il vecchio insegnamento di “*interrogare i nuovi ordinamenti adattando i vecchi istituti giuridici*”, adeguandoli o modificandoli se necessario.

Voglio ricordare nel senso della continuità dell’Istituto di cui mi onora far parte, quel Collegio, tra cui il Presidente de Lise, che tanto ha dato all’Istituto e anche a me, come a tanti colleghi; e soprattutto la Presidente Livia Barberio Corsetti, persona di straordinaria umanità, destinata ad essere il primo Presidente donna dell’Istituto, premio che invece il destino le ha negato.

E così come venti anni fa, dinanzi alla conclusione del contratto a mezzo informatico, si è rilevato che l’atto è non solo scritto o orale, ma anche informatico, che il sistema consente di rilevare nuovi (o gli stessi vecchi) vizi quali l’errore da *click and point*, nuove forme di dolo o frode, di abuso del mandato, della firma digitale, di apparenza del diritto, e così via, allo stesso modo oggi l’interprete e il giurista e in ultima analisi il giudice deve riportare a sistema tale realtà nuova, individuando i vecchi vizi in nuovi vizi-motivi (come costruirebbe Caianiello).

Quelle ricostruzioni e quegli studi sui vizi della volontà civilistica (errore, dolo) sono utili ancora oggi (si pensi al fenomeno dell’*hackeraggio* e della frode informatica o alle molteplici possibilità di errore).

Nel passare da un ausilio documentario ad una realtà metadocumentaria, il digitale sostituisce quindi non solo la forma, ma proprio il cuore, la sostanza, la volontà dell’atto, entrando nella istruttoria o addirittura nella fase decisoria.

Decisione o provvedimento è l’atto che costituisce, modifica o estingue (aer. 1321 c.c.) una posizione giuridica soggettiva tra cittadino e PA.

Come esistono più forme per un atto, esistono quindi diverse modalità possibili con le quali si può formare la volontà decisionale.

Non costituisce punto di parametro neanche la legge 241 del 1990, come si è osservato.

Né costituisce parametro valido l’art. 21 *octies* che richiama le attività vincolate, nelle quali non rileva la violazione di norme procedimentali o formali, se il contenuto sarebbe stato il medesimo, non potendosi ritenere che la violazione del giusto procedimento algoritmico sia soltanto una mera violazione formale (per esempio, la mancata indicazione del responsabile assurge a elemento essenziale, essendo la indicazione del responsabile un requisito di validità).

Come già si osservò in occasione del parere sul CAD nel 2005, la legge 241 non è stata adeguata né allora, né oggi in occasione di varie novità pur rilevanti.

Sicché le nuove opportunità costringono a collocare in essa, nella legge generale sul procedimento, i nuovi strumenti: ma tale legge, in relazione alle innovazioni digitali, andrebbe riletta rispetto alla economicità ed efficienza, al rispetto del dovere di motivazione o giustificazione (o comprensione), al responsabile del procedimento, alla comunicazione e partecipazione, alle valutazioni tecniche, all’accesso, alla nullità e annullabilità, al rapporto tra accesso e riservatezza.

**4.Soluzione giurisprudenziale.**

**Il Tar e il Consiglio di Stato. I tre principi espressi dal Consiglio di Stato: non esclusività, trasparenza, non discriminatorietà. La responsabilità. La discrezionalità tecnica. L’algoritmo: natura giuridica. Rapporto con la volontà. L’eccesso di potere e le clausole generali.**

Il Consiglio di Stato, nel sistematizzare la nuova problematica, con le note sentenze della Sesta Sezione (sentenze 8 aprile 2019 n. 2270 e 13 dicembre 2019, n.8472), ha contribuito, con l’ausilio della dottrinasul tema, alla giusta decisione automatizzata, della quale non si può fare a meno nella realtà moderna: non è consentita la opzione zero.

Non può condividersi secondo il Consiglio di Stato quindi la restrittiva tesi del primo giudice (TAR Lazio, Roma, sezione III bis 10 settembre 2018, n.9224 e altre a seguire), secondo cui si abdicherebbe alla responsabilità della funzione amministrativa delegando la decisione ad un algoritmo, per cui occorrerebbe una norma ad hoc.

Non c’è la esigenza di nuove leggi, in quanto il principio di effettività e il principio di efficienza sono da soli sufficienti a giustificare il ricorso a strumenti più moderni e occorre soltanto che l’interprete si faccia carico dei nuovi adattamenti.

