



GLOSSE SUL RAPPORTO FRA INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'articolo analizza l'impatto dell'intelligenza artificiale sul linguaggio e sul diritto, con particolare attenzione al diritto amministrativo. Muovendo dai mutamenti comunicativi introdotti dal digitale, si riflette sull'uso dell'IA come nuovo autore e interprete, evidenziandone i limiti rispetto alla creatività e all'esperienza umana. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) integra l'uso dell'IA, pur subordinandolo a principi come risultato, fiducia e controllo umano. Viene ribadita l'irriducibilità di alcuni ambiti del diritto – ispirati alla iustitia più che allo ius – all'automazione, sottolineando come il pensiero giuridico resti, in ultima istanza, un'espressione umana insostituibile.

Vittorio CAPUZZA, svolge la propria attività didattica e di ricerca nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". ASN- Abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia (professore associato) di Diritto amministrativo.

1. Introduzione

Partiamo da un dato linguistico: con l'avvento di Internet e della digitalizzazione, la conversazione scritta appare tendenzialmente istantanea e frammentata.¹ È indubbio anche l'uso frequente delle immagini al posto di parole. Sempre nell'ottica della velocità, le immagini servono per indicare il senso reale della frase, senza fraintendimenti. L'arrivo dell'Intelligenza artificiale si inserisce in questo processo. Nasce, così, un ossimoro: *res cogitans* e *res extensa* unificate in un nuovo 'autore degli autori'². A novembre 2022 OpenAI avvia ChatGPT (100 milioni di utenti in 30 giorni); diversi autori suggeriscono di mettere a riparo il nostro "io" rispetto al suo appiattimento sull'IA; fra questi, Mauro Crippa e Giuseppe Girgenti ci offrono un esempio capace di indicare che la 'passione umana' ha come unico titolare la persona e, quindi, come quella non sia riproducibile dalla *res extensa* divenuta tecnologicamente una *res cogitans* (IA): l'emblema è la traduzione; essa non è affatto una "operazione neutra" (Monti per l'Iliade, Deledda per Balzac, Borgese per Goethe, Bontempelli per Chateaubriand, Bacchelli per Voltaire, Vittorini per Hemingway)³.

2. Lingua e diritto. Un parallelo di partenza.

Il parallelo tra lingua e diritto non è una novità: già nella metà del XIX secolo Federigo Carlo di Savigny affermava che "Il diritto di un popolo, a somiglianza della sua lingua, non può avere un carattere fisso".⁴ Nell'Italia degli anni '40 del Novecento emblematici sono i lavori di G. Devoto e G. Nencioni, dai quali emerge l'endiadi diritto/lingua intesa o come un vero e proprio organismo naturale (Devoto) o come un'istituzione umana, storica e sociale (Nencioni)⁵.

1 L. Pizzoli e L. Serianni, *Storia illustrata della lingua italiana*, Roma 2017.

2 cfr. M. Crippa, G. Girgenti, *Umano, poco umano*, Milano 2024, p. 41.

3 Crippa, Girgenti, *Umano, poco umano*, op. cit. pp. 167-169, "Inoltre, l'autore, quando è poeta, è creatore non solo dei contenuti resi in forma metrica, ma spesso è creatore del linguaggio" (p. 152).

4 *Storia del diritto romano nel medio evo*, traduzione Bollati, vol. I, Torino 1854, p. 19. Giacomo Leopardi, che aveva incontrato il Savigny (*Epistolario*, II, a cura di F. Brioschi e P. Landi, Milano 1998, p. 1381), nella *Ginestra* (1836) riconosce, parallelamente, questa mutevolezza: "Caggiono i regni intanto, / passan genti e linguaggi: ella nol vede", (294-295).

5 Così S. Timpanaro, *A proposito del parallelismo tra lingua e diritto*, in "Belfagor", XVIII, 1963, pp. 1-14. Il termine "istituzione" rimanda immediatamente alle riflessioni di Santi Romano

Anche il diritto, secondo una certa lettura post-moderna o di 'neo-realismo giuridico', s'esprime non più solo nei precetti astrattamente pre-visti dal legislatore ma trova altri canali di rilevanza attraverso strumentali trasformatori dei fatti-valore, a cominciare dalla tecnica che lo stesso legislatore ha ormai adottato grazie alla codificazione dei principi giuridici, per passare poi alla fertile attività di giudici, studiosi del diritto, funzionari.

