mulazioni di dati e di conoscenza. Tale tributo, insistendo su un presupposto distinto dalle imposte sul reddito, non darebbe luogo ad alcun problema di doppia imposizione. Esso sarebbe facilmente accertabile, essendo tracciabile e riconoscibile la presenza del robot intelligente. La sua adozione, di carattere sperimentale, potrebbe consentire di

contrastare, almeno in una prima fase, gli effetti distorsivi che la diffusione dei robot intelligenti potrebbe provocare sul mercato del lavoro, oltre che consentirebbe di disporre di maggiore gettito, senza scoraggiare lo sviluppo e l'innovazione.

Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence

Eugenio Picozza

Il contributo intende esplorare brevemente le possibili implicazioni dello sviluppo impetuoso dell'A.I., (anche super intelligenza), nell'ambito del diritto amministrativo italiano: sia nei confronti con la sfera politica, che nei tre settori tradizionali dell'organizzazione, attività amministrativa e giurisdizionale. Da un punto di vista metodologico l'autore adotta un criterio innovativo e cioè, non l'adattamento della A.I. al diritto amministrativo, ma il possibile mutamento, anche radicale, di quest'ultimo. Dopo aver descritto l'oggetto generale dell'analisi, l'autore si sofferma principalmente sugli effetti dell'A.I. nell'automazione amministrativa, ed in particolare sul pubblico impiego, anche per quanto riguarda il regime delle responsabilità. Segue poi l'impatto sull'attività amministrativa e su quella giurisdizionale.

Premessa

Un rapido riassunto. Solo negli ultimi decenni, il tema dell'impatto della intelligenza artificiale sulla società civile, sull'economia e soprattutto sul mondo del lavoro sia dipendente che autonomo, ha fatto passi da gigante; nonostante che il termine sia stato coniato da un allora giovane scienziato, John McCarthy, assistente universitario di matematica al Dartmouth College di Hanover, New Hampshire, già nel 1956 in occasione di un convegno estivo¹.

In Italia dove spesso le grandi novità arrivano in ritardo perché la politica è piuttosto interessata ai luoghi comuni che non alle grandi idee, il dibattito attorno alla A.I. (*Artificial intelligence*) si è sviluppato relativamente tardi², assumendo recentemente toni drammatici per non dire apocalittici o millenaristi³.

In effetti i progressi della I.A. (che è un complesso di tecnologie, così come le scienze cognitive sono un complesso di discipline indirizzate verso uno scopo comune) si situano in un momento storico che a mio personale avviso sancisce non solo la fine di un'epoca ma addirittura di un'era⁴.

Gli studiosi di scienze sociali in particolare gli economisti

si sono abituati a ragionare sulla base dei dati di periodi storici relativamente brevi; così, almeno sembra, anche i giuspublicisti; soprattutto quelli in area di *civil law*, hanno preso come punto di riferimento storico-giuridico, al massimo, la Rivoluzione Francese e dunque la Modernità Giuridica⁵. Ma, purtroppo la Storia non si ferma mai né i ricorsi come insegna il grande filosofo italiano sono mai eguali ai corsi originari.

Sicché il modello della Costituzione Rivoluzionaria Francese che era idoneo a porre i fondamentali di una società borghese relativamente semplice, già non era più attuale appena un secolo più tardi, con l'emersione dello Stato Pluriclasse, le lotte dei lavoratori organizzati (Trade-Unions) e meno che mai con il trionfo (sia all'Ovest che all'Est) della società di massa⁶. Di questo ha fortemente risentito la teoria generale del diritto che dopo l'effimera certezza del positivismo giuridico e l'alternativa tra teologia politica (la dottrina pura del diritto) e dittatura laica (la teoria del decisionismo)⁷, ha visto gradualmente sfilacciarsi tutti i postulati su cui poggiava il grandioso edificio della Dottrina dello Stato e svanire tutte le certezze giuridiche fino ad incagliarsi sugli scogli del Nichilismo e del Formalismo Giuridico⁸.

¹ Sulla intelligenza artificiale o A.I. (*Artificial Intelligence*) la letteratura è ovviamente sterminata. Limitando al minimo i riferimenti bibliografici segnalo Jerry Kaplan *Intelligenza artificiale* (guida al prossimo futuro) nuova edizione Roma Luiss ed. 2018; Id., *Le persone non servono (lavoro e ricchezza nell'epoca della intelligenza artificiale)*, Roma, Luiss, 2018; Sergio Parra e Marc Torrents, *Intelligenza Artificiale (la strada verso la superintelligenza) pubblicazioni National Geographic n. 2/2018 RCA Italia s.r.l.*, Milano, 2018; Fulvio Sarzana di S. Ippolito-Massimiliano Nicotra, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, Milano, 2018.

² Ma v. nel mio settore già V. Buscema, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro Amm.*, 1993, 620 e segg.

³ V. ad esempio B. Romano, *Algoritmi al potere (calcolo, giudizio, pensiero)*, Torino, 2018.

⁴ Tra le analisi più acute dei rischi ma anche delle enormi possibilità aperte dai progressi della A.I. segnalo N. Bostrom, *Superintelligenza (Tendenze, pericoli, strategie)*, Torino, 2018. Per il settore del diritto amministrativo v. ad esempio D.U. Galetta-J.G. Corvalan, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in tatto*, in *www.federati-*

lismi.it, 3/2019.

⁵ Ovviamente questa impressione non riguarda gli storici del diritto pubblico e del diritto amministrativo, che sono degli studiosi di storia a tutti gli effetti anche se quasi sempre forniti di grandi competenze giuridiche.

⁶ Per quanto riguarda il diritto amministrativo sono sempre illuminanti le pagine di M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1994. In particolare a Lui si deve la ricostruzione del c.d. "effetto giuridico conformativo" sostanziale (da non confondersi con l'effetto conformativo processuale, contenuto nella sentenza e/o nel giudicato del giudice amministrativo) tipico dei procedimenti amministrativi precettivi di massa quali ad esempio i piani regolatori urbanistici (M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del Diritto*, 1971; Id., *Intervento al Convegno di Capo Boi Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1974). In termini sociologici v. David Riesman, *La folla solitaria nuova edizione*, Bologna, 2009.

⁷ B. De Giovanni Kelsen e Schmitt, *Oltre il Novecento nuova edizione Editoriale Scientifica*, Napoli, 2018.

⁸ Natalino Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; M. Jori, *Il formal-*

C'è stato, è vero, il tentativo di rianimare la teoria giuridica in crisi, con l'apporto di altre dottrine giustamente definite "postmoderne"⁹ tra le quali si è particolarmente distinta l'analisi economica del diritto ovvero "law and economics"¹⁰. Essa infatti ha avuto un gran seguito anche a livello globale e non di rado molti governi (compresi quelli italiani almeno nel venticinquennio 1994/2018) si sono ispirati ai suoi principali fondamenti per dettare le proprie politiche pubbliche.

Nel mio settore, quello del diritto amministrativo, già prima, la legge fondamentale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241, aveva fatto proprio uno dei capisaldi del law and economics assoggettando l'attività amministrativa oltre che al principio di legalità anche ai criteri della efficienza, economicità ed efficacia¹¹. La difficoltà di servire contemporaneamente due padroni (legalità ed efficienza) in uno Stato che non è proprio un modello di correttezza, si è fatta subito sentire¹² traducendosi spesso nel rifiuto di assumersi le proprie responsabilità di funzionario pubblico¹³.

Ma più in generale, le due grandi crisi sistemiche globali (non ancora terminate) insorte dopo il 2000, hanno scosso la fiducia nell'innesto di regole economiche nella impalcatura fondamentale del diritto e negli stessi economisti¹⁴, al punto che vi sono state provocatorie proposte di abolire il premio Nobel per l'Economia.

Ed ora quando siamo ancora in mezzo al guado della crisi economica sistemica "globale" gli studiosi della A.I. prevedono un impatto della medesima sulla economia e sul lavoro calcolabile in milioni e milioni di posti di lavoro umano sottratto dalla automazione¹⁵.

Secondo alcuni studiosi questo impatto verrà giudicato simile a quello della introduzione delle macchine durante il corso della prima Rivoluzione Industriale; ma a mio avviso, il paragone è troppo riduttivo, perché allora gli umani non solo non vennero allontanati dal circuito produttivo, ma riuscirono abbastanza rapidamente a riconvertire le loro competenze e abilità, come del resto è avvenuto un secolo dopo per la riconversione agricola in industriale.

Ma con l'A.I. le cose stanno diversamente perché come dice lo stesso termine essa entra in un dominio quello della "intelligenza", che sembrava riservato alle donne e agli uo-

mini¹⁶. I suoi effetti quindi non si limiteranno al mondo del lavoro ma si estenderanno anche al potere, all'organizzazione delle funzioni e alla prestazione dei servizi.