In assoluto, pertanto, la attività amministrativa realizzata in modo automatizzato non può ritenersi di per sé invalida, ma essa è più che valida e anzi auspicabile, sempre rispettando regole e principi ben individuati.

Tale attività sarebbe qualificabile nulla o annullabile, cioè illegittima, nelle ipotesi di violazione di apposite leggi o in caso di mancanza di elementi essenziali (si pensi alla esigenza di acquisizione di dati che una legge abbia procedimentalizzato o pubblicizzato in modo particolare, o addirittura alla mancanza di una intera fase prevista per legge).

Occorrono però dei contrappesi adeguati, quali i principi generali affermati, facendo una ricostruzione che si è avvalsa di formanti normativi sovranazionali, quale il regolamento europeo sui dati personali, la Carta della robotica e così via.

Il Consiglio di Stato, nelle sue sentenze, ha quindi concluso, individuando tali principi, che le decisioni automatizzate:

1) non siano esclusivamente robotizzate ma debba esservi “*un responsabile*” per un principio di “*accountability*”; il profilo della responsabilità è uno dei passaggi più delicati, in quanto il rischio è di una disumanizzazione dei rapporti, mentre la legge 241 e l’ordinamento vanno nel senso di assunzione di responsabilità, di rapporto paritetico, della minimizzazione della autorità a beneficio della libertà; non si può passare dalla libertà ad uno stato di soggezione o assoggettamento al robot; inoltre la Costituzione è chiara all’art. 28 sulla responsabilità e sul dovere di diligenza del funzionario; il responsabile deve esserci sempre, perché solo l’attività dell’uomo può controllare, validare, rettificare e anche al limite smentire l’attività di un algoritmo e in ogni caso essere responsabile e ripristinare i danni eventualmente arrecati; in una parola, sussiste il diritto ad avere un interlocutore responsabile e che faccia un uso responsabile;

2) che siano “*trasparenti*” o piuttosto comprensibili, non opachi, i criteri, di rilevanza, di acquisizione, di rilevazione, di profilazione dei dati, al fine di inquadrare sotto una regola giuridica la regola tecnica connessa all’algoritmo; in sostanza, quale che sia la situazione soggettiva incisa (trasferimento di insegnanti, partecipazione a un concorso, diritto ad un alloggio, valutazione negativa a fini di affidabilità per ulteriori procedure, per esempio contrattuali), emerge il diritto alla spiegazione, che null’altro è che un precipitato del diritto alla motivazione;

3) che tali criteri “*non siano discriminatori*”, sotto i profili più soliti delle differenze di sesso, razza, religione, pensiero e così via (art. 3 Cost.); tale antidiscriminatorietà va intesa anche nel senso che tali criteri debbano essere ragionevoli, logici, corrispondenti alle *leges artis* della specifica materia della quale si tratta, che può essere la più varia e che si sovrappone alle scienze giuridiche, aritmetiche, ingegneristiche, informatiche e che possono essere di volta in volta di medicina di cultura generale, di appalti, di dissesto idrogeologico, di pericolosità del suolo e così via; il diritto alla correttezza, alla logicità, alla ragionevolezza e così via.

Tali principi il Consiglio di Stato con le note sentenze li ha tratti da norme internazionali (GDPR, Carta della robotica), ma è evidente che il principio del consenso al trattamento di dati personali o la logicità, ragionevolezza, non discriminazione etc potevano rinvenirsi anche dal sistema generale e si evincono già dalla nostra giurisprudenza.

Si è detto che una particolare discrezionalità tecnica, che poi non è discrezionalità, nel senso di scelta politico-amministrativa, si ha quando la PA “*non vuole ma valuta*”, fornisce giudizi, su base di scienze certe(la temperatura) o incerte o opinabili (la bellezza di un bene artistico); si parta di discrezionalità per categorie, dovute ad aggettivi o sostantivi.

L’algoritmo è esso stesso un insieme di regole, che da tecniche divengono giuridiche.

Può essere che sia il programma stesso ad essere contestato, come se fosse un atto, o piuttosto che l’attività sia andata in contrasto con il programma.

E’ evidente che l’attività finale, la decisione finale, “*assomma*” tutte le possibili invalidità dell’algoritmo presupposto; dall’altro lato, la decisione finale deve essere rispettosa dell’algoritmo e delle sue regole.

