

Come evitare la "sommersione"? Intelligenza artificiale e diritto pubblico

Di Vasco Pereira da Silva

Abstract: *How to avoid "submersion"? Artificial intelligence and public law* - This article examines the impact of artificial intelligence on constitutional and administrative law, arguing that digital technologies challenge traditional legal categories, public power, democratic governance, and fundamental rights. It explores the emergence of digital fundamental rights, the evolution of the post-social state, and the development of multilevel constitutionalism. Particular attention is devoted to European and Portuguese regulatory responses, emphasizing the need for effective legal safeguards, algorithmic accountability, and democratic and judicial oversight.

Keywords: AI; Public law; Digital fundamental rights; Portuguese public law; Constitutionalism

2121

1. L'IA e la "sommersione" del diritto costituzionale e amministrativo

Essendo "un uomo di un altro secolo", come dice mia figlia, inizio questa riflessione sull'intelligenza artificiale e il diritto con alcune considerazioni su un libro pubblicato di recente (Bruno Patino, *Submersão*, Grasset, Parigi, 2023), in cui l'autore si rende conto che "è successo qualcosa. Qualcosa è cambiato. Il mondo dell'offerta limitata ci ha portato a credere nella capacità illimitata di scelta del nostro cervello. L'era dell'offerta infinita ci confronta ora con la realtà dei nostri limiti personali. Non eravamo poi così grandi. Ora è il momento dell'immersione"¹. Ma l'immersione continuerà e "tutto cambierà di nuovo. Cosa succede quando si aggiunge +1 all'infinito? Questa antica domanda matematica diventa la nostra. Quello che sta per accadere è un oceano aggiunto a un oceano, l'infinito aggiunto all'infinito. Al di là delle previsioni, che mostrano che la produzione di dati aumenterà del 40% all'anno tra il 2023 e il 2028"².

E adesso? Cosa fare e come farlo? Infatti, "qualunque cosa accada, il futuro immediato è cambiato. L'incontro tra la storia della connettività generale e permanente della rete e quella delle macchine in grado di riprodurre e declinare all'infinito le produzioni intellettuali umane ci ha posto in un nuovo ambiente. Più che un punto di svolta, rappresenta un cambiamento profondo in ciò che ci circonda e in ciò che siamo. L'immersione

¹ B. Patino, *Submersão*, Parigi, 2023, 25.

² B. Patino, *Submersão*, cit., 34.

porta con sé due conseguenze: quella di una scelta difficile, se non impossibile, e quella di un sfondimento meccanico nella finzione permanente. Se non si può più scegliere, la libertà cambia; se ci si immerge nel grande simulacro, il rapporto con la realtà cambia. Queste sono le due sfide che ci attendono"³.

Questa immersione di cui stiamo parlando si verifica anche nel funzionamento della società civile, delle istituzioni politiche e del diritto. Infatti, l'Intelligenza Artificiale porta enormi cambiamenti nel comportamento degli individui, delle comunità, dei poteri politici, con i suoi vantaggi e svantaggi, sfide e rischi, benefici e danni. Tutte queste trasformazioni nel mondo dei fatti non potevano e non dovevano rimanere fuori dalla realtà giuridica. È giunto il momento di analizzare, con un approccio realistico, alcune delle conseguenze dell'IA e delle nuove tecnologie nel campo del diritto pubblico:

1) I cambiamenti tecnologici hanno conseguenze drastiche sull'azione delle autorità pubbliche, dei poteri legislativo, amministrativo o giudiziario. C'è il lavoro svolto dalle macchine e quello degli uomini, la sostituzione dei documenti cartacei con quelli digitali, la necessità di trovare nuove procedure e processi digitali per il processo decisionale amministrativo e giudiziario. In termini di organizzazione dei servizi, c'è anche un problema che deve essere considerato, quello della "produzione di massa" di decisioni giudiziarie, procedimenti, ricorsi. E lo stesso vale per la "produzione di massa" di deputati, funzionari amministrativi, avvocati, giudici. Questo porta Balkin a chiedersi se il governo debba adottare un "modello di fabbrica" e come sia possibile "razionalizzare il lavoro giuridico senza perdere la dimensione umana"⁴.

2) Disponibilità delle informazioni. Ci troviamo di fronte a uno strumento indispensabile per gli attori giuridici e i servizi pubblici. Infatti, le nuove tecnologie semplificano il lavoro degli avvocati, fornendo un modo facile e affidabile per trovare lo statuto, la legge, i regolamenti, le decisioni dei tribunali; un modo facile per effettuare ricerche di dati e trattare le informazioni. In sintesi, possiamo dire che ci troviamo di fronte a un cambiamento nel comportamento di tutti gli attori giuridici (giudici, amministrazione, studi legali)⁵. Ci si potrebbe anche chiedere se ci sia ancora spazio per la teoria e la filosofia del diritto. O se un eccesso di informazioni possa portare a una riduzione del diritto. Come evitare che la banalizzazione delle macchine trasformi i loro utenti in "macchine in carne e ossa"?

3) L'uso dell'IA e delle nuove tecnologie solleva problemi giuridici specifici in ciascuno dei settori del diritto. Solo per evidenziare alcuni dei più rilevanti nel diritto pubblico: a) nei diritti fondamentali: il diritto all'autodeterminazione digitale, il diritto di accesso, di modifica, di cancellazione dei dati digitali, il diritto all'oblio; b) nel diritto amministrativo: le decisioni amministrative prodotte in massa,

³ B. Patino, *Submersão*, cit., 42.

⁴ J.M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, in 90(7) *Mich. L. Rev.* 1-19 (1992). Vedi anche: V. Pereira da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura*, Coimbra, 2007, 21-25.

⁵ J.M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, cit., 1-19. Vedi anche: V. Pereira da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito*, cit., 21-25.

l'autorizzazione e i limiti dell'automazione, le procedure digitali, gli algoritmi e il loro controllo (amministrativo e giudiziario), le forme giudiziarie di controllo delle decisioni digitali.