Ecco perché finisce a mio avviso un'era e non solo un'epoca. Il passaggio da moderno, contemporaneo e post moderno segnava l'ascesa, il consolidamento e la decadenza di un'epoca: il passaggio da post moderno a post umano¹⁷ segna invece a mio avviso la fine di un'era iniziata qualche migliaia di anni fa e l'inizio di un'avventura della quale non si vede il confine¹⁸.

Oggetto dell'analisi e precisazione

È parso quindi giusto ed anzi opportuno tentare una analisi sull'impatto che questa tecnologia può avere sul diritto pubblico ed in particolare sulla mia disciplina il diritto amministrativo. Contrariamente ad una serie di studi sia antichi che recenti – i quali tentano, almeno a mio avviso, di inglobare le scoperte e le utilità della A.I. nel solco tradizionale del diritto amministrativo¹⁹ – il mio sforzo sarà quello di cercare di capire e mostrare cosa cambierà nel diritto amministrativo (e più in generale nel diritto pubblico complessivamente inteso).

Ovviamente dato il carattere monografico del numero di questa Rivista, procederò per brevi flash riservandomi di tornare sul tema con un contributo eventualmente monografico di molto più ampio respiro. Al fine di procedere nella ricognizione e nelle analisi (necessariamente sommarie, dati anche i limiti di spazio propri di un numero monografico di Rivista), si impongono alcune precisazioni iniziali; alle quali non solo credo intimamente, ma che mi sembrano essenziali per fissare i limiti della trattazione:

a) quando si usa il termine di Intelligenza Artificiale non si designa un concetto semplice ed unitario ma piuttosto una universitas di concetti ciascuno dei quali è al centro di una propria complessità (la robotica, il machine-learning, lo sviluppo degli algoritmi complessi, le reti neurali artificiali, la teoria dei giochi ecc.).

b) mentre l'aggettivo che compone uno dei due termini dell'A.I. è piuttosto semplice da decifrare: artificiale – corrisposto a naturale, materiale contrapposto a vivente, arti-

simo giuridico, Milano, 1980.

In generale una puntuale rassegna delle c.d. teorie postmoderne del diritto in G. Minda, *Postmodern Legal Movements Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press London and New York, 1995.

⁹ Cfr. ancora G. Minda cit. trad. it., *Teorie Postmoderne del Diritto*, Bologna, 2001.

¹⁰ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection* Yale University Press, New Haven and London, 2016.

¹¹ M. Immordino-A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

¹² Denota un appannamento del principio di legalità F.G. Scoca, voce "Attività amministrativa" in *Enc. Dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 75; v. anche F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; Id., *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

¹³ V. Tenore-L. Palamara-B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità pubblico dipendente*, Milano, 2013.

¹⁴ R. Posner, *Un fallimento del capitalismo. La crisi finanziaria e la seconda Grande depressione*, Torino, 2011.

¹⁵ J. Kaplan, *Le persone non servono*, cit. alla nota 1.

¹⁶ Cfr. M. Tegmark, *Vita 3.0. Esseri umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018.

¹⁷ Sul concetto di post-umano in pochi anni la letteratura si è molto ampliata. Tra i molti v. ad esempio P. Somaggio, *Filosofia del bio-diritto. Una proposta socratica per società postumane*. P. Heritier, *Società post-hitleriane?*, Torino, 2016.

¹⁸ Y.N. Harari 21, *Lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018; Id. *Homo Deus Breve storia del futuro*, ivi, 2018.; Id. *Sapiens. Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Milano, 2017.

¹⁹ V. ad esempio G. Duni, *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, 1992; A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993; U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Amm. Elettr.*, 2003, 1 e seg. D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005; L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 2018, 1598 e segg. Per un approccio, almeno a mio avviso, meno tradizionale G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici (predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità)*, Napoli, 2019.

ficioso (inventato) contrapposto ad autentico, non altrettanto si può dire per il sostantivo.

Questa affermazione mi sembra avere la massima importanza rispetto alle conseguenze “giuridiche” dell’intero fenomeno ed in particolare sulla stima della possibilità concreta, o meno, che la A.I. vada d’accordo con il mondo del diritto ed in particolare di quello pubblico²⁰.

Senza esitazione posso affermare che, almeno allo stato attuale, per Intelligenza si intende quella abilità logico-matematica che peraltro – dopo le essenziali scoperte fatte dalle discipline cognitive negli ultimi ‘70 anni – è solo una delle almeno 8 forme di intelligenza possedute dagli esseri umani²¹.

Non vi è dubbio che attraverso lo sviluppo dei sensori tattili, il riconoscimento vocale, la visione artificiale ed altre applicazioni, sarà possibile ipotizzare un artefatto munito anche di altre forme di succedanei della intelligenza umana: ma tutto ciò oltre ad essere prematuro riveste almeno per il momento scarsa attenzione per il mondo giuridico che è abituato ad essere governato da leggi essenzialmente logiche (la legge della ragione come scriveva un grandissimo filosofo del diritto italiano)²².

Questo è infatti uno dei limiti e dei pericoli evidenti della implementazione della A.I.: cioè di essere messa al servizio di cattivi decisori. Non si tratta di una novità: ogni scoperta fin dall’antichità ha sempre corso il rischio di essere messa al servizio, volontariamente o di forza, del potere dominante laico o religioso che fosse.

Basta pensare alla scoperta delle onde elettromagnetiche, alla incidenza che la radio e poi la televisione hanno avuto sui destini dei sistemi politici; alla scoperta dell’energia atomica e all’uso che se ne è fatto in guerra e in pace; e molto più recentemente alla utilizzazione delle scoperte delle discipline cognitive²³ in particolare la neuroeconomia e la neuropolitica per indirizzare i consumatori verso determinati prodotti e gli elettori verso determinati politici piuttosto che verso altri²⁴.

Di conseguenza, almeno fino a quando non si formerà una intelligenza artificiale “autonoma” (Spontaneous Artificial Intelligence)²⁵ in grado di divenire a sua volta un autonomo centro di potere pubblico e/o privato, essa dovrà fare i conti con il potere tradizionale dal quale dipenderà il suo utilizzo, i limiti anche etici da porre al suo sviluppo, insomma il suo futuro che ormai visti i progressi è anche il suo quasi-presente²⁶.

Ne deriva che l’analisi in oggetto deve partire da alcune

considerazioni sulla categoria del “politico” non per rispolverare la categoria schmittiana dell’amico-nemico (che comunque è sempre molto attuale in Italia come dimostrano vicende anche recenti) ma per il legame intensissimo che tale categoria ha con il diritto amministrativo che metaforicamente ne è il “braccio armato”.

Non a caso il più grande studioso della sociologia sistemica Niklas Luhmann definiva il potere amministrativo e quello giurisdizionale come sottosistemi del potere politico nel complesso uno dei termini di paragone: l’altro è appunto il sistema sociale²⁷.

È il potere politico che guida l’attività amministrativa, la organizza, ne seleziona le finalità essenziali, ne assicura le risorse umane e finanziarie: circostanza ancora più attuale dopo l’introduzione con la Legge delega n. 421/1992 e poi con il D.P.R. n. 165/2001 della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa e dell’istituto dello spoils-system²⁸.

Nella Costituzione italiana i padri costituenti – forse perché memori dei danni che l’accentramento della funzione legislativa e regolamentare nel Governo aveva provocato – cercarono in qualche modo di riposizionare il Parlamento quale organo maggiormente titolare del potere politico.

Ma le funzioni di “governo” e di “indirizzo politico” così bene illustrate ancora prima della Costituzione da illustri giuristi, non potevano che determinare un nuovo corso irreversibile della Storia²⁹:

– il baricentro del potere politico si stava spostando e non solo in Italia, dal Parlamento al Governo e questo fenomeno si è esteso alle Regioni e alle Autonomie Locali.

Il mutamento della legislazione elettorale non ha fatto che registrare e codificare il fenomeno; e poiché nomina *sunt consequentia rerum*, è invalso l’uso di chiamare Governatore il Presidente di una Regione quasi possa essere assimilato al Governatore della Banca d’Italia. Ma non è questo, cioè l’aspetto soggettivo ed esponenziale, l’unica trasformazione della politica.

Debbo accennare almeno ad altri due fenomeni rilevantissimi, uno riguardante le funzioni, e l’altro l’oggetto più immediato della politica.

b) Sotto l’aspetto funzionale – in coerenza con gli esiti delle scienze amministrative e sociali proprie degli Stati del *Common Law* – la politica non è più intesa nel senso in cui veniva definita dai giuristi teorici del 900 cioè come potere più o meno libero nei fini. A parte questa “libertà negativa” (che ricorda recenti teorie neurogiuridiche sul libero arbi-

²⁰ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità Giuridica*, Bologna, 2017.