Infatti, un altro parametro di validità diventa quindi lo stesso algoritmo; esso è un programma, o viene ritenuto atto generale, o un regolamento, o comunque un autolimite, un atto interno, un ordine di servizio, circolare, atto strumentale; sicchè esso diventa il parametro di validità, sub specie di violazione di norme secondarie o di eccesso di potere, in caso di violazione dello stesso.

Si rammenta che da oltre venti anni la giustizia amministrativa ritiene sindacabile la discrezionalità tecnica sotto la specie della correttezza del criterio scelto o della applicazione che ne viene fatta.

In tal senso, saranno sindacabili i criteri adottati e la applicazione che degli stessi viene effettuata.

L’elaboratore non ha volontà, non è un soggetto o funzionario capace di intendere e di volere; in esso però vi è una predeterminazione della volontà, sottoposta al verificarsi di certe condizioni o a una condizione sospensiva.

Come si è detto, tale attività a mezzo algoritmo può riguardare l’attività vincolata o quella discrezionale; i vizi possono essere quelli della nullità o quelli di annullabilità, compresi nella generale e onnicomprensiva violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

Più spesso si tratterà nella generalità dei casi di vizi sintomatici da eccesso di potere, per erroneità, la fattispecie più comune, in quanto onnicomprensiva.

E i vizi riscontrati sono quelli dei tipici vizi sintomatici, di contraddittorietà estrinseca o intrinseca, violazione della prassi, incompletezza, ingiustizia manifesta, della illogicità, irragionevolezza, discriminatorietà (caso del Wisconsin in cui le probabilità di recidiva inserivano la razza e il colore della pelle), del travisamento dei fatti, sicchè andranno verificati errori di fatto, vizi del ragionamento, di approccio, di rilevazione e acquisizione, di mantenimento dei dati; la rilevanza e rappresentatività dei dati di riferimento, la parzialità dei dati, o anche soltanto della opacità dell’algoritmo, non intellegibilità, non motivazione, non ricostruibilità, nel senso di incomprensibilità, che rileva già di per sé, o anche come errore di programmazione (per esempio, i “preconcetti”, errori di fatto sulla pesatura e così via): in una parola, il diritto alla spiegazione.

E’ nota la teoria tradizionale, tra le varie, che inquadra l’eccesso di potere nell’errore di fatto, e in esso le disparità di trattamento, il travisamento dei fatti; si distingue l’eccesso di potere come errore dall’eccesso di potere come cattiva intenzione.

Se l’amministrazione deve essere imparziale e quella digitale è neutrale, non sono neutrali i criteri che in essa possono essere immessi, ma possono essere altamente discrezionali e in ogni caso essi debbono essere sottoposti a controllo.

I dati vanno controllati per come scelti, intesi, interpretati, implementati, al di là del bug informatico, dell’errore da *click and point*.

Si tratta del ricorso a principi o clausole generali, i giuristi civilisti direbbero il minimo etico, che la esperienza amministrativa ha vissuto come specie sintomatiche del vizio di eccesso di potere, e che le categorie della teoria generale del diritto configurano quali “*recipienti*” o “*organi respiratori*” dell’ordinamento.

Certo, per il giudice amministrativo è agevole incardinare tali mancanze oltre che nell’eccesso di potere per erroneità, anche nella contrarietà anche alla legge, al rispetto della correttezza e completezza della istruttoria, delle regole della specifica materia (d’altronde la colpa non è che inosservanza delle *leges artis*, di leggi, regolamenti, ordine e discipline).

**5.Giustiziabilità**

**Immancabilità e contrappeso. Sindacato pieno. Intrinseco. Tutela delle situazioni soggettive. Mezzi probatori sulla tecnica (CTU e verificazione). Correttezza professionale e *leges artis*. Accesso e riservatezza.**

Tale riscontro della conformità o meno a diritto avviene dinanzi al giudice.

Sulla immancabilità della tutela giurisdizionale nei confronti dell’atto digitale, norme sovranazionali si esprimono nel senso del diritto di contestare e contraddire (GDPR), ma sarebbe sufficiente già il combinato disposto costituzionale (24 e 113 Costituzione).

Il contrappeso delle decisioni amministrative e della loro autoritatività è la possibilità di contestarle in via giurisdizionale.