4) Problemi specifici dell'insegnamento del diritto. L'uso dell'IA e delle nuove tecnologie è rilevante anche per l'insegnamento e l'apprendimento del diritto. Strumenti pedagogici come PowerPoint, pagine web, blog, riviste v-Law, lezioni e conferenze a distanza, giochi (educativi), questionari elettronici, sono oggi ben noti in tutte le facoltà e scuole di giurisprudenza. Soprattutto durante la pandemia di COVID-19 (che è ormai passata, ma potrebbe tornare), le lezioni sono state tenute esclusivamente o principalmente tramite videoconferenza e tutte le forme digitali interattive di insegnamento sono state utilizzate quotidianamente⁶. Più specificamente, l'IA semplifica i compiti di ricerca e la redazione di articoli scientifici. Tuttavia, l'uso di strumenti come ChatGPT potrebbe non essere sempre in grado di fornire le risposte più adeguate, tendendo a inventarle in queste situazioni, e potrebbe anche essere utilizzato in modo improprio, favorendo la "frode accademica". È quindi una sfida per la pedagogia moderna trovare i modi migliori per potenziare l'uso dell'IA, "dentro" o "fuori" dall'aula, riducendo al minimo i suoi difetti e inconvenienti. Tutto ciò dimostra chiaramente l'importanza di un approccio pedagogico più orientato al "problema del diritto" che allo "studio teorico" della dottrina, e più interessato a scoprire "come fare" piuttosto che "come risolvere", come hanno sottolineato Fenge, Cramer-Franck, Westphalen⁷.

2. IA e diritto costituzionale

In questo argomento sull'IA e il diritto costituzionale, affronterò tre punti, che sono i seguenti:

- A) È necessario un approccio alla cultura costituzionale che includa le neuroscienze e questioni simili.
- B) Stato post-sociale e diritto costituzionale senza frontiere.
- C) Nuovi diritti fondamentali digitali

A) Approccio alla teoria costituzionale

I cambiamenti tecnologici richiedono un rinnovamento dell'approccio teorico al diritto costituzionale. Attualmente, il legislatore deve comprendere i cambiamenti nella realtà per poter applicare la "legge giusta" al caso in questione.

Viviamo in una "società postmoderna", caratterizzata da "pratiche industriali e meccanismi di produzione di massa", applicati non solo agli oggetti materiali (automobili, computer) ma anche ai "prodotti spirituali"

⁶ Per l'approccio ELPIS ai nuovi metodi pedagogici, cfr. C.F. Germelmann (Ed), *Innovative Teaching in European Legal Education - International Conference within the Framework of the 2019 ELPIS Network Meeting*, Baden-Baden, 2021. Cfr. anche V. Pereira da Silva, *"My Fair Lady": Introductory Lecture*, in C.F. Germelmann (Ed), *Innovative Teaching in European Legal Education - International Conference within the Framework of the 2019 ELPIS Network Meeting*, Baden-Baden, 2021, 41-53.

⁷ H. Fenge, B. Cramer-Franck, T. Westphal, *Legal Education and Training in Europe – Germany*, in 2(1) *Int'l J. Legal Pro.* 95, 96 (1995).

come il diritto, le arti e la musica, l'informazione e la conoscenza, e tutti i tipi di servizi della mente⁸. Così come in passato "era impossibile comprendere il modernismo senza comprendere l' e rivoluzione industriale", oggi è "impossibile comprendere il postmodernismo senza comprendere i cambiamenti culturali e tecnologici"⁹.

Di conseguenza, è necessaria una visione più ampia per gli attori giuridici, che deve includere un punto di vista "culturalista". Gli attori giuridici devono comprendere sia la "legge nei libri" che la "legge in azione", devono combinare valori, principi e interessi con statuti, regolamenti e fatti.

In questa prospettiva "culturalista", è possibile una molteplicità di approcci. Peter Häberle vede il "diritto come cultura" e quindi intende la "teoria costituzionale come una scienza culturale" (e non solo come una scienza economica o sociale). E sottolinea la necessità di comprendere sia il diritto che la società, "la cultura del diritto" e "il diritto della cultura", per rendere effettiva "una costituzione aperta per una società aperta"¹⁰.

Diversa, ma complementare, è la posizione dei "critici del diritto", noti anche come "studi giuridici critici" o "giurisprudenza postmoderna"¹¹. Questa corrente dottrinale cerca di ottenere il contributo di numerose altre discipline del sapere per una corretta comprensione del diritto. In questo sforzo di mescolare diverse scienze con la scienza del diritto, sono state sperimentate diverse combinazioni: "law as literature"¹², "law (or justice) as translation"¹³, "law as music", "law as performative art" (o "law as performing art")¹⁴.

Personalmente, cerco sempre di combinare diversi approcci culturali, come ho già fatto in alcuni dei miei scritti: a) "law as culinary", un approccio al diritto amministrativo come una "ricetta", intendendo i "poteri imperativi e discrezionali come un libro di ricette", considerando la "norma arbitraria e

⁸ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, cit., 9. Vedi anche: V. Pereira da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito*, cit., 16-24.

⁹ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, cit., 11 e 12. Vedi anche: V. Pereira da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito*, cit., 16-24.

¹⁰ P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlino, 1998; *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000, 61-62.

¹¹ J. Boyd White, *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, 1985; Id., *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, 1990; Id., *The Edge of Meaning*, Chicago, 2001; C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence - The Law of Text in the Texts of the Law*, Londra-New York, 1991; I. Ward, *Law and Literature*, in 4(1) *Law & Critique*-(*Springer Philosophy of Law Journal*) 43 (1993); Id., *Introduction to Critical Legal Theory*, 2ª ed., Londra- Sidney-Portland, Oregon, 2004; G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995; K. Luederssen, *Produktive Spiegelungen: Recht in Literatur, Theater und Film*, 2ª ed., Baden-Baden, 2002; S. Levinson, J.M. Balkin, *Law, Music and other Performing Arts*, in 139 *U. Pa. L. Rev.* 1597 (1991); J.M. Balkin, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale, 1998; J. M. Balkin, S. Levinson, *Law as Performance*, in <https://jackbalkin.yale.edu/law-performance>, 1 ss.; J.M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in 20 *Cardozo L. Rev.* 1513 (1999).

¹² J. Boyd White, *Heracles' Bow*, cit., 122-123.

¹³ J. Boyd White, *Justice as Translation*, cit., 229.

¹⁴ J. M. Balkin, S. Levinson, *Law as Performance*, cit., 1. Vedi anche J. M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting Law and Music*, cit., 1513 ss.

capricciosa" come una sorta di "esperienza gourmet"; b) il "diritto come cinema"¹⁵, cercando di comprendere i problemi del diritto ambientale attraverso un elenco di "film ambientali"; c) il "diritto come psicoanalisi", che è il titolo di uno dei miei libri, in cui cerco di mettere il "diritto processuale amministrativo sul divano della psicoanalisi".

Attualmente, le esigenze derivanti dai cambiamenti nel campo dell'intelligenza artificiale e delle nuove tecnologie richiedono l'utilizzo di nuove discipline scientifiche, nonché un ricorso più intenso al metodo culturalista, pena l'incomprensione delle attuali tendenze del diritto. Pertanto, abbiamo anche bisogno di studiare e di considerare nei nostri studi, tra le tante altre, le seguenti approcci scientifici:

- La sociologia dei media è attualmente un approccio scientifico rilevante per il diritto e la politica. Infatti, i media hanno prodotto enormi cambiamenti nel funzionamento delle istituzioni. Quando guardiamo al Parlamento, all'Amministrazione, ai Tribunali, ai partiti politici, assistiamo prima a un movimento "dai giornali alla televisione" (Balkin), e poi a un altro movimento "dalla televisione a Internet" ("YouTube", "Facebook", "my space", "blog", "app", "twitter" e tutti i tipi di social network). E tutti questi movimenti trasformano il modo in cui il discorso viene fatto e diffuso dal "marketing politico", dai "sound-bytes", dai "law-bytes" e dalle "fake news". Se guardiamo a un recente episodio americano, dopo le ultime elezioni presidenziali, l'assalto al Campidoglio, assistiamo a un mix di social network su Internet con discorsi in diretta (come quello del Presidente) di comizi politici, che combinano "discorsi di odio" e "notizie false" e fanno appello all'"irrazionalità del comportamento delle masse".

- Le neuroscienze come nuova strada per il diritto pubblico. Si veda David Eagleman, che studia il cervello e lo applica a strumenti digitali per valutare le decisioni giuridiche. Ha scoperto che il cervello "non è totalmente preprogrammato, ma si modella attraverso l'interazione con il mondo. Man mano che cresciamo, riscriviamo costantemente i circuiti del nostro cervello per affrontare le sfide, cogliere le opportunità e comprendere le strutture sociali che ci circondano". Ciò dimostra "come i nostri cervelli riconfigurino incessantemente i propri circuiti", in un processo che egli definisce "live wired", applicabile agli strumenti digitali¹⁶. Dirige un " "Center for Science and Law", con sede presso l'Università di Stanford, definito "indipendente senza scopo di lucro", concepito per "sfruttare la tecnologia per colmare il divario tra neuroscienze e diritto, e sfruttare la scienza dei dati e la ricerca giuridica per far progredire la giustizia". Uno degli strumenti sviluppati da questo Centro è il "Neurocognitive Risk Assessment" (NCR), uno strumento scientifico "per misurare il processo decisionale", che può essere utilizzato "per identificare i criminali con maggiore probabilità di commettere un altro reato"¹⁷, un mezzo molto utile per la valutazione dei tribunali nei processi penali.

¹⁵ S. Greenfield, G. Osborn, P. Robson, *Film and the Law*, Londra-Sidney, 2001. Vedi anche M. Á. Presno Linera, B. Rivaya, *Una Introducción Cinematográfica al Derecho*, Valencia, 2006.

¹⁶ D. Eagleman, *Livewired - The Inside Story of Ever-changing Brain*, New York, 2020; Id., *O Cérebro em Ação - Nos Bastidores do Cérebro em Constante Mudança*, Alfragide, 2021, 15-66.

¹⁷ Vedi scilaw.org/.

- La probabilità e la statistica sono sempre più utili per comprendere i fenomeni legati ai "nuovi compiti" delle autorità pubbliche, come l'automazione, gli algoritmi o anche l'ambiente. Sono sempre più utili per affrontare la questione della causalità nel campo della responsabilità civile¹⁸, in particolare nella responsabilità ambientale (e in altre situazioni di rischio). Infatti, la "teoria della causalità adeguata del diritto ambientale" non sempre può significare la ricerca del fatto concreto remoto in una complessa catena di cause, ma può essere sostituita da un ragionamento di probabilità e statistica per determinare la causa o le cause prevedibili dei fatti.

B) Stato post-sociale e diritto costituzionale senza frontiere

L'IA e le nuove tecnologie hanno anche conseguenze sulla "comprensione e la pratica del diritto, della costituzione, dei diritti umani e della democrazia". In sintesi, dobbiamo "comprendere come la cultura e le tecnologie postmoderne abbiano influenzato il diritto come istituzione"¹⁹.

A mio avviso, fino ad oggi abbiamo assistito alle seguenti fasi nell'evoluzione dello Stato moderno e di altre organizzazioni pubbliche²⁰:

- Lo Stato liberale (XVIII e XIX secolo) è caratterizzato da una filosofia non interventista dei poteri pubblici nella società civile, che riduce i compiti pubblici e garantisce i diritti di libertà e proprietà attraverso la sicurezza pubblica (la "prima generazione" di diritti fondamentali).

- Lo Stato sociale o Welfare State (fine del XIX secolo e prima metà del XX secolo, fino agli anni '70) è caratterizzato dall'assunzione di nuovi compiti da parte dei poteri pubblici nei settori dell'economia, della società e della cultura, svolti principalmente attraverso la "Amministrazione Prestatrice di Servizi" (*Leistungsverwaltung* di Bachof²¹), dando origine al nuovo modello di diritti fondamentali economici, sociali e culturali (la "seconda generazione" di diritti fondamentali).

- Lo Stato post-sociale, in cui viviamo attualmente (dagli anni '70 ad oggi), costituisce una risposta costituzionale alla crisi dello Stato sociale, privilegiando un modello di programmazione e regolamentazione delle politiche pubbliche, nonché la cooperazione tra l'"Amministrazione infrastrutturale" (*"Infrastruktur Verwaltung"*, di Heiko Faber²²) e i cittadini e la società civile. Oltre alla nascita di nuovi diritti fondamentali, in particolare nei settori dell'ambiente e delle nuove tecnologie, per la protezione contro nuove violazioni della dignità della persona umana, nonché alla consacrazione dei diritti fondamentali di natura procedurale

¹⁸ M. Finkelstein, *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York, 2009.

¹⁹ J.M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, cit., 13.

²⁰ V. Pereira da Silva, *Festre de von Prof. Dr. Dr h.c. (Hannover) Vasco Pereira da Silva, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der LUH am 2. November 2018*, in H. Fenge, C.F. Germelmann, B.H. Oppermann, V. Pereira da Silva (Eds), *International Legal Studies IV*, Halle in der Saale, 2019, 232-253.

²¹ O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 30, Berlino, 1972, 277.

²² H. Faber, *Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft*, in S. Ekkehart, H. Faber (Eds), *Auf einem Dritten Weg - Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag*, Monaco di Baviera, 1989, 291; Id., *Verwaltungsrecht*, 3^a ed., Tubinga, 1992.

(creazione di uno *status activus processualis*, secondo Häberle), dando origine a un'altra generazione di diritti fondamentali (la terza, secondo il mio albero genealogico).

Dopo il primo periodo della sua implementazione e il periodo successivo in cui il modello di Stato ha dovuto affrontare la crisi finanziaria e ha imposto la regola del "bilanciamento di bilancio" (2008), oggi, dopo la pandemia di COVID-19 (2020), possiamo parlare di un nuovo periodo dello Stato post-sociale, con una rinnovata enfasi sulla protezione dell'ambiente (il tema della "lotta ai cambiamenti climatici" è ora diventato più cruciale) e l'espansione e la regolamentazione dell'IA e del digitale in modo sicuro e rispettoso dei diritti umani, sono visti come i due principali scopi o obiettivi dei poteri dello Stato. Insieme a questi due obiettivi principali, anche il compito pubblico di tutela della salute, dopo la crisi pandemica, ha acquisito una dimensione costituzionale essenziale tra gli altri compiti dello Stato (Vedi i piani europei e nazionali per la ripresa e la resilienza)²³.

Tornando alla questione dell'IA e delle nuove tecnologie, dobbiamo tenere conto sia della loro dimensione individuale che di quella collettiva o sociale. Infatti, il mondo digitale sta passando dall'uso individuale di Internet ai social media e alle aziende tecnologiche, e questa doppia dimensione comporta rischi e minacce crescenti per i diritti fondamentali, la democrazia e la Costituzione. Come sottolinea Francisco Balaguer Callejón, «sono molti i settori in cui i social network hanno generato disfunzioni dal punto di vista costituzionale e democratico. Dai diritti fondamentali ai processi elettorali, passando per la configurazione dell'ordine costituzionale, in un contesto in cui le condizioni di spazio e tempo sono cambiate a causa della globalizzazione e dello sviluppo tecnologico. Stanno emergendo nuovi orientamenti culturali e nuovi paradigmi e il loro impatto sul costituzionalismo è molto ampio»²⁴.

Ci troviamo di fronte a un problema globale e multiforme che richiede risposte giuridiche da tutte le fonti e a tutti i livelli: internazionale, nazionale, regionale e locale. Dal punto di vista costituzionale, si tratta di una questione che riguarda: il costituzionalismo globale, la Costituzione europea e le costituzioni nazionali²⁵, e deve essere considerata in una duplice dimensione: oggettiva (principi costituzionali, obiettivi, compiti dei poteri pubblici) e soggettiva (diritti fondamentali, tutela della dignità umana). Come già accennato, «la novità è l'emergere di questioni costituzionali "al di là dello Stato"»²⁶, è il superamento delle distinzioni formali tra diritti umani e diritti

²³ Cfr. V. Pereira da Silva, "The European Union's Extraordinary Measures facing the Actual Economic Crisis and the Difficulties of the Member States" *ELPIS Joint Conference Introductory Speech (Handout)*, in <http://www.elpisnetwork.eu/wp-content/uploads/2021/02/Prof.-Vasco-Pereira-da-Silva-Joint-Conference-Introductory-Speech-final-version.pdf>.

²⁴ F. Balaguer Callejón *Redes Sociales, Companias Tecnológicas y Democracia (Social networks, technological companies and democracy)*, in *ReDCE*, 2019, 32, https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm.

²⁵ Cfr.: V. Pereira da Silva, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras (Diritto costituzionale e amministrativo senza frontiere)*, Coimbra, 2020.

²⁶ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma, 2006.

fondamentali, è il tentativo di costruire un "costituzionalismo globale" o un "costituzionalismo europeo", accanto al costituzionalismo statale»²⁷.

C) Nuovi diritti fondamentali digitali in una prospettiva globale

La storia dei diritti fondamentali mostra la necessità di adottare una nozione flessibile e mutevole, in cui le successive "generazioni", seguendo l'evoluzione dell' i diversi modelli di Stato, cercano di rispondere alle sfide e alle minacce che la dignità della persona umana ha subito nel corso del tempo. Come abbiamo appena detto, nella terza generazione di diritti, nata con lo "Stato post-sociale", l'informazione e le nuove tecnologie, insieme all'ambiente e alla tutela della salute, non sono solo i valori costituzionali più "in voga", che stabiliscono obiettivi, principi e compiti per l'azione dello Stato, ma danno anche origine a nuovi diritti fondamentali: il diritto di accesso ai dati, all'autodeterminazione digitale, alla protezione dei dati; il diritto all'ambiente; i diritti di protezione della persona umana nel campo della genetica e della biotecnologia; i diritti procedurali.

Nell'ambito del costituzionalismo globale, per quanto riguarda i diritti all'informazione e le nuove tecnologie, esiste una "Carta dei diritti umani e dei principi per Internet", creata dal forum delle Nazioni Unite sulla governance di Internet (un nuovo soggetto internazionale costituito da "molteplici parti interessate": governi, imprese e gruppi della società civile)²⁸.

A mio avviso, questa Carta, indipendentemente dalla sua natura e dal suo valore formale, ha un contenuto materiale costituzionale che ci permette già di parlare di "Diritti digitali fondamentali senza frontiere", come "principi generali impliciti dell'ordine internazionale o globale, pronti per essere applicati nelle relazioni private e pubbliche, nonché implementati e verificati da organi amministrativi e giudici". In alternativa, "si può anche sostenere che questi principi impliciti dei diritti all'informazione digitale derivano dai valori etici più profondi della comunità internazionale, e quindi fanno parte della cosiddetta versione moderna dello "ius cogens". Oppure, in un'altra alternativa dogmatica, è anche possibile affermare che questi diritti digitali fondamentali sono il risultato (o sono in fase di elaborazione) di "una pratica consuetudinaria internazionale, come un comportamento ripetuto con la convinzione generale della sua natura obbligatoria che va oltre i testi giuridici (anche se da essi deriva)"²⁹.

Non si tratta di una Costituzione unica per tutto l'ordinamento giuridico globale di cui stiamo parlando ³⁰. Si tratta piuttosto della "manifestazione di un fenomeno costituzionale senza frontiere, nella misura in cui gli individui sono considerati soggetti dell'ordinamento giuridico globale, dove esiste un'applicabilità diretta delle norme sui diritti umani alle relazioni giuridiche interne e dove abbiamo anche una protezione giuridica soggettiva conferita da veri e propri tribunali, costituiti in conformità con

²⁷ V. Pereira da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito*, cit., 42.

²⁸

Cfr.

https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLBJKJ0v_0sUHHRNEaUzKzp2dFr_/view.

²⁹ V. Pereira da Silva, *Costituzione Verde. Il diritto fondamentale all'ambiente*, in J. Cremades, C. Hermida (Eds), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Cham (in corso di pubblicazione).

³⁰ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit., 187.

l'ordinamento internazionale, che difendono i cittadini anche contro le azioni e le omissioni dei propri Stati. Ci troviamo di fronte a fenomeni di "costituzionalismo multilivello", distinti a seconda del livello regionale, nazionale, federale, europeo e globale in questione (Ingolf Pernice³¹) o, se preferiamo, a questioni di compatibilità delle "costituzioni parziali" (nel campo ristretto dei diritti umani/fondamentali) a tutti i livelli dell'ordinamento giuridico (Peter Häberle³²)³³.

3. Diritto costituzionale e amministrativo europeo e nazionale

A livello della Costituzione europea, esiste la "Carta dei diritti fondamentali", che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8), che include anche il diritto di accesso e di rettifica dei dati e la garanzia di controllo da parte di un'autorità indipendente³⁴. La Carta europea dei diritti fondamentali fa parte della "Costituzione europea" (almeno in senso materiale), ma ciò non significa che si possa (o si debba) parlare di uno "Stato europeo"³⁵.

Oltre alla Carta, esistono altri testi formalmente legislativi di livello materialmente costituzionale e altri che sono solo regolamenti amministrativi che stabiliscono diritti fondamentali in materia di informazione e nuove tecnologie, come ad esempio

- Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre, relativa al (revisione del) quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica³⁶.

- Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre, relativo all'accesso a Internet aperto³⁷.

2129

³¹ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI - Paper 2/09, 2009, <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2009/whi-paper0209-2.pdf>. Cfr. *Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously*, in R. Hofmann, S. Kadelbach (Eds), *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, Francoforte-New York, 2016, 151.

³² P. Häberle, *El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis*, in *Dir. Públ.*, 2013, 54, 9.

³³ V. Pereira da Silva, *Costituzione Verde. Il diritto fondamentale all'ambiente*, cit.

³⁴ Articolo 8 (Protezione dei dati personali) 1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati in modo leale, per finalità specifiche e con il consenso della persona interessata o con un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto delle presenti norme è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

³⁵ V. Pereira da Silva, *Festre de von Prof. Dr. Dr. h.c. (Hannover) Vasco Pereira da Silva, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der LUH am 2. November 2018*, cit., 13.

³⁶ Vedi: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:en:PDF>.

³⁷ Vedi: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG.

- Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile, relativo al regolamento generale sulla protezione dei dati³⁸.

- Direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre, relativa al codice europeo delle comunicazioni elettroniche³⁹.

- Bilancio a lungo termine dell'UE e Prossima generazione UE (2021-2027)⁴⁰, sul Patto europeo per la ripresa e la resilienza, in cui l'ambiente, il digitale e la salute sono considerati obiettivi essenziali dell'UE⁴¹.

Più recentemente sono stati introdotti altri due regolamenti europei specifici relativi all'IA;

- Il regolamento (UE) 2022/1925, comunemente denominato Digital Markets Act (DMA), è un regolamento dell'UE che mira a rendere l'economia digitale più equa e contendibile (il regolamento è entrato in vigore il 1° novembre 2022 ed è diventato applicabile, nella sua maggior parte, il 2 maggio 2023).

- Il Digital Services Act (Regolamento (UE) 2022/2065, DSA) è un regolamento della legislazione UE che mira ad aggiornare la direttiva sul commercio elettronico del 2000 per quanto riguarda i contenuti illegali, la pubblicità trasparente e la disinformazione.

Le norme europee stabiliscono diritti e obblighi per tutti gli attori del mercato digitale, meccanismi di monitoraggio e controllo e sanzioni in caso di inadempienza. L'applicazione di queste norme, anche se con effetto immediato, può richiedere una legislazione nazionale complementare, nonché direttive di agenzie nazionali indipendenti dai governi per regolamentare meglio i mercati e gli attori digitali, e sanzioni nazionali (che non possono essere così "aperte" - le cosiddette "norme penali generali" - come quelle europee, in particolare nella "misura della pena", , pena la possibilità che la loro costituzionalità possa essere messa in discussione dai tribunali nazionali). Dovremo quindi attendere ancora un po' per vedere l'efficacia di queste nuove misure europee.

A livello nazionale, in Portogallo, l'articolo 35 della Costituzione sancisce i diritti fondamentali nel campo dell'informazione e delle nuove tecnologie. Infatti, la versione originale del 1976 si limitava a stabilire diritti in relazione agli archivi manuali, ma è stata estesa per coprire anche gli archivi digitali, dopo le revisioni costituzionali del 1982, 1989 e 1997. La Costituzione stabilisce in particolare: il diritto di accesso (per la revisione e l'aggiornamento) ai dati informatici (n. 1); la garanzia della protezione dei dati personali attuata attraverso un'autorità amministrativa indipendente (n. 2); il divieto di utilizzare dati personali di qualsiasi tipo (filosofici, religiosi, privati, di origine etnica) se non legalmente autorizzati con garanzie di non discriminazione o per trattamento statistico (n. 3); il divieto di accesso da parte di terzi, salvo casi eccezionali previsti dalla legge (n. 4); il divieto di

³⁸ Vedi: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng>.

³⁹ Vedi: dir. UE n. 1972/2018 del P.E. e del Cons. del 11-12-2018, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L1972>.

⁴⁰ Vedi: https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027_en

⁴¹ Vedi V. Pereira da Silva, *"The European Union's Extraordinary Measures facing the Actual Economic Crisis and the Difficulties of the Member States"*, cit.

creare un numero unico nazionale (n. 5); il diritto di accesso alle reti informatiche pubbliche, ad eccezione dei dati personali e dei dati di interesse nazionale (n. 6); l'estensione della protezione dei dati digitali anche ai fascicoli manuali (n. 7).

Recentemente (Legge n. 27/2021, del 17 maggio) è stato introdotto un nuovo strumento, la "Carta dei diritti umani nell'era digitale", formalmente una semplice legge ma materialmente di contenuto costituzionale. La legge è stata approvata all'unanimità dall'Assemblea della Repubblica e immediatamente promulgata dal Presidente della Repubblica.

La Carta era una buona idea, ma con problemi di applicazione. Subito dopo la votazione, sui media è iniziato un vivace dibattito sui pericoli della libertà di espressione e dell'intervento dello Stato nel digitale, nonché alcune critiche ai poteri di controllo attribuiti all'Alta Autorità per i Media, considerata non veramente indipendente.

Il 29 luglio (2021), il Presidente della Repubblica ha deciso di deferire l'articolo 6 della Carta alla Corte costituzionale, invocando i seguenti motivi:⁴²

- Definizione giuridica del concetto di disinformazione. Secondo il Presidente, sussistevano problemi di densificazione e determinazione dei concetti; rischi di collisione delle disposizioni legali con il contenuto della libertà di informazione e altri principi costituzionali; problemi di proporzionalità delle misure restrittive dei diritti fondamentali.

- Poteri sanzionatori dell'autorità amministrativa indipendente. Secondo il Presidente, la legge ha utilizzato concetti vaghi e indeterminati per definire i poteri dell'autorità amministrativa indipendente. È stata inoltre sottolineata la necessità di evitare situazioni di censura.

- Strutture di verifica dei fatti e marchi di qualità. La legge non indica quali siano le strutture responsabili della verifica della veridicità dei fatti riportati dai mezzi di comunicazione sociale per attribuire "marchi di qualità", né quali siano le loro competenze.

A seguito del veto del Presidente e delle argomentazioni da lui addotte, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'articolo 6. Il Parlamento ha quindi proposto una nuova formulazione della Carta, più conforme alla Costituzione, ma anche meno ambiziosa nei suoi obiettivi, poiché si limita a stabilire alcuni principi di base e rimanda a una legge di regolamentazione (che ancora non esiste). Considerate le aspettative iniziali, i risultati di questa nuova Carta Digitale si sono rivelati piuttosto deludenti.

4. IA e diritto amministrativo

Per quanto riguarda il diritto amministrativo, «le nuove possibilità offerte dalle moderne tecnologie elettroniche dell'informazione e della comunicazione aprono nuove dimensioni, finora inimmaginabili, all'attività della pubblica amministrazione», in particolare per quanto riguarda il «trattamento elettronico dei dati e la comunicazione via Internet». Si è così passati dal semplice «utilizzo dell'elettronica» («Elektronisierung») o dal

⁴² Cfr. Pagina ufficiale della Presidenza della Repubblica portoghese – Attualità, <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/07/artigo-sexto-da-carta-portuguesa-dos-direitos-humanos-na-era-digital/#main-content>.

«trattamento automatizzato dei dati» da parte delle istituzioni pubbliche a una nuova fase di «digitalizzazione dell'amministrazione» e di «tutti i settori della vita», dando origine a un vero e proprio «governo elettronico»⁴³.

Un elemento caratteristico tipico dello Stato post-sociale in cui viviamo è la moltiplicazione delle decisioni dell'amministrazione che derivano dall'uso delle macchine⁴⁴. Dalla regolamentazione del traffico alla liquidazione delle imposte, passando per l'assegnazione di stipendi e pensioni, fino agli algoritmi che determinano i criteri decisionali, il fenomeno dell'"amministrazione attraverso le macchine"⁴⁵ aumenta di giorno in giorno. All'inizio, il primo problema in materia era quello di capire come conciliare il linguaggio del diritto amministrativo con i linguaggi delle nuove tecnologie.

La prima soluzione per risolvere il problema della compatibilità è stata la "teoria dei due livelli" (tedesca) ("Zwei-Stufen Lehre")⁴⁶. Essa si basava sull'idea che dovesse esserci una separazione tra l'attività umana dei poteri pubblici e l'attività meccanica, essendo la prima un'attività giuridica che poteva essere controllata dai giudici e la seconda un'attività tecnica, che non poteva quindi essere soggetta alle norme giuridiche.

Nella discussione suscitata da questa "teoria schizofrenica", le critiche principali erano le seguenti

- L'emissione di decisioni da parte dei computer è programmata da esseri umani perché i computer non funzionano da soli. La responsabilità della decisione del computer è quindi la responsabilità della persona o delle persone che lavorano con la macchina. Pertanto, dal punto di vista giuridico, non dovrebbe esserci alcuna differenza tra l'amministrazione "tramite macchine" e quella "manuale" in materia.

- Il diritto amministrativo si occupa delle decisioni prodotte da "organismi pubblici", ovvero le decisioni sono prodotte da una persona nell'esercizio di competenze pubbliche. Pertanto, la decisione amministrativa è una decisione istituzionale "fittizia", imputabile a un'autorità e non alla persona che l'ha presa. Le decisioni pubbliche non sono decisioni personali, ma decisioni prese da persone e macchine che agiscono "sotto l'egida" di un ente pubblico (come dice la dottrina americana). Dal punto di vista del diritto amministrativo, è irrilevante che le decisioni siano prese da un computer o da una persona, l'importante è sapere se sono legali o meno. In sintesi, si può dire che le norme giuridiche sono applicabili sia alle decisioni informatiche sia alle decisioni delle persone che utilizzano competenze pubbliche o agiscono "sotto il cappello" di organismi pubblici. Al contrario, la "teoria dei due livelli" era "orientata alla "volontà" degli agenti amministrativi e non alle competenze e agli obiettivi degli organismi pubblici"⁴⁷.

⁴³ H. Maurer, C. Whaldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20^a ed., Monaco, 2020, 502-503.

⁴⁴ Cfr.: V. Pereira da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, 481-488.

⁴⁵ W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Monaco, 1982, 254.

⁴⁶ K. Zeidler, *Über die Technisierung der Verwaltung - Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, 1959.

⁴⁷ P. Badura, *Das Verwaltungsverfahren*, in H.-U. Erichsen, W. Martens (Eds), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9^a ed., Berlino-New York, 1992, 469.

Queste critiche sono appropriate, anche se alcune delle preoccupazioni della "teoria dei due livelli" erano corrette, in particolare l'idea della necessità di una regolamentazione speciale per le decisioni amministrative prodotte dalle macchine. Esistono infatti problemi giuridici specifici dell'"amministrazione tramite macchine" che non possono essere ignorati, quali: l'istituzione di una comunicazione elettronica giuridicamente vincolante tra i cittadini e l'amministrazione in alternativa ai mezzi tradizionali, la tipizzazione dei modelli di procedura digitalizzati, la forma degli atti amministrativi, i limiti della digitalizzazione e le norme di protezione speciale dei cittadini. L'amministrazione tramite macchine non può significare un'"elusione della legge", pertanto deve esistere una regolamentazione speciale per essa, parallelamente all'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa⁴⁸.

Tornando al problema della compatibilità tra diritto e macchine, dobbiamo concludere che problemi uguali richiedono un trattamento uguale, per cui «un risultato informatico è un atto amministrativo, un programma informatico è un regolamento amministrativo»⁴⁹. La conseguenza di questa conclusione è che l'amministrazione tramite macchine deve essere soggetta a norme amministrative generali e speciali, in tutti i settori del diritto sostanziale, processuale e procedurale.

Nel campo della giustizia amministrativa, una novità è la crescente ammissibilità delle questioni digitali e dell'intelligenza artificiale nei tribunali. Pertanto, nonostante l'inesistenza di norme procedurali speciali per le questioni digitali e l'intelligenza artificiale, esiste uno spazio di contenzioso giudiziario per tali materie⁵⁰. Come per qualsiasi altra decisione amministrativa, qualsiasi individuo deve poter ricorrere ai tribunali per chiedere l'annullamento, la condanna o qualsiasi altra misura contro l'azione digitale dell'amministrazione, compresa la reazione contro un algoritmo illegale⁵¹.

In Portogallo, la base giuridica per il controllo del comportamento amministrativo digitale è l'articolo 268, paragrafo 4, della Costituzione, che sancisce il diritto fondamentale di accesso ai tribunali nella giustizia amministrativa, stabilendo la possibilità di reagire contro qualsiasi azione amministrativa in senso materiale. La norma costituzionale determina la «disconsiderazione della forma dell'atto amministrativo per consentirne il controllo giurisdizionale», il che significa che il comportamento digitale dell'Amministrazione deve ricevere lo stesso trattamento riservato a tutte le altre forme di atto amministrativo. Allo stesso modo, l'articolo 52, paragrafo

⁴⁸ Si vedano a questo proposito le successive riforme del Codice di procedura amministrativa tedesco in materia di diritto amministrativo digitale (l'ultima delle quali risale al 4/12/2023), in F. O. Kopp, U. Ramsauer, *VwVfG Kommentar*, 25^a ed. Monaco, 2024. In particolare, cfr. commento § 3^a «Comunicazione elettronica» («Elektronische Kommunikation»), 189 ss.

⁴⁹ P. Badura, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 468.

⁵⁰ J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (Eds), *The Challenges of Digital Communication for the State and its Democratic State Form*, Baden-Baden, 2021.

⁵¹ I. Kucina, *Algorithms in Courts and Predictive Justice*, in J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (Eds), *The Challenges of Digital Communication for the State and its Democratic State Form*, Baden-Baden, 2021, 27.

1, del Codice di procedura amministrativa stabilisce che «l'impugnabilità degli atti amministrativi non dipende dalla loro forma».

Tuttavia, al di là di questa disposizione generale sull'ammissibilità dell'accesso alla giustizia, continuano a mancare norme speciali sul controllo giurisdizionale degli atti amministrativi che utilizzano mezzi digitali o intelligenza artificiale, nonché modalità specifiche di controllo giurisdizionale di tutte le forme di azione amministrativa.

Problemi particolari possono sorgere anche in materia di controllo giurisdizionale degli algoritmi, anch'esso necessitante di una regolamentazione specifica. Infatti, oggi (dopo la riforma del processo del 2002/2004) il giudice non si limita ad annullare le decisioni amministrative, ma ha anche il potere di definire i diritti e i doveri di entrambe le parti, nonché il potere di condannare o impartire ordini agli organi amministrativi. Sono quindi indispensabili norme specifiche per controllare gli algoritmi che (come i regolamenti) stabiliscono parametri decisionali suscettibili di generare azioni amministrative illegali. In caso contrario, il relativo controllo giurisdizionale rischia di essere più virtuale che effettivo.

Lo stesso vale per il procedimento amministrativo, in cui è necessaria una regolamentazione specifica per l'azione amministrativa attraverso le macchine e per l'uso dell'IA. Se guardiamo al Codice di procedura amministrativa (D. L. 442/91, del 15 novembre), nella sua versione originale, la situazione era la seguente: da un lato, l'articolo 2, n. 1 e 4 stabilisce che i principi generali dell'attività amministrativa sono applicabili anche all'attività tecnica e digitale dell'amministrazione; d'altro canto, tutte le norme del Codice sono state concepite per procedure non automatizzate, senza nemmeno considerare l'azione amministrativa prodotta digitalmente o l'uso dell'intelligenza artificiale.

Dal mio punto di vista, al contrario, come ho già sostenuto⁵², è necessaria una legislazione speciale in questo campo per i seguenti motivi:

a) L'automazione dell'amministrazione può entrare in conflitto con i diritti fondamentali. Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), della Costituzione della Repubblica portoghese, la possibilità di violazione dei diritti fondamentali deve essere disciplinata dalla legge.

b) La legge deve determinare il campo di applicazione e i limiti dell'automazione nella pubblica amministrazione. Pertanto, per quanto riguarda i limiti, la legge deve stabilire che l'esercizio dei poteri discrezionali, che impongono giudizi e scelte da parte dell'Amministrazione, debba essere sempre effettuato da individui, nell'ambito delle loro competenze (anche se assistiti da strumenti digitali o di IA)⁵³.

⁵²V. Pereira da Silva, *Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)*, in *Cadernos de Just. Admin.*, settembre/ottobre 2013, 101 (Número especial em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira), 83 ss.; V. Pereira da Silva, *"O Inverno do nosso descontentamento": As impugnações administrativas no projecto de revisão do CPA*, in *Cadernos de Just. Admin.*, 2013, 100 (XV Seminário de Justiça Administrativa), 120 ss.

⁵³ Analoga è la soluzione adottata dal § 35 a) del Codice di procedura tedesco, che stabilisce che un «atto amministrativo può essere emesso interamente con mezzi automatici, purché ciò sia consentito dalla legge e non si tratti dell'esercizio di un potere discrezionale né di alcun margine di valutazione ("ein Verwaltungsakt kann vollständig

c) È necessario non solo stabilire regole speciali per l'uso dei mezzi digitali in qualsiasi procedura amministrativa (generale), ma anche creare procedure speciali per gli atti amministrativi prodotti dal computer o con l'uso dell'intelligenza artificiale.

La riforma del Codice di procedura amministrativa del 2015 sancisce ora alcuni principi generali in materia digitale (fondamentalmente l'articolo 14 del Codice di procedura amministrativa). Secondo questo articolo ("Principi per la pubblica amministrazione nell'amministrazione elettronica"): 1) Gli organi e i servizi della pubblica amministrazione devono utilizzare mezzi elettronici nell'esercizio della loro attività, al fine di promuovere l'efficienza amministrativa, la trasparenza e la vicinanza agli interessati; 2) I mezzi elettronici utilizzati devono garantire la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità, l'autenticità, la riservatezza, la conservazione e la sicurezza delle informazioni; 3) L'uso dei mezzi elettronici, entro i limiti stabiliti dalla Costituzione e dalla legge, è soggetto alle garanzie previste dal presente Codice e ai principi generali dell'attività amministrativa; 4) I servizi amministrativi devono mettere a disposizione i mezzi elettronici necessari per stabilire un rapporto con la Pubblica Amministrazione e divulgarli in modo adeguato, affinché gli interessati possano utilizzarli nell'esercizio dei loro diritti e interessi legalmente tutelati, in particolare per formulare le loro richieste, ottenere e fornire informazioni, effettuare pratiche, presentare ricorsi, effettuare pagamenti e impugnare atti amministrativi; 5) Gli interessati hanno il diritto di accedere alle condizioni di parità ai servizi dell'Amministrazione e, in nessun caso, l'uso di mezzi elettronici può comportare restrizioni o discriminazioni impreviste per le persone che interagiscono con l'Amministrazione con mezzi non elettronici; 6) Quanto previsto al punto precedente non pregiudica l'adozione di misure di differenziazione positiva per l'utilizzo da parte degli interessati di mezzi elettronici nei loro rapporti con la pubblica amministrazione.

È stato un passo nella giusta direzione, ma non è stato sufficiente. Ecco alcuni problemi derivanti da questo regolamento:

- Alcune delle norme non sono adeguate né efficaci perché sono meramente dichiarative e prive di contenuto normativo (ad esempio, l'articolo 14, paragrafo 1, "Gli organi e i servizi della pubblica amministrazione devono utilizzare mezzi elettronici nell'esercizio della loro attività").

- Il Codice di procedura amministrativa non disciplina alcun tipo di procedura (in tutto o in parte) che sia effettuata per via digitale o che utilizzi l'intelligenza artificiale (né stabilisce un modello esemplare per tale applicazione). Tuttavia, sono più che necessarie norme specifiche per le procedure digitali o che comportano l'uso dell'intelligenza artificiale.

- La maggior parte delle norme attualmente in vigore non definisce i limiti derivanti dallo Stato di diritto e dalla tutela dei diritti fondamentali per l'utilizzo dei mezzi digitali o dell'intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione (ad esempio, ma non solo, in materia di esercizio dei poteri discrezionali).

In sintesi, è necessario prestare attenzione alla nuova realtà dell'amministrazione elettronica al fine di cercare di anticipare le risposte giuridiche adeguate per garantire lo Stato di diritto e i diritti fondamentali dei cittadini⁵⁴. Ma è altrettanto necessario garantire l'applicazione del "principio di buona amministrazione" alle azioni digitali e all'uso dell'intelligenza artificiale da parte delle autorità pubbliche. Allo stesso modo, i tribunali devono essere dotati dei mezzi e delle norme adeguati per un controllo efficace dell'Amministrazione, nonché di qualsiasi ente privato che possa mettere in discussione le regole di corretto utilizzo dei mezzi digitali e dell'intelligenza artificiale. E tutto questo in modo rapido, flessibile e modificabile, per poter rispondere alle esigenze imposte da una realtà in "permanente mutamento".

Come risulta da quanto detto, c'è