²¹ H. Gardner, *Formae mentis. Saggio sulla pluralità dell’intelligenza*, Milano, 1987, 2002².

²² G. Fassò, *La legge della ragione*, Milano, 1984.

²³ Cfr. M. Piattelli Palmarini, *Le scienze cognitive classiche: un panorama*, Torino, 2008.

²⁴ Riferimenti in E. Picozza (editor), *NeuroLaw An Introduction Springer International Publishing Switzerland*, 2016; Id., *Some Juridical Problems in the Field of NeuroLaw in Neurodiritto.it/org/com*.

²⁵ Sulla problematica v. l’ottima voce di Wikipedia Artificial Consciousness e l’ampia bibliografia *ivi* indicata. Ed anche l’interessante saggio di R. Bifulco, *Intelligenza artificiale, regole e diritti: alla riscoperta di von Hayek* in www.Agendadigitale.eu/cultura-digitale.

²⁶ V. sul tema soprattutto P. Domingos, *L’algoritmo definitivo (la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo)*, Torino,

2016. Molti studiosi si sono scagliati nelle loro critiche contro l’algoritmo, ma esso è solo un mezzo attraverso il quale la macchina impara. Un medium occorre sempre fosse anche un impianto di chips nel nostro cervello.

²⁷ N. Luhmann, *Sociologia del Diritto*, Bari, 1977; Id., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

²⁸ E. Picozza, *L’attività di indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1988; Francesco Merloni, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system in Scienzepoliticheunipg.it* ed *ivi* ampia bibliografia.

²⁹ C. Mortati, *L’ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1932 ripubblicato nella Collana Per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, 2000; V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico Studi Urbinati*, 1939. In tempi molto più recenti v. ad esempio N. Lupo, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo*, Bologna, 2003.

trio come mera libertà di impedire l'azione prima che si compia³⁰) dal momento che certamente ogni potere politico, per lo meno negli stati a metodo democratico deve rispettare i principi del *multilevel order* e cioè i principi del diritto internazionale, europeo e costituzionale – quella era una idea che rispecchiava la tradizionale concezione della Separazione dei Poteri come intesa dal *civil law*.

Viceversa le “politiche pubbliche” come intese nel *common law* rappresentano essenzialmente un processo circolare che –attraverso la raccolta, la selezione e la valutazione di innumerevoli dati, da un impulso (la legge) che poi viene attuato secondo il metodo più appropriato incluso il ricorso sempre più frequente a strumenti di *soft law*. Quindi non è più consentita una netta distinzione tra politica e amministrazione (ammesso che vi sia mai stata nella realtà) come invece era più facile evidenziale nel rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo³¹.

La tripartizione tende a ridursi in una bipartizione quella romana tra *gubernator* e *praetor* o in termini oggettivi tra *imperium* e *jurisdictio*. Nello stesso tempo la *lex* sembra indebolire la propria efficacia consistente nell'obbligo generale di osservanza da parte dei cittadini e delle stesse autorità pubbliche: ed acquista più tosto la radice originaria comune a “ligare”, collegare, essere cioè il principale strumento di collegamento sociale.

Al contrario la *jurisdictio* perde la natura giuridica contingente del *judicium*, attingendo piuttosto quello *dictio juris* cioè di dichiarazione del diritto nel caso concreto; ma con valore di precedente (circostanza molto importante ai fini della utilizzazione della intelligenza artificiale).

c) Infine, sotto l'aspetto oggettivo e contenutistico, la missione più importante della azione politica non è quella di confezionare l'atto giuridico, sia esso la legge, il regolamento, l'atto di indirizzo, di direzione, di coordinamento o anche la linea guida, ma piuttosto quello di “comunicare”³².

La formalizzazione degli esiti della comunicazione politica è compito dei dirigenti e funzionari amministrativi.

Questa trasformazione fa innanzitutto saltare lo schermo tra elettore ed eletto proprio della formula della rappresentanza politica e a mio avviso deriva essenzialmente dalla impostazione mass mediatica della comunicazione politica che risale del resto già al primo 900 quando la radio e poi la televisione hanno gradualmente soppiantato l'importanza della stampa scritta ai fini della formazione di una opinione pubblica. Ma soprattutto ha reso la manipolazione delle masse da parte del potere politico assolutamente a-ideologica (nel senso proprio del termine cioè della formazione del consenso attraverso la presentazione e la discussione delle idee) e totalmente televisiva. Il successo e il ruolo della televisione in questo ed in altri campi è stato completamente chiarito dalle neuroscienze attraverso la scoperta dei c.d.

neuroni-specchio per cui –come già intuito dalla psicologia tradizionale – la comunicazione non avviene solamente attraverso il parlato³³. Un ruolo essenziale è rivestito dal tono della voce e ovviamente dalla postura e dalla gestualità del politico, dalle modalità della ripresa televisiva ecc. In poche parole la comunicazione politica come spettacolo³⁴.

Questi tre dati consentono già una prima approssimativa conclusione sul ruolo che la A.I. potrebbe giocare rispetto alla politica: un ruolo a mio giudizio assolutamente minore rispetto alla neuropolitica, alla neuro economia che sono già intervenute pesantemente e da tempo sulle regole del gioco delle elezioni politiche insieme alle infiltrazioni elettroniche (hackers) per condizionare le medesime³⁵.

Sotto questo profilo infatti il potenziale della A.I. sembra consistere solo nel proporre al politico modelli di azioni e di risoluzioni non diversamente dalla analisi economica del diritto; ma non può certamente imporli almeno fino a quando non diventerà un autonomo centro di riferimento del potere politico, una sorta di potere politico artificiale³⁶.

Certamente il ruolo consulenziale e propositivo che la A.I. può prestare alla attività politica non è di secondo piano: oltre ai big data in tutti i campi della umana conoscenza, si può pensare alla predisposizione di *Smart Laws* così come *BlockChain* comincia a fare per il *Contracts*, e ad ogni serie di *Regulations* comprese Linee Guida, Manuali Operativi, Programmi di Azione e consigli sulle *Best Practices* da adottare.

In secondo luogo, applicando le teorie dei giochi e le macchine dedicate a giocare come il computer Watson, i politici potrebbero avere un pronostico sull'impatto positivo o negativo di una loro proposta di legge o di regolamento, come oggi si usa attraverso il più rudimentale strumento della Analisi di Impatto sulla Regolazione. (A.I.R.).

Non credo tuttavia, a meno di imprevisti ed improbabili sviluppi “autonomi” della A.I. che l'azione politica a livello globale non meno che a livello locale, possa essere “automatizzata”: se non altro perché gli esseri umani sono troppo gelosi di esercitare il potere per cederlo a qualcun altro, fosse pure la più innocente e neutrale delle macchine. Inoltre la decisione politica attraverso la A.I. potrebbe sorprendentemente rivelarsi più “intelligente”, “strategica” ed “efficace” di quella politica. Sotto questo profilo, tuttavia, non sembra azzardato che la A.I. potrebbe diventare uno strumento molto efficace di opposizione politica.

Alcune implicazioni sulla utilizzazione della A.I. nel diritto amministrativo

Sul presupposto dunque che l'azione politica, complessivamente intesa, resti in mano agli umani, mi accingo ad una breve descrizione dei mutamenti che potrebbero interessare, anche *funditus* il diritto amministrativo. Dividerò que-

³⁰ Cfr. B. Libet, *Mind Time. Il fattore temporale della coscienza*, Milano, 2006.

³¹ B. Dente, *Le decisioni di policy*, Bologna, 2011; nel diritto pubblico dell'economia E. Picozza-S. Oggianu, *Politiche della Unione Europea e Diritto dell'Economia*, Torino, 2013.

³² V. sul tema G. Mazzoleni, *La comunicazione politica*, Bologna, 2012.

³³ G. Rizzolatti-C. Sinigaglia, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano, 2006.

³⁴ Cfr. ad esempio A. Sfondini, *Quel che resta della politica “pop”*: *La comunicazione politica come spettacolo*, in *Aggiornamenti Sociali*, 5/2019.

³⁵ Richiami bibliografici in E. Picozza, *Neurolaw*, cit. Cap. I.

³⁶ Sulle caratteristiche sociologiche del potere politico oltre ai citati scritti di Luhmann sempre attuale è Mario Stoppino, *Potere politico e Stato*, Milano, 1968; Id., *Potere e teorie politiche*, nuova ed., Milano, 2000.

st'ultima come si fa correntemente nei manuali in tre sezioni: organizzazione, attività, giustizia³⁷.

Non mi soffermerò invece sui principi generali che derivano sempre da una azione politica secondo i vari livelli in cui essa è chiamata a svolgersi³⁸.