Non soltanto le decisioni umane in quanto fallibili ma anche quelle automatizzate, teoricamente infallibili, sono assoggettate al controllo giurisdizionale.

Senonchè in tale caso sussiste la particolarità che esse avranno un controllo umano forse per la prima volta dinanzi al giudice, che deve ricostruire all’indietro il percorso svolto.

E’ sempre il giudice che chiude l’ordinamento, dalle elezioni del più grande Paese democratico, al giudice a Berlino del contadino di Brecht, al Giudice delle leggi nel nostro ordinamento.

Il diritto di contraddire le decisioni è ribadito da carte internazionali ed europee, dal regolamento sui dati personali ma a tale riconoscimento è sufficiente la Carta costituzionale.

Con il ricorso al giudice saranno fatti valere i soliti vizi di violazione di legge, anche se più frequentemente sotto specie di eccesso di potere, come visto, sotto il quale ricadranno le nuove prospettazioni (si direbbe i vizi**-**motivi) ricostruite come doglianze avverso le decisioni automatizzate.

Si tratta di un controllo pieno e di un sindacato intrinseco, perché il giudice ha pieno accesso al fatto, anche a mezzo di CTU o verificazioni tecniche.

Si tratta di un controllo addirittura più profondo di quello del procedimento, per evitare l’algocrazia e ribadire principi algoetici.

Vale sempre l’adagio francese che giudicare l’amministrazione è come amministrare e quindi la conoscenza del giudice non può essere inferiore alla conoscenza procedimentale.

Si assiste pertanto ad un controllo che può consistere anche nella ripetizione virtuale o sostituzione delle attività amministrative stigmatizzate.

Esistono regole tecniche che debbono poter essere controllate come regole giuridiche proprio per consentirne il controllo giurisdizionale.

Non è un dogma convincente la distinzione tra sindacato intrinseco e estrinseco in queste materie come in altre, perché fermo restando il principio della separazione dei poteri, in particolare nella attività ancora da svolgersi, la profondità del sindacato giurisdizionale è commisurata alla valenza delle illegittimità alle quali assiste.

A proposito del controllo giurisdizionale sulle commissioni indipendenti americane si osserva che esso assomiglia ad un pendolo di *Foucalt*, esso è profondo o più debole o estrinseco a seconda della maggiore o minore inaffidabilità nel tempo di tali commissioni.

La profondità del sindacato giurisdizionale in caso di lesione di situazioni soggettive importanti aumenta perché aumenta la tutela delle situazioni soggettive o aumenta come esse vengano percepite nel mondo del diritto; non è che aumenta il potere del giudice, ma è che si espandono i diritti di nuova generazione, nella formula onnicomprensiva del diritto alla buona amministrazione, che può impingere sul diritto alla salute, alla scuola, al lavoro, all’insegnamento, alla casa e così via.

Fermo restando il principio di separazione dei poteri sulla futura attività da svolgere o rieditare (art. 34, comma 2 cpa), il giudice deve valutare: da un lato, quanto sia degna di considerazione attuale la posizione soggettiva fatta valere; e dall’altro canto quanto sia o appaia inaffidabile o inattendibile l’operato amministrativo, anche automatizzato, finora svolto.

Come si è detto, la decisione automatizzata può rinvenirsi nella attività vincolata o in quella discrezionale e il giudice ripercorrerà a ritroso a mezzo della CTU se necessario il percorso amministrativo; il che significa che il *peritus peritorum* si avvale di una esperienza organizzata, diretta a coadiuvarlo nel riscontrare vizi della volontà amministrativa automatizzata.

La tutela può riguardare la costruzione e creazione del sistema algoritmico, la sua validità tecnica, la sua gestione, la sua utilizzazione più o meno errata.

Tale controllo avrà come parametro la correttezza professionale della decisione, sicchè non è ardito, come è stato osservato, accostarlo al controllo sulla responsabilità professionale nei confronti della PA (ex 2236 c.c.).

Nelle controversie sulla correttezza dell’algoritmo spesso il processo non sarà a due ma almeno a tre parti, avendosi come controinteressato o contraddittore naturale il soggetto, spesso esterno, che ha creato o gestito l’algoritmo.

Con la particolarità ulteriore che il giudice amministrativo, già chiamato spesso a definire i rapporti tra accesso e riservatezza (artt. 22-25 della legge 241/1990), in tale nuovo campo dovrebbe sciogliere tali dubbi, tra segretezza industriale e accessibilità, anche se pare evidente che il soggetto che si pone a disposizione di attività pubbliche dovrebbe rinunciare a prerogative relative alla salvaguardia delle sue attività private, almeno per quelle connesse all’interesse pubblico.