3. Codificazione dei principi giuridici

È allora un circuito vivo e vivificante quello esistente fra attività e istituzione, fondato sull'immagine di ordinamento non più da intendersi "come un tutto ordinato", in cui le norme sono le uniche che, dall'alto, posseggano la capacità di leggere i fatti e di trasformarli in casi attraverso gli schemi (*adminicula* li definivano nel medioevo del diritto) pre-visti all'interno di un sistema chiuso e senza lacune; bensì, un ordinamento da vedere "come ordinantes"⁶, sorto dai processi storici della società, dai suoi valori⁷ che, dal basso, i principi raccolgono per proiettare il cono di luce nel quale leggere le disposizioni esistenti ovvero, per essere applicati direttamente se le regole non esistano o siano in contrasto con essi. D'altra parte, è la stessa legge che spesso dà la forza ai principi e ordina la lettura del sistema come espressione di questi, e non viceversa⁸.

declinate nel suo *L'ordinamento giuridico* (1918).

6 Così P. Piovan, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Giuffrè, Milano 1963, p. 162.

7 Riguardo al significato del termine "valore", a partire dalla scala assiologica di Max Scheler che dal basso sale passando per i valori spirituali nei quali compaiono la conoscenza, la bellezza e il diritto (*Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, trad. in franc. Di M. de Gandillac, Paris 1955), si giunge ai sostenitori della cd. intuizione morale per cui il bene è una qualità reale e passibile d'intuizione (G. E. Moore, *Principia Ethica*, trad. di G. Vattimo, Milano 1964, pp. 54 e ss.; A. N. Prior, *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford 1961, pp. 95 e ss.). Basta però fermarsi alla descrizione più semplice di Franco Cordero: essendo il 'valore' l'apprezzamento di un 'fatto', "i valori sono tanti quanto i fatti e i soggetti", (Gli osservanti. Fenomenologia delle norme, (riedizione) Torino 2008, p. 195). Da Hume in poi "il mondo dei valori non è quello dei fatti e dei secondi non si deducono i primi" (Cordero, idem, p. 194) e questo parallelismo dei due ordini è sottolineato da Kelsen. Possiamo ancora dire oggi che i valori attraverso i principi giuridici non trovino forma e non strutturino un'implicazione che è propria della legge, divenendo così dimostrabili?

8 Paolo Grossi, invita a leggere i 'fatti' come "una sorta di piattaforma, che funge da imprescindibile contesto in cui il diritto opera": fatti naturali, fatti sociali, fatti economici; "il sottostante ordine naturale sociale economico diviene per sua intrinseca capacità ordine

È il caso del vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), nel quale trovano coesistenza giuridica norme, principi, soluzioni tecnologiche, inclusa l'intelligenza artificiale. Si parta dall'art. 1, rubricato 'principio del risultato': è noto che il Consiglio di Stato nella Relazione d'accompagnamento alla bozza del Codice ha qualificato tale principio come 'valoriale', riguardando esso l'affidamento del contratto e la sua esecuzione e consistendo nella massima tempestività dell'azione amministrativa e nel migliore rapporto qualità-prezzo. Ovviamente, i principi di legalità, trasparenza e concorrenza sono satellitari a quello del risultato, il quale deve essere riferimento prioritario anche nel procedimento amministrativo per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4). Il successivo art. 4 dà poi respiro all'interno della sfera codicistica, la cui materia va interpretata e applicata in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

La celerità, equilibrata e ragionevole, che il ciclo della vita dei contratti pubblici è chiamata a rispettare come uno dei cardini su cui poggia l'intera riforma, trova utile ed efficace strumento nelle espresse possibilità riconosciute alla stazione appaltante per migliorare e conseguire quegli obiettivi: provvedere ad automatizzare le proprie attività ricorrendo anche all'uso dell'intelligenza artificiale (art. 30 del Codice). Rimangono fermi, però, dei limiti giuridici che non si vedono discendere da astratte, dettagliate, particolari disposizioni ma da altrettanti neo-principi, in rafforzamento al basilare principio del risultato e validi nell'ambito d'uso della tecnologia informatica.

4. Intelligenza artificiale e diritto amministrativo

Anche l'argomento 'intelligenza artificiale e diritto amministrativo' non costituisce certo una novità. Innanzitutto, per entrambi s'assume a un'espansione della loro applicazione. Per l'intelligenza artificiale la considerazione è fin troppo evidente; per il diritto amministrativo vale l'osservazione di Zeno-Zencovich secondo cui "il diritto amministrativo si è espanso a dismisura" fino a divenire "la forma con cui si esprime il diritto dell'Unione Europea", che non è perciò né *civil law* né *common law*⁹. Oltre alla

giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani (...) in una struttura complessa [non più semplice come fu per lo Stato moderno, ndr] ma assolutamente unitaria", (Grossi, Sulla odierna fattualità del diritto, in Ritorno al diritto, Roma-Bari 2015, pp. 33 e 34.

9 V. Zeno-Zencovich, Dal "Diritto patrio

normativa europea (Regolamento UE *Artificial Intelligence Act*, pubblicato il 12 luglio 2024 e da allora in regime di *vacatio* per due anni) e nazionale (al momento, le modifiche intervenute al CAD, d.lgs. n. 82/2005), più volte il rapporto fra IA e diritto pubblico è stato al centro di pronunce del giudice amministrativo¹⁰ e della dottrina che ha esaminato quell'intreccio da diversi versanti. In aggiunta a quelli ormai assunti sull'organizzazione pubblica (informaticizzazione, dematerializzazione dei dati, passaggio alla modalità telematica, documenti digitali, firma elettronica) si è passati, infatti, alla formazione e adozione del provvedimento amministrativo, a cominciare dalla logica algoritmica (deterministica, provvedimenti *cd. data-driven*)¹¹ per vederne l'applicazione anche all'ambito del potere discrezionale¹². Da queste ormai numerose voci s'apprendono:

*attuale" all' "Attuale diritto dell'Unione Europea": la domanda del comparativista allo storico, in Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX), a cura di I. Biocchi e A. Mattone, Roma 2006, pp. 553-555. Il soggetto pubblico "detta le regole cui i privati devono attenersi, controlla i requisiti, le modalità, gli esiti della loro attività, fissa procedure"; nel diritto europeo quindi il diritto non regola "rapporti fra pari, bensì rapporti di soggezione del soggetto privato nei confronti di quello pubblico". Il diritto amministrativo è il luogo in cui queste attività potestative e procedurali possono essere demandate all'uso di tecnologie informatiche, fermi restando la trasparenza ex ante dei criteri adottati e il controllo umano ex post. Ma il diritto amministrativo non è (più) solo un movimento meccanicistico, capace unicamente di fissare regole e di farle rispettare tramite *munus* diretto ai privati, visti come soggetti passivamente obbedienti.*

10 Sentenze 'pilota' sono quelle del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

11 M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principi e garanzie costituzionali nel passaggio dalla regola agendi alla regola algoritmica*, in "federalismi.it", 17 (2024), pp. 118-119.

12 Ex multis, A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primilievi di una ricostruzione*, Napoli 1993; F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in "Rivista di diritto amministrativo elettronico", (2003); R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in "Dir. Amm.", (2020), pp. 305 e ss.; M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in "European Review of Digital Administration & Law", 1 (2020), p. 69; V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in "Urbanistica e Appalti", 5 (2021), pp. 581 e ss.; M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa*, op. cit., pp. 114-149; A. Lirosi, *L'intelligenza artificiale nel diritto amministrativo – tra riserva di umanità e necessità di garantire una maggiore efficienza amministrativa*, in "Rivista della Corte dei conti" – "Quaderni monografici", 2 (2024), *Intelligenza artificiale - Impiego e implicazioni sotto il profilo tecnologico, etico e giuridico*, pp. 127-138.

1. Nuove formule e sintagmi, come il passaggio da calcolatori a "macchine pensanti" che formulano ragionamenti fondati su schemi tipici della conoscenza umana¹³; "l'inverno dell'intelligenza artificiale" che avrebbe atteso la propria stagione della fioritura dopo le prime invenzioni informatiche degli anni '70¹⁴; le "reti neurali artificiali"; la "digitalizzazione sostanziale"¹⁵; la "riserva di umanità"¹⁶, da intendersi come il 'dominio di umanità' e non già una nostra attività residuale, così come la "sorveglianza"¹⁷ è sempre di un 'dominus' nel lavoro della macchina interrompibile e modificabile (*human the loop*); il ruolo 'antropico' opposto a quello di un 'agente artificiale'¹⁸.

2. Neologismi, anche di matrice esogena, come "machine learning"; robot "cognitivi" e robot "autonomi"; "Amministrazione 4.0" (anche l'attività dell'intelligenza artificiale per l'esercizio di funzioni prima solo di competenza umana); "bias" per indicare i pregiudizi che rischiano di esser riprodotti nell'algoritmo, determinando effetti discriminatori.

3. Nuove questioni legali, come il problema della soggettività giuridica delle tecnologie informatiche, oppure la responsabilità del danno da errore generato dalle stesse tecnologie¹⁹.

4. Nuovi principi giuridici legati all'uso di strumenti tecnologici informatici autonomi o cognitivi: "non esclusività della decisione algoritmica" e di "non discriminazione algoritmica", principio "del servizio"²⁰.

L'art. 30 del vigente Codice dei contratti pubblici postula tutto questo e ne esprime la va-

lenza in chiave positiva: per espressa volontà della Legge delega n. 78/2022, art. 1, comma 2, lett. t) è stato voluto che il Codice prevedesse anche "ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte"; ancorandosi su tale criterio di delega, lo stesso Consiglio di Stato nella Relazione d'accompagnamento specifica che l'art. 30 nasce in questa cornice. Importante precisazione quest'ultima, che *ex se* sembra rivolgersi ai poteri vincolati dell'amministrazione e non già a quelli discrezionali, anche se la disciplina *de qua* non sembra inapplicabile anche a quest'ultimi. Infatti, l'art. 30 del Codice – precisa il Consiglio di Stato nella Relazione (p. 48) – è volta al futuro prossimo "in quanto, allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento (...). Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse", da qui la necessità di un articolato positivo che assorbisse gli orientamenti europei e della giurisprudenza amministrativa. L'art. 30 obbliga all'intervento umano inteso come 'dominio' sulla macchina: *ex ante* ed *ex post* l'intelligenza umana non resti pigramente ancorata al prodotto servitole dalla tecnologia; l'uomo controlli, validi, se necessario smentisca le decisioni automatiche. I neoprincipi giuridici amministrativi legati all'uso dell'intelligenza artificiale si risolvono in questa fondamentale natura valoriale. D'altra parte, con l'evolversi della materia tecnologica, muta il volto della società e in essa cambia anche il diritto, che le è connaturale. Il riconoscimento giuridico e la regolamentazione di questi nuovi valori passa prima di tutto attraverso i nuovi principi che indicano in concreto come muoversi a livello legale.

5. L'area del diritto amministrativo estranea all'intelligenza artificiale

Pertornare alla considerazione valida per la letteratura e per le traduzioni di opere che, per la loro natura d'arte, non possono essere appiattite da una macchina, anche il diritto è chiamato a esprimere qualcosa che vada oltre lo *ius* a vantaggio della *iustitia*. Una lettura moderna del diritto amministrativo vede esattamente rovesciata la prospettiva: la legge valida il fatto e lo porta alla sua attenzione solo attraverso lo schema che fa leggere quel fatto alla luce di un'idea astrattamente portata dalla fattispecie positiva, trasformandolo in un caso²¹; sicché, i

¹³ Partendo dalle prime riflessioni di A. M. Turing, *Computer machinery and intelligence*, in "Mins", 59 (1950), pp. 433 e ss.; citazione in Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale*, op. cit.

¹⁴ R. Kurzweil, *La singolarità è vicina*, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 258.

¹⁵ B. G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *Funzioni amministrative*, collana Enciclopedia del diritto, vol. III, Milano 2022, p. 77; A. Liroi, *L'intelligenza artificiale nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 134.

¹⁶ G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova 2023.

¹⁷ L. Rinaldi, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in "DPCE on line", vol. 51, 1 (2022).

¹⁸ M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 130.

¹⁹ A. B. Suman, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa 2020, pp. 251 e ss.; D.U. Galetta, J. G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in "federalismi.it", 3 (2019), pp. 1 e ss.

²⁰ A. Liroi, *L'intelligenza artificiale nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 136.

²¹ M. Orlandi, *Principi contro norme*, Lezione magistrale (7 aprile 2016), Università degli Studi di Trento - Facoltà di Giurisprudenza; M. Orlandi,

principi resterebbero espressioni massime di solo valore, non dotati di applicabilità, privi di effettività. In questa visione trova più facilmente posto l'uso dell'intelligenza artificiale anche nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, dovendo 'solo' connettere e far interagire norme esistenti, interferenti o analoghe, nell'unico sistema dell'ordinamento giuridico. Non a caso, partendo dal presupposto della modernità giuridica secondo cui la discrezionalità dell'amministrazione "è un margine di apprezzamento di una determinata situazione di fatto alla luce delle finalità espresse dalla norma attributiva di un certo potere", in dottrina è stato lucidamente pensato che essa "non implichi sempre e comunque un principio antropomorfo, dipendendo quest'ultimo approccio dalla discrezionalità dello stesso legislatore che, (...), ben potrebbe conferire alla P.A. il potere di avvalersi di forme di I.A."²². Ma se si prova a rovesciare il vettore nel circuito, si scopre che nei principi affondano tutte le norme, anche quelle finora inesprese e che in essi sia racchiuso anche quel 'sentimento' di *iustitia* che invero alimenta lo *ius*. In questa cornice, solo l'uomo è capace di pensare pienamente ed estensivamente, così come in parallelo avviene nella linguistica: i principi di diritto, che ora sono anche 'diritto positivo' e rappresentano schemi per leggere i fatti perché per lo più espressi da leggi (quindi direttamente applicabili, così come nella materia degli appalti pubblici è previsto che avvenga – artt. 1-4), costituiscono i criteri per interpretare il caso concreto; quindi sono poietici, un'attività che resta preclusa alla macchina, per quanto la sua automazione abbia estensione nell'autonomia o nella cognizione. Dunque, si può dire che nel diritto i principi sono anche la barriera che rende insuperabile il passo all'intelligenza artificiale. Fermo restando che comunque non sembra impossibile che anche l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione sia incanalabile nelle maglie dell'intelligenza artificiale con la salvaguardia delle garanzie dei partecipanti al procedimento e della motivazione comprensibile, adeguata, razionale, rimane comunque una zona riservata all'uomo, quella per la quale, nell'applicar la legge, occorra considerare, alla luce dei principi cd. dell'azione²³, tutti gli aspetti e le circostanze,

come l'estensione del principio di legalità oggi chiede. D'altra parte, continuare a considerare come aspetti non giuridici e marginali rispetto al diritto le scelte della P.A. istruite anche mediante valutazione di merito, d'opportunità, di convenienza, significa non considerare la latitudine e l'ampia portata del principio di legalità nelle quali una lettura post-moderna, avvicinata anche dalla Corte costituzionale²⁴, sta riconducendo l'amministrazione²⁵.

6. Conclusioni

La stessa intelligenza artificiale è un prodotto strumentale che l'umana intelligenza s'è data, mentre il diritto è una realtà intrinseca, connaturale alla stessa società, che in essa si muove e si alimenta. La gerarchia che c'è fra 'mezzo' e 'sostanza' non deve esser persa mai di vista, per non dare, più del dovuto, importanza e merito a una macchina. È stato detto che "il pericolo maggiore della rivoluzione dell'IA non consiste nel fatto che questa diventi sempre più simile all'intelligenza umana, piuttosto nel fatto che la stessa intelligenza umana ne sia travolta e smarrisca le sue caratteristiche peculiari"²⁶. Infatti, "I greci, che hanno inventato le astrazioni della logica, nella poesia afferrano e vedono ciò che sfugge alla logica"²⁷; così, attraverso la *iustitia* si vede ciò che manca allo *ius*²⁸. L'eleganza del pensiero giuridico e del pensare giuridicamente non sono mai una "operazione neutra". ©

²⁴ Sentenza 7 aprile 2011, n. 115.

²⁵ Si veda in tema S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 12: "(...) la pubblica amministrazione è ben lontana dall'essere la meccanica esecutrice delle leggi. Essa deve cercare e valutare la norma da applicare e deve rispettare i principi di formazione giurisprudenziale. Ecco perché, piuttosto che il principio di legalità, l'amministrazione deve rispettare il diritto nel suo insieme".

²⁶ Crippa, Girgenti, *Umano, poco umano*, op. cit. p. 47.

²⁷ G. Montesano, *Tre modi per non morire*, Milano 2022, p. 114.

²⁸ A ben vedere, ogni persona possiede un 'patrimonio comune' che consente a un gruppo di trasformarsi in società, di darsi regole e poi di elaborare leggi: dalla *iustitia* si giunge allo *ius*. C'è un 'prima' e c'è un 'dopo', così come secoli fa narrava Protagora nel mito platonico: due fratelli, all'inizio del mondo, furono incaricati dagli dèi di evitare che gli uomini sulla terra si distruggessero a vicenda; i due si chiamavano Prometeo (i.e.: 'pensa-prima') ed Epimeteo (i.e.: 'pensa-dopo'). Cfr. G. Guidorizzi, *Il lessico dei greci*, Milano 2024, p. 194.

Introduzione alla logica giuridica. Uno studio di diritto privato, Bologna 2021.

²² M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 130.

²³ A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. Scoca, Torino 2014, p. 192.