L'automazione della organizzazione amministrativa

Essa non sembra presentare particolari problemi in linea pratica, per lo meno a livello di funzioni non dirigenziali: interi procedimenti riguardanti concorsi, sovvenzioni e perfino il PAT (processo amministrativo telematico) sono interamente gestiti in modo automatico, salvo, se esiste, un supervisore umano che indubbiamente agisce mediante un controllo a campione.

Non è dunque difficile immaginare un ufficio pubblico del tutto virtuale, magari dotato di un look accattivante nel sito dove l'utente deve accedere ed effettuare il *log-in*. I problemi, invece, si pongono a livello teorico, a cominciare dalla definizione di "organo" e di "immedesimazione organica".

Infatti, fino a quando anche l'organizzazione amministrativa non sarà completamente privatizzata – anche attraverso l'abolizione del concetto di capacità giuridica speciale e di "modello a diritto amministrativo" – di ogni organo deve rispondere qualcuno anche ai sensi dell'art. 28 Cost., attraverso il c.d. rapporto di immedesimazione organica³⁹.

Ragione per cui, o si inventa la figura dell'organo informatico (così come si è già fatto da tempo per il provvedimento amministrativo informatico); o con una scelta eticamente discutibile, si attribuisce al dirigente dal quale l'unità organizzativa dipende, una sorta di responsabilità oggettiva e formale⁴⁰. In buona sintesi: responsabilità della macchina o responsabilità dell'essere umano dalla quale essa dipende?

L'alternativa non è indolore: infatti se si sceglie la prima strada, occorre gioco forza attribuire all'organo automatizzato lo status di "persona", quanto meno ai fini della responsabilità civile (più difficile regolarsi ai fini della responsabilità contabile!)⁴¹.

E poiché la Corte di Cassazione già con la famosa ordinanza di maggio 2006 ha distinto tra responsabilità della istituzione e responsabilità personale (ai fini del riparto di giurisdizione: attribuendo la cognizione istituzionale agli organi di giustizia amministrativa e la cognizione personale

al Tribunale Civile ai fini del risarcimento del danno), ci si potrebbe domandare se e come possa essere applicata questa distinzione nei confronti di un organo virtuale e del suo titolare, anch'esso virtuale.

Ma che significa in questo caso "responsabilità personale"? Anche qui si pone in linea teorica una doppia possibilità:

-attribuire la responsabilità dei comportamenti omissivi o commissivi della A.I. al suo programmatore e manutentore: in tal caso però l'ingegnere informatico che "guida la macchina" diventa obiettivamente un pubblico funzionario ed un pubblico ufficiale con tutte le conseguenze del caso ivi incluso il giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei Conti per danno erariale; se invece si opta per una responsabilità "diretta" della macchina verso i terzi (come normalmente avviene in un ufficio amministrativo "reale") la responsabilità del suo programmatore e manutentore resterebbe pure sempre una responsabilità civile e di regresso.

Non si tratta di ipotesi fantascientifiche: basti pensare alle recenti procedure telematiche ed automatiche di trasferimento degli insegnanti annullate dal Consiglio di Stato con la recente sentenza 2270/2019 e ai giudizi di risarcimento del danno che ne potranno conseguire.

Oppure attribuire la responsabilità diretta all'automa. In tal caso al fatto giuridico di interposizione (come elegantemente Giannini designava ogni fenomeno di entificazione non naturale) proprio del concetto di organo e di rapporto organico, dovremmo aggiungere per così dire una "interposizione di secondo grado": alla creazione dell'organo (virtuale), la creazione del suo titolare (virtuale anch'essa).

Resterebbero poi da analizzare i vari fatti di organizzazione collegati: dalla nomina, alla sostituzione e vicarietà durante il periodo di manutenzione del programma, fino a fenomeni quali il funzionario virtuale di fatto e l'usurpatore.

Ai sensi delle regole generali sulla responsabilità civile degli umani, l'organo automatizzato dovrebbe anche poter rispondere "personalmente": credo però che questo sistema di rapporti basato sul sinallagma dei doveri-diritti sia un relitto otto/novecentesco.

Esso d'altra parte ha dimostrato di non funzionare per quanto riguarda l'amministrazione pubblica reale: è molto difficile che il soggetto danneggiato si rivolga direttamente

³⁷ Una disamina più ampia dell'oggetto del presente saggio in J.B. Duclerq, *Le droit publique à l'ère des algorithmes* in *Revue de droit publique*, 5/2017, 1401 e segg.

³⁸ Sulla natura variabile dei principi generali del diritto v. l'interessante studio di A. Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2013.

³⁹ V. già R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, ultima ed., Milano, 1972; E. Cannada Bartoli, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1972; di recente R. Cecoro, *La Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Napoli, 2019. In realtà l'art. 28 Cost. in una interpretazione grammaticale letterale prescriveva (o meglio ipotizzava) una responsabilità "personale" del funzionario che si sarebbe estesa alla pubblica amministrazione. Dal punto di vista del diritto processuale civile, di conseguenza, una fattispecie di processo con pluralità di parti e litisconsortile (più probabilmente litisconsorzio volontario). Ma la tesi non ha riscosso molto successo per due serie di ragioni: da un punto di vista dell'analisi economica e quindi del criterio della efficienza, in quanto evidentemente la p.a. è più capiente del singolo funzionario respon-

sabile; dal punto di vista giuridico per la prevalenza del modello "a diritto amministrativo", per cui la responsabilità civile del funzionario pubblico è doppiata dalla responsabilità contabile per danno erariale.

⁴⁰ Carlo Esposito fu uno dei primi studiosi a contestare la teoria tradizionale dell'organizzazione amministrativa che vedeva l'identificazione dell'organo in una persona fisica: cfr. Organo, Ufficio e Soggettività dell'Ufficio in *Annali della Università di Camerino* 1932, 7 e segg.: l'impostazione attuale in M.S. Giannini, voce "Organi (teoria generale)", in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981 37/60; v anche *ivi* G.B. Verbari, *Organi Collegiali*, 60/83. Più recentemente G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013. Sembrerebbe dunque possibile che dopo quasi cento anni la teoria della immedesimazione organica possa essere messa nuovamente in crisi ma il problema, come è noto, si lega a quello della attribuzione di personalità all'automa (fisica o giuridica), sul quale v. U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2018; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Milano, 2005 *passim* ma particolarmente 222 e segg.

⁴¹ V. *retro* nota 39 ed anche nota.

verso il titolare dell'ufficio che ha emesso il provvedimento amministrativo illegittimo; tutt'al più evocherà lo spettro della azione personale mediante la classica diffida ai sensi dell'art. 25 del t.u. sull'impiego pubblico 3/57 ancora per questa parte vigente: in realtà da tempo gli utenti danneggiati dalla attività amministrativa applicano in modo implicito una regola generale dell'analisi economica del diritto: quella di esternalizzare (anziché internalizzare) i costi della illegittimità della azione amministrativa.

Forse è questa la ragione per cui gli organi di giustizia amministrativa concedono con il contagocce il desiderato risarcimento del danno (proprio perché è pagato di fatto con la fiscalità generale derivante dal prelievo tributario).

Solo in caso di conclamato inadempimento della p.a. ai sensi dell'art. 31 c.p.a., vi è obbligo di trasmissione della sentenza amministrativa alla Procura Regionale della Corte dei Conti competente, ma non è detto che ciò accada automaticamente; e che comporti comunque una condanna del tutto speculare qualitativamente e quantitativamente al risarcimento accordato alla parte dal T.A.R. o dal Consiglio di stato.

In alternativa ogni titolare virtuale dell'organo amministrativo automatizzato, dovrebbe essere dotato di un fondo-rischi per coprire eventuali responsabilità civili (probabilmente a carico della collettività come avviene per altri fondi). E non potendo rispondere "fisicamente", l'unico modo di "punirlo" sarebbe quello di sanzionarne il budget disponibile annualmente così come la Unione Europea minaccia gli Stati in caso di mancato recupero degli aiuti comunitari indebiti. Ancora più difficile sarebbe applicare la c.d. responsabilità penale delle persone giuridiche; o più ampiamente le categorie di reati nei confronti della pubblica amministrazione. Paradossalmente sarebbe più facile individuare il "concorrente" nel reato anziché l'autore medesimo.

Se invece si adotta la seconda alternativa, e quindi si attribuisce la responsabilità tout court al dirigente apicale (così come fa la legge generale sul procedimento amministrativo 241/1990 in mancanza di designazione da parte di quest'ultimo di un apposito responsabile del singolo procedimento), la posizione dello stesso è ingiustamente aggravata almeno dal punto di vista della etica sociale e della buona organizzazione: in ogni caso, più sono gli uffici ed organi "virtuali", maggiori i membri dello staff del dirigente addetti alla correzione degli errori di programmazione dell'organo "reale", alla sua manutenzione e al suo perpetuo aggiornamento⁴².

La sostituzione degli impiegati pubblici con l'A.I.

Un altro effetto della automazione organizzativa potrebbe essere quello tanto temuto per il lavoro privato e cioè la sostituzione della macchina all'umano, nel posto di lavoro⁴³.

Pur essendo molto difficile che ciò accada nella pubblica amministrazione (ma in tempi in cui le regole della finanza pubblica non sono più dettate dalle tradizionali leggi di contabilità, ma dall'andamento dei mercati non si può essere mai sicuri), – potrebbe essere una linea di tendenza; non dissimile dalla politica sul pubblico impiego fatta nel nostro Stato almeno da 25 anni (cioè una sola assunzione ogni due cessazioni dal posto di lavoro).

Una scelta politica molto difficile ed in netto contrasto di tendenza con quella fatta soprattutto nella lunga epoca della prima repubblica (in quanto il posto pubblico a tempo indeterminato era il maggior veicolo di consenso elettorale); ma forse inevitabile in condizioni nelle quali la spending review non possa più limitarsi ai tagli lineari.

Del resto non conterei molto sulla tradizionale tesi dei diritti quesiti: abbiamo visto anche da e come professori universitari che il diritto soggettivo potestativo alla permanenza in servizio nella posizione di fuori ruolo, così qualificato dal D.P.R. 382/80, può spesso trasformarsi in mero interesse legittimo.

Questa circostanza evoca un problema molto più ampio e complesso, al quale è veramente difficile dare una risposta univoca. Esso si collega soprattutto al c.d. telelavoro e più in generale alla gestione in forma automatizzata di servizi pubblici e privati a cominciare per esempio dallo Banking On-Line.

Le teorie generali del diritto anche quelle più "pure", hanno sempre tenuto nella massima considerazione la "socialità" dell'ordinamento giuridico e la esigenza di socializzazione degli esseri umani⁴⁴. Già il c.d. capitalismo selvaggio e un certo qual cinismo della analisi economica del diritto, hanno fortemente ridotto i margini della concezione giuridica dell'ordinamento, innanzitutto quale istituzione della società, dando preminenza alla c.d. Regulation (che peraltro non si ispira agli stessi presupposti della teoria pura del diritto: essa è più vicina al Gubernator che al Legislator)⁴⁵.

Non vorrei dunque che alla pur contestata presentazione dei rapporti sociali in termini giuridici (rapporti bilaterali, plurilaterali, semplici, complessi; e nel caso del diritto amministrativo soprattutto procedimentali e provvedimentali) si sostituisca puramente e semplicemente il rapporto giuridico "virtuale" ed essenzialmente bilaterale tra l'individuo e il sistema automatico. Si tratta in effetti di una conseguenza ancora più grave della perdita di posti di lavoro, senza contare che non sarebbe semplice trovare per la maggior parte dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni, interessi alternativi.

L'attività amministrativa

Il settore della attività amministrativa è quello che, almeno in teoria, che meglio si presta alla informatizzazione e alla automazione⁴⁶.

⁴² Cfr. in particolare C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti Locali*, Napoli, 2018; L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.

⁴³ Sul tema v. per tutti D. De Masi, *Il lavoro nel XXI secolo*, Torino, 2018.

⁴⁴ Cfr. tra gli altri M. Haouriu, *Teoria della istituzione e della fondazione*, Milano, 1967; S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa,

1918.

⁴⁵ V. per tutti A.I. Ogas, *Regulation: Legal Form And Economic Theory* Har Publishing Oxford Portland Oregon, 2004.

⁴⁶ V. D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005; P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *www.federalismi.it*, 2/2018.

È infatti proprio il carattere “procedurale” tipico di questa attività, nonché il suo carattere di “funzione globalmente rilevante”, a coniugarsi con le regole degli algoritmi: con i quali presenta singolari analogie⁴⁷.

Il settore è stato già ampiamente analizzato, sicché nel mi resta che rinviare il lettore a molteplici ed egregi contributi⁴⁸.

Tuttavia c'è un aspetto che accumuna dottrina e giurisprudenza e che costituisce una sorta di vallo di Adriano o di muraglia cinese nei confronti della informatizzazione dell'attività amministrativa e cioè il suo carattere o meno “discrezionale”.

A questo proposito si tratta di comprendere che cosa si intenda per “discrezionalità amministrativa”⁴⁹: Tralasciando le infine variazioni sul tema, ci dobbiamo confrontare con un tre tipologie, costituite ciascuna da due teoriche principali: la prima riguarda la invariante (per usare l'azzeccato termine di Giannini) cioè la qualificazione del rapporto giuridico tra politica e amministrazione; la seconda la efficacia giuridica (libera o vincolata) di tale attività; la terza la natura giuridica intrinseca dell'attività amministrativa medesima: conoscitiva o volontaria.

Iniziando dalla prima alternativa, la dottrina (ma anche la legislazione soprattutto comunitaria), si schiera su due fronti contrapposti:

a) la discrezionalità riguarderebbe la determinazione dei fini della pubblica amministrazione nella misura in cui essi non siano determinati dalla riserva assoluta o relativa di legge: è la tesi alla quale aderisco senza riserve, confortato non solo dallo sbilanciamento della funzione normativa dal Parlamento al Governo di cui ho trattato nel par. 2; ma anche dal sempre più frequente “rinvio” alla amministrazione, ovvero alla prassi della “riserva aperta” di legge.

b) la discrezionalità amministrativa riguarderebbe solo la libertà nella scelta dei mezzi ritenuti idonei per raggiungere le finalità volute dalla norma giuridica di riferimento.

È questa l'impostazione normativa adottata dalla Unione Europea nel conferire efficacia giuridica alle direttive non *self executing*. La direttiva vincola gli Stati membri solo nei risultati. Questa concezione, che è poi alla base della c.d. amministrazione di risultato, apparentemente meno creativa della dottrina sub a) è in realtà ancora più insindacabile della prima, perché sottrae –quanto meno al giudice naturale per legge della p.a. e cioè il giudice amministrativo, ogni sindacato tranne (circo stanza comunque da verificare caso per caso) l'esercizio della giurisdizione di merito.

Con riferimento alla intelligenza artificiale, tuttavia, il problema sembra mal posto.

Sia nel caso a) laddove l'amministrazione eserciterebbe una funzione creativa, più integratrice che interpretatrice del comando legislativo;

sia nel caso b) in cui in contenuto della azione si sposta

nella scelta dei mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere in concreto gli obiettivi normativi, il problema della discrezionalità amministrativa non si pone: infatti si tratta puramente e semplicemente di volontà politica (o politico-amministrativa come spesso si usa dire per ammorbidire il concetto).

Dal momento che la dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono ancora la volontà politica come libera nel fine, (v. ad esempio Cons. stato n. 808/2016) la conseguenza è che non è possibile controllarla né in forma amministrativa, né tantomeno giurisdizionale.

È quella volontà che si esprime negli atti di indirizzo, di coordinamento, di direzione: nella attività programmatica sia di tipo imperativo che condizionale. Un tempo quando si credeva alla “neutralità” della pubblica amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.) si parlava di “merito amministrativo” ovvero di “opportunità amministrativa”. Ma il tempo è galantuomo ed ha svelato l'inganno al punto che lo stesso concetto di “politico” è stato codificato nell'art. 4 del decreto legislativo sulla organizzazione amministrativa e sul pubblico impiego n. 165/2001. Questa attività non è almeno allo stato attuale, informatizzabile ed automatizzabile perché è politica, non perché sia discrezionale. Potrà essere politica della scienza, dell'arte, della cultura anziché dell'amministrazione intesa in senso stretto: ma è pur sempre attività politica.

Vorrei essere ancora più chiaro: teoricamente non è impossibile predisporre un algoritmo complesso in grado di esprimere una “volontà politica”, non credo sia neanche tecnicamente più difficile di tanto.

Ma non è esercizio originario di potere. Tutta l'organizzazione costituzionale e amministrativa (specialmente in Italia che è il paese del Barocco) si basa sui rapporti di potere; la stessa seconda parte della Costituzione è basata sulla articolazione e specificazione dei poteri pubblici tra i vari organi dello Stato o meglio della Repubblica.

Indubbiamente, come si è già scritto nel par. 2 l'informatizzazione di alcuni processi o passaggi della procedura di formazione della volontà politica possono rendere più “democratico” o almeno “partecipativo” l'esercizio di questa situazione giuridica (o capacità giuridica speciale che dir si voglia) tipicamente umana. Ma anche quando (come avviene per i patti di rigenerazione umana, o meglio ancora per la gestione delle proprietà collettive) si usi il concetto di rappresentanza-identificazione degli interessi (attraverso la votazione diretta e universale o il referendum), la sostanza non cambia: gli aspetti interni ed esterni del processo decisionale rimangono umani e volontari. L'unico controllo amministrativo o giurisdizionale che sia è in realtà un controllo esterno e “in negativo” sui limiti del potere esercitato, sulla fattispecie che dal diritto inglese viene definita *abuse of power*. Questo sembra del resto essere il più recente

⁴⁷ Il sistema passo dopo passo dell'algoritmo a mio avviso presenta forti analogie con la concezione della attività amministrativa (o meglio della “funzione amministrativa”) come attività globalmente rilevante di Giannini (*Diritto Amministrativo* cit.). Viceversa la concezione di F. Benvenuti (*Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952) resta più ancorata alla concezione tradizionale della “teologia” politica. Ovviamente la concezione gianniniana resta valida nella misura in cui è la stessa attività amministrativa a non essere “deformalizzata” mediante il ricorso alla c.d. attività

amministrativa nelle forme del diritto privato di cui all'art. 1 *bis*, L. n. 241/1990.

⁴⁸ V. il saggio citato di L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo nel quale vi è un efficace “resumè” dello stato dell'arte*.

⁴⁹ V. recentemente F. Gorgerino, *Discrezionalità amministrativa ed ermeneutica giuridica*, in *Dir. e Proc. Anm.*, 4/2018, 1265 e segg. dalla cui fine analisi ho ripreso la sistematica della trattazione di questo problema.

orientamento delle Corti Giudiziali ad esempio in materia di *spoils-system*. Come è noto esso è esterno perché controlla solamente il difetto di attribuzione, di competenza, di legittimazione, i limiti temporali di assegnazione del potere e l'esistenza di una motivazione (peraltro come è noto per i regolamenti e gli atti amministrativi generali l'art. 13, L. n. 241/1990 esclude tuttora l'applicazione dei principi in materia di partecipazione al procedimento amministrativo). Non controlla la conformità del contenuto dell'atto rispetto alla legge, perché è proprio la legge che assegna alla fonte inferiore o al provvedimento amministrativo libertà di contenuto (un antesignano di questa fattispecie è la disposizione normativa dell'art. 4 della legge fondamentale urbanistica 17/08/1942, n. 1150 sul contenuto dei piani regolatori).

La seconda coppia di teorie (e anche la terza come subito appresso dimostrerò) presenta aspetti molto più rilevanti per i rapporti con la *Artificial Intelligence*.

È la distinzione della attività, avendo riguardo alla natura della particolare figura soggettiva che viene in gioco quella del "potere" in particolare il potere amministrativo. Come è noto fin dal tardo ottocento la dottrina tedesca si è divisa tra chi riteneva che la discrezionalità amministrativa fosse una categoria giuridica della libertà e chi viceversa riteneva che si trattasse di una figura dell'obbligo, consistente in particolare nell'esercizio vincolato del potere.

Per i fans della Intelligenza Artificiale, indubbiamente, la possibilità giuridica di inquadrare la discrezionalità amministrativa nella categoria giuridica dell'obbligo (meglio ancora del c.d. atto vincolato) sarebbe a mio avviso la soluzione preferibile. Infatti, sarebbe sufficiente una semplice operazione interpretativa sulla ricerca della volontà della legge (anch'essa ormai gestibile in forma automatizzata), per scrivere un programma dell'algoritmo fedele all'unico comportamento previsto e compatibile con la legge.

Ma nel gergo degli esperti questa è la c.d. A.I. "debole", già da tempo in uso nella informatica giuridica⁵⁰.

Il vero confronto della I.A. "forte" è quello del combattimento con la H.I. (human intelligence);

l'argomento a favore della prima, spesso consiste nella teorica possibilità di riduzione degli spazi di arbitrariezza della azione amministrativa discrezionale (enfaticizzato in molte delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere a partire dallo straripamento e sviamento di potere, fino al vizio omonimo quello della arbitrariezza della azione amministrativa).

Non di minore interesse infine, è la terza coppia di alternative teoriche che coglie uno degli aspetti più affascinanti del rapporto tra uomo e macchina: la natura conoscitiva o volitiva della discrezionalità.

Questa alternativa che era stata messa un po' in disparte all'epoca della dottrina dello stato e dello spirito del popolo (o della Nazione) riemerge prepotentemente in epoca di big data: l'aspetto della attività conoscitiva in moltissimi settori dell'attività amministrativa (si pensi all'azione delle Autorità Amministrative Indipendenti o alla tematica dei contratti della pubblica amministrazione) molto spesso è prevalente su quello valutativo: ed in ogni caso la figura

della discrezionalità, così come la conosciamo tradizionalmente, sembra confinata non nell'accertamento dell'illecito (per esempio anticoncorrenziale), ovvero nella attribuzione del punteggio: ma rispettivamente nella determinazione, applicazione ed erogazione della sanzione; ovvero nell'apprezzamento (soprattutto di carattere estetico) del prodotto che si ritiene non sindacabile da parte del giudice amministrativo. In ipotesi tuttavia non è difficile attraverso il machine-learning risalire alle esigenze consolidate di una pubblica amministrazione nell'esercizio della propria attività contrattuale; così come Amazon propone mediante un'analisi sempre più globale e sofisticata dei gusti e delle preferenze dei consumatori.

Non a caso alcune Autorità (quelle Regolatrici non quelle di Regolamentazione che sono eredi delle funzioni ministeriali o collegiali corrispondenti) sono state paragonate alla figura dell'arbitro (ma non esiste il VAR) o più nobilmente al giudice. Anche in questo caso però si propone la stessa "soluzione apparente" ipotizzata per la seconda coppia di teoriche quella sulla natura libera o vincolata del potere discrezionale. La parte di attività conoscitiva è pane quotidiano per la A.I. fin dai primi suoi passi: ma è solo la componente "debole" della stessa. I più anziani di noi ricordano il floppy disk (grande e poi piccolo) con le prime unità di memoria delle leggi, della giurisprudenza e da ultima della dottrina.

Ma, come dimostrano gli sviluppi della A.I. in materia di diagnosi medica, la disponibilità di milioni di dati sembra solo avere un peso significativo sulla affidabilità della diagnosi finale che esprime una volontà né più né meno come essa esiste nel reale: questa volontà infatti, implica una responsabilità.

Non esistono ostacoli di fatto perché la A.I. sappia gestire le sanzioni in materia di concorrenza oppure un determinato programma di clemenza. Ma sarà pur sempre una decisione "interpretativa" della fattispecie reale rispetto a quella normativa e quindi per dirla con Kelsen "un atto politico".

Del resto il legame delle Authority con il sistema politico è dimostrato proprio dalla procedura di nomina che come ha dimostrato Nigro è il primo e più importante atto di indirizzo politico⁵¹.

Per riassumere, anche a proposito della attività amministrativa si ritengono applicabili le conclusioni che sono state avanzate in materia di rapporti politica-amministrazione e di modifiche ai principi della organizzazione amministrativa: non esistono ostacoli di ordine fattuale alla automazione dei procedimenti non "politici": mentre per quelli di livello politico-amministrativo (come ad esempio l'approvazione di piani regolatori) l'apporto conoscitivo e consulenziale della I.A. non può che essere positivo. Si pensi ad esempio alla precisione delle mappe di Google Maps o di Google Earth che già svolgono un ruolo di fatto ausiliario non solo per la scoperta degli abusi urbanistici (lottizzazioni abusive) o edilizia ma vengono portate ed accettate quali importanti mezzi di prova presso gli organi di giustizia amministrativa. Ed ancora l'analisi disaggregata di infiniti fattori sociologici, economici, storici ecc. di un determinato

⁵⁰ V. Sul punto *Intelligenza artificiale forte e debole*, in www.intelligenzaartificiale.it.

⁵¹ Mario Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

territorio consente al decisore politico locale di avere una informazione globale molto più completa ed accurata di quella reperibili da un normale studio tecnico⁵².

L'attività giurisdizionale

Per completare il quadro di questa breve riflessione, occorre spendere qualche considerazione anche sulle relazioni tra attività giurisdizionale e A.I.⁵³.

In realtà già attualmente soprattutto dopo la introduzione del P.A.T. (processo amministrativo telematico) le interconnessioni sono evidenti soprattutto per quanto riguarda la ricognizione dei precedenti.

Ma come avviene per la pratica degli *smart contracts*, la totale dematerializzazione dei documenti, oltre a quella degli atti processuali, il vero problema che ci si deve porre è quello della sostituzione parziale o addirittura totale della attività del giudice, in particolare della decisione/sentenza. Si potrà dunque arrivare ad una *smart-sentence*, ad uno *smart-judgement*?

A mio avviso, come spesso avviene nel consueto mondo a tre dimensioni, le questioni principali da affrontare sembrano essere sostanzialmente tre:

a) dal punto di vista oggettivo, il problema consiste nell'accertare se la A.I. forte o superintelligenza sia in grado di realizzare del tutto autonomamente questo obiettivo, senza alcun ausilio o condizionamento da parte di esseri umani.

Sotto questo profilo è opportuno – se non altro per limiti di competenza – affidarsi al responso di coloro che non solo lavorano su questo tema, ma sono anche ampiamente accreditati nei relativi ambienti.

In proposito gli esperti distinguono tra superintelligenza (o Hard intelligence) e superintelligenza veloce.

La prima viene ad esempio definita come “qualunque intelletto che superi di molto le prestazioni cognitive degli esseri umani in quasi tutti i domini di interesse”⁵⁴.

Se si accetta questa definizione vengono a cadere molte obiezioni legate specialmente alle pretese proprietà del processo interpretativo, ovvero della c.d. discrezionalità del giudice.

In primo luogo va sottolineato che queste dottrine (a cominciare dalla classica formulazione del Raselli) risentono della impostazione positivista e del principio della supremazia della legge: punto di vista che come è noto si è imposto per un certo periodo di tempo specialmente negli Stati di *civil law*, ma non di *common law*.

In secondo luogo – e per quanto riguarda il nostro diritto processuale amministrativo –, la normatività della sentenza basata sul richiamo dei precedenti giudiziari, è codificata dal punto di vista sostanziale dall'art. 74 del codice del processo amministrativo (sentenza in forma semplificata):

in cui il valore del precedente conforme assurge a requisito essenziale ed autosufficiente della motivazione della sentenza medesima.

Dal punto di vista sostanziale, una certa uniformità nella formazione dei precedenti (forse non ancora sufficiente di fronte alle evidenze della realtà) è contenuta nell'art. 99 del medesimo c.p.a., sotto forma di obbligo di rinvio alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel caso di contrasto tra precedenti riguardanti la stessa questione; o di desiderio di *overruling*. Sembra così di dover assistere ad una riduzione della discrezionalità “creativa” del giudice amministrativo, in favore di un più stretto ancoraggio ai propri precedenti, coniugato ad una attenta analisi degli indirizzi giurisprudenziali della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Sotto questo profilo l'implementazione della A.I. già esiste sotto forma di ricerca dei precedenti e anche di una certa funzione “predittiva” dell'esito del giudizio oggetto della ricerca.

La seconda forma di superintelligenza “è un intelletto che è esattamente come una mente umana, però è più veloce”. “una superintelligenza di grande velocità è un sistema che sa fare tutto ciò che può fare un intelletto umano, però molto più velocemente”⁵⁵.

Ed è questo, a mio personale avviso, il valore aggiunto principale della A.I. rispetto alla concezione tradizionale sulla sua utilizzazione nel diritto processuale, in particolare nel diritto processuale amministrativo: infatti il primo tipo di intelligenza artificiale non è in grado, almeno a mio avviso, di andare oltre le due funzioni appena descritte; se invece – oltre a ciò – si accompagnasse la gestione super-veloce dei processi e delle sentenze, la questione assumerebbe un'altra sfaccettatura (almeno fino a quando l'analisi economica del diritto conserverà l'importanza che le è stata da tempo assegnata anche dalle norme di legge e dagli indirizzi giurisprudenziali).

b) dal punto di vista soggettivo, soprattutto etico ed antropologico, più che giuridico, il problema è se l'ordinamento giuridico possa consentire di sostituire un essere umano con una entità artificiale, in una funzione così delicata come quella di amministrare la giustizia.

Preciso che non è solo un problema di opportunità (v. per quest'ultimo sub c), o di “etica degli algoritmi”⁵⁶ ma è un problema innanzitutto di teoria generale del diritto, e in secondo luogo di diritto pubblico attinente essenzialmente al rispetto dei diritti fondamentali⁵⁷.

Sotto questo profilo, gli studiosi di intelligenza artificiale mostrano nella loro interpretazione qualche ingenuità perché confondono tra fatti di interposizione giuridica di primo o di secondo grado; o se si vuole tra fatti di interposizione diretta, e fatti di interposizione giuridica indiretta.

Essi adducono a paragone la entificazione astratta delle

⁵² Cfr. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi*, cit., 70/71.

⁵³ Cfr. M. Luciani, *La decisione giudiziale robotica* in *Rivista A.I.C.it.*, 3/2018, 434 e segg.; e per quanto riguarda in particolare il processo amministrativo F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo. Relazione al Convegno “La decisione robotica” – Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto Roma Accademia dei Lincei 28 agosto 2018*, in www.giustizia-amministrativa.it; Jean Marc Sauvé, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle* 20 aprile 2018, in www.conseil-etat.fr.

⁵⁴ Bostrom, *op. cit.*

⁵⁵ Bostrom, *op. cit.*

⁵⁶ V. per tutti B. Romano, *Gli Algoritmi al potere: calcolo, giudizio, pensiero* cit. la cui posizione è fondata su una natura ottimistica del c.d. libero arbitrio che sembra essere messa in seria discussione dagli studiosi di neuroscienze, almeno sotto il profilo di libertà totale e positiva (riferimenti in E. Picozza, *Neurology*, cit., cap. III).

⁵⁷ Il problema si è già posto in sede politica europea. V. ad esempio il documento 2017 /12 del Council of Europe: *Algorithms and Human Rights – Study on the human rights dimension of automated data processing techniques and possible regulatory implications*.

persone giuridiche pubbliche e private: ma a causa della interposizione “diretta”, il paragone non regge perché come sosteneva autorevolmente Pietro Virga, dietro gli organi ci sono sempre le persone.

In altri termini anche quando si applica la Legge 231 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, vi è sempre un collegamento di effetti giuridici diretti con persone fisiche; dalla responsabilità civile degli amministratori verso la società, all'adozione di misure cautelari di allontanamento dal governo della impresa, alla nomina di commissari temporanei per la gestione, fino alla definitiva rimozione di alcuni.

In secondo luogo vi sono, come è stato efficacemente dimostrato, problemi attinenti alla effettività dell'esercizio del diritto di azione e di difesa e al rispetto delle regole del giusto processo, da svolgersi di fronte ad un giudice indipendente, imparziale e preconstituito per legge, assicurandosi la completezza e parità del contraddittorio tra le parti. (artt. 6 e 13 CEDU; art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali U.E.)⁵⁸.

c) Infine la terza questione non meno importante è domandarsi se sia politicamente e socialmente opportuna una tale sostituzione, che depriva dell'elemento umano una attività da millenni al centro della vita sociale, un vero punto di equilibrio e di tenuta dei sistemi democratici, e comunque una delle poche garanzie contro eventuali arbitri del tiranno. Si tratta di una questione molto complessa e che non è qui possibile trattare adeguatamente. I punti di vista infatti sono molto eterogenei ed anche fortemente discordanti:

– in primo luogo una parte della politica, della opinione pubblica e della stessa dottrina giuridica espone v delle riserve nei confronti della “indipendenza” del giudice, in particolare del giudice amministrativo; di fronte alla concessione ordinaria della giurisdizione e del giudice come ordini indipendenti (non “poteri”) soggetti soltanto alla legge. (art. 101 della Costituzione italiana)⁵⁹.

In contrario, da parte della sociologia e della teoria generale del diritto, si osserva che tutto il c.d. potere giurisdizionale (non soltanto quello amministrativo) è in realtà una componente insieme al sottosistema amministrativo, del sistema politico. In effetti la giurisprudenza non può creare un indirizzo interpretativo “eversivo” rispetto alla legge ed in questo attua il sistema normativo medesimo che è sistema politico prima ancora che giuridico. Addirittura la “blindatura” della effettività di osservanza del principio di sottomissione alla legge è da sempre rafforzata dal previsto sistema delle impugnazioni, ordinarie e straordinarie, e dal controllo finale della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (anche se la distinzione meccanica tra limiti esterni e

limiti interni di giurisdizione non sembra reggere del tutto di fronte ai casi della vita).

Ma anche la teoria generale del diritto, e la dottrina del diritto costituzionale militano in questo campo. Addirittura il fondatore della dottrina pura del diritto, Kelsen ebbe ad affermare che ogni atto di interpretazione “è un atto politico”⁶⁰.

Nella dottrina più seguita nel diritto costituzionale (il c.d. neocostituzionalismo)⁶¹ non si dubita che la interpretazione costituzionale sia essenzialmente una operazione intrinsecamente e oggettivamente politica (e non solo soggettivamente vista la posizione della Corte Costituzionale rispetto ai giudici a quo) consistente in primo luogo nell'accertare quali valori preponderanti illuminino un determinato principio; ed in secondo luogo in una operazione di bilanciamento tra valori potenzialmente contrastanti; ed addirittura tra principi costituzionali, anche a prescindere dai valori che ciascuno di esso incorpora.

È nota la polemica di Schmitt contro questa “tirannia dei valori”⁶² completata anche da un non lusinghiero giudizio del genero e prestigioso professore di diritto amministrativo Ernst Forsthoff soprattutto nei suoi ultimi scritti contro la deriva del c.d. “stato giurisdizionale”⁶³. Forse, se fossero ancora vivi, tutto sommato sarebbero a favore del governo attraverso la *Artificial Intelligence!*

Peraltro la normatività della sentenza è stata giustificata anche dagli studiosi della teoria dei sistemi ed in particolare delle possibilità di funzionamento di sistemi giuridici complessi (come è appunto un multilevel order)⁶⁴.

Forse i sostenitori della A.I. pensano che la sostituzione della macchina al giudice possa eliminare o per lo meno contenere questo elevato tasso di “politicalità” della decisione giudiziale e ridurre il tutto all'applicazione di principi astratti.

Ma se questo fosse vero, non ci sarebbe bisogno di ipotizzare una intelligenza artificiale forte.

Basterebbe ed anzi avanzerebbe un algoritmo abbastanza semplice, sicuramente meno complesso di quello che ha portato alla vittoria negli scacchi, in jeopardy e più recentemente in GO.

In realtà per ottenere questo obiettivo (che evoca l'antico brocardo latino “summus jus, summa iniuria), non è sufficiente neanche la A.I. forte e superveloce.

Occorrerebbe addirittura una forma di “spontaneous intelligence” che operi del tutto indipendentemente anche dalla ricognizione dei precedenti giurisprudenziali e delle disposizioni normative vigenti. (Nel migliore dei casi si avrebbe un giudizio di equità non di giustizia; nel peggiore una sorta di ultramoderno “giudizio di Dio” una ordalia virtuale)⁶⁵.

Vi sono poi anche delle obiezioni “tecniche” alla possi-

⁵⁸ L. Viola, *op. ul. cit.*; più in generale S. Rodotà, *Il mondo nella rete, quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014.

⁵⁹ V. ad esempio E. Follieri, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2016, 1234 e segg.; Id., *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *giur.unifg.it*.

⁶⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1962, 136.

⁶¹ Cfr. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Bari, 2012.

⁶² C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

⁶³ Cfr. *L'ultimo Forsthoff, Scritti (1961/1969) Scritti di Ernst Forsthoff su Costituzione e Amministrazione tradotti e commentati da Alessandro Mangia*, Padova, 1995.

⁶⁴ Sul tema tra gli altri A. Falzea, voce “Complessità giuridica in *Enc. Dir.*, *Annali*, I, Milano, 2007, pag. 201; U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006.

⁶⁵ Cfr. tra gli altri A. Santosuoso, *Cognitive neuroscience, intelligent robots and the interplay humans-machines* in *Rivista di filosofia del diritto*, Fascicolo Speciale dicembre 2014, 91 e segg. Chen-Burgess *The boundaries of legal personhood: how spontaneous intelligence can problematise differences between humans, artificial intelligence, companies and animals* Springer Link, Marzo 2019, n. 1, 73/92.

bilità di sostituzione totale della machine learning al giudice. In un sistema giuridico complesso come è stato notato, le analogie non si debbono più fare tra norme dello stesso sistema; ma tra norme o addirittura sistemi diversi⁶⁶.

Inoltre la produzione “alluvionale” non solo del diritto nazionale, ma ormai anche del diritto internazionale ed europeo, non consente più la formazione di paradigmi e di precedenti “stabili”: insomma spesso il giudice amministrativo (come la stessa Corte Costituzionale ha fatto più volte) deve tentare una interpretazione adeguata al caso concreto e non ripetibile neanche di fronte a futuri casi simili perché nel frattempo è cambiato il contesto di riferimento spazio-temporale⁶⁷.

Basti pensare alla importanza che nel diritto amministrativo ha il principio di continuità e di effettività dell’ordinamento (che si ritiene sotteso all’art. 97 Cost.) tale da giustificare anche situazioni illegittime di fronte alla esigenza di salvare la effettività dell’ordinamento giuridico⁶⁸.

A questo punto è lecito domandarsi: come si comporterebbe una A.I. in tali frangenti? Se è vero che mediante l’apprendimento (puro o rinforzato) essa è in grado di ragionare come un cervello umano, è anche sicuro che poi – al momento opportuno – la stessa sia in grado di staccarsi dalla “tradizione interpretativa” e di ragionare e decidere in modo “indipendente”? Del resto nella esperienza personale, quanti soggetti umani sono in grado di staccarsi, lungo il corso della propria vita, dai modelli che li hanno formati e condizionati?

Ovviamente queste obiezioni sono sollevate in modo del tutto astratto e riguardano un effettivo esercizio della funzione normativa da parte del giudice amministrativo (o in termini più tradizionali della funzione c.d. discrezionale o interpretativa del giudice medesimo). Esse non riguardano questioni (sulle quali non mi soffermo perché già egregiamente trattate da altri studiosi) dove la procedura e la stessa decisione possono essere automatizzate, anche laddove vi sia una certa libertà nell’applicazione della norma. Come si è in più luoghi visto una cosa è la discrezionalità, altro è la “politicità” della decisione.

Dobbiamo allora confinare – come ha fatto la più parte della dottrina e anche una parte della giurisprudenza – il ruolo della A.I. solo alla c.d. attività vincolata, ad accertamenti preliminari sulla ammissibilità, ricevibilità, proponibilità e procedibilità delle domande nel procedimento amministrativo o giurisdizionale?

Non credo che questo sia il futuro. Molto della utilizzazione di A.I. dipenderà appunto dal giudizio sociale e politico sulla effettiva imparzialità ed efficienza del giudice amministrativo.

In ogni caso come di recente è stato autorevolmente sostenuto, è possibile incrementare l’attività ausiliaria del giudice (come anche della amministrazione pubblica) nella fase di iniziativa e di istruttoria del processo, così come è possibile farlo nel procedimento amministrativo.

La mia opinione però è più ottimistica di quella corrente: io credo che la A.I. sia o stia per arrivare ad un punto di evoluzione talmente raffinato che essa possa diventare un ausiliario anche nella fase decisoria, attraverso una interazione con l’intelligenza umana almeno a doppio stadio: In primo luogo, sfruttando la capacità predittiva propria della macchina sull’esito del giudizio.

Non mi sembra vi sia nulla da temere al riguardo: la funzione predittiva è spesso usata dallo stesso giudice amministrativo già in fase cautelare; e non di rado, comporta il volontario abbandono della causa dalla parte provvisoriamente soccombente: la dottrina ha efficacemente sottolineato l’autonomia almeno funzionale del giudizio cautelare.

Inoltre un servizio processuale alle parti, di tipo “predittivo”, avrebbe una doppia utilità: essere “imparziale” perché proveniente dal giudice (e quindi non esporre l’avvocato a possibili azioni di responsabilità da parte del cliente); e poter stimolare la creatività del medesimo professionista, allo scopo di tentare di superare il prevedibile esito del giudizio. La differenza sarebbe solo nella disponibilità di big data e nella neutralità dell’esercizio della funzione predittiva medesima.

In secondo luogo, si potrebbe addirittura ipotizzare addirittura un progetto preliminare automatico di predecisione, da presentare alle parti subito dopo l’inizio del processo (non diversamente da quanto avviene nella prassi in molti arbitrati nazionali ed internazionali). Questo potrebbe deflazionare il contenzioso in atto, e diventare una sorta di “filtro” della ammissibilità delle impugnazioni di secondo grado.

Ritengo infine che soluzioni del genere – in un futuro non troppo lontano – potrebbero passare positivamente il vaglio della U.E. e della CEDU e forse essere giudicate conformi ai recenti indirizzi della Unione Europea⁶⁹.

⁶⁶ M. Trimarchi (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti del diritto privato in trasformazione pubblicazioni della Università di Messina*, Messina 2017.

⁶⁷ Cfr. P. Maddalena, *I percorsi logici per l’interpretazione del diritto nei giudizi davanti alla Corte Costituzionale Relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee “La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità”*, Bucharest, 23-25 maggio 2011.

⁶⁸ Leopoldo Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958; e recentemente Carmela Leone, *Il principio di continuità dell’azione amministrativa*, Milano, 2007.

⁶⁹ Cfr. The European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence “Draft Ethics Guidelines For Trustworthy A.I.” (Working Document for stakeholders’ consultation Brussels, 18 December 2018; in ogni caso fa molto pensare il Corso di Studi JUS5671 dell’Università di Oslo “Artificial Intelligence and Law”.