**6.Conclusioni.**

**Amministrare e giudicare: sono scienze umane. Esigenza etica e di responsabilità.**

In definitiva, é evidente che se c’è sempre bisogno del controllo umano, della responsabilità umana per l’attività amministrativa, è perché l’amministrare e il giudicare, perseguire il bene pubblico e attribuire a ciascuno il suo, fin dall’antichità, sono scienze umane e la scienza algoritimica guarda al passato ma non può avere la sensibilità umana.

Si tratta di scienze umane dirette all’uomo e se la realtà supera sempre la fantasia, purtroppo la realtà supera anche le previsioni e le predizioni, come tempi recenti insegnano in cui sono avvenuti accadimenti impensabili.

Nel nostro campo, poi, il rilancio tra la realtà, il diritto e le leggi da sempre costringe il giudice della complessità a fare sforzo di sistema e a fungere a quella funzione che si è definita di “*creazione del diritto*”.

Questa tematica presenta grandi opportunità ma ancora tanti dubbi, in tema di parzialità dei dati, di esigenza del consenso, quindi di vera utilità e non dannosità sociale sotto vari punti di vista, in tema di validità, di responsabilità, soprattutto nel senso della esigenza di un utilizzo “responsabile” ed etico di strumenti dalle grandi possibilità.

Il progresso è preso dallo sviluppo continuo della scienza digitale, dalle esigenze incessanti della società e della economia, di un mondo che aumenta le sue richieste, ma occorre che le ambizioni dell’uomo non sfocino nella nuova *Hybris*: come il Prometeo che aveva fornito il fuoco agli uomini per renderli felici e invece finì incatenato da Zeus.

Non si può pretendere che una realtà così complessa e soprattutto in divenire sia regolata dalla fissità della legge e saranno i giudici, soprattutto delle giurisdizioni superiori, a dover dare un contributo per fornire un inquadramento a tali fenomeni tecnologici, economici, sociali prima che amministrativi.

Abbiamo bisogno di indirizzi e modelli capaci di regolare e limitare l’espansione di nuove forme di disumanizzazione, perché nuovi strumenti giuridici e tecnici siano in grado realmente di apportare effettivi benefici alla specie umana.

La concorrenza è quindi non solo nel progresso, ma anche nello sforzo delle diverse civiltà giuridiche, Europa *versus* Stati Uniti e Cina, chiamate a dimostrare la forza della loro tradizione in una sfida epocale con la modernità.

Siamo abituati a constatare la funzione creatrice delle giurisdizioni superiori perché scelgono tra varie leggi antinomiche, perché si giudica e sentenzia per principi, perché si danno soluzioni di portata generale e nomofilattica, perché si anticipano le tendenze europee e così via.

Questa volta siamo dinanzi ad una sfida che va oltre l’Europa stessa e i nostri tempi e la stessa Europa, con un diritto mite ed equilibrato fondato sulla dignità umana, con il GDPR e la proposta di Regolamento sulla IA, ha fornito il modello per una cornice, ma sta al giudice dei casi concreti affermare tali principi nella realtà e saper dipingere il quadro.

Quindi c’è sempre bisogno degli uomini per gli uomini, per perseguire il bene comune, per fare giustizia, per portare a sistema il nuovo diritto, in una visione kantiana in cui l’uomo viene inteso come un ‘fine’, e mai come un ‘mezzo’.

Sono qui a constatare con orgoglio, nel senso di continuità che ci rafforza dagli esempi umani e professionali del passato che ho ricordato, che questa pagina del nostro ordinamento, la ricostruzione sistematica delle nuove esigenze, l’inquadramento in istituti del passato o di un nuovo diritto e dei suoi limiti, passa, come dimostra questo convegno (ma anche contributi recenti di pensiero sul tema non a caso, attesa la importanza della materia, anche del Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi e del Presidente aggiunto Frattini), ancora una volta anche per la profondità di pensiero e cultura della nostra Istituzione, del Consiglio di Stato e della intera giustizia amministrativa.

**Sergio De Felice**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 6 luglio 2021

1. Relazione al Convegno su Intelligenza artificiale e “Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo” [↑](#footnote-ref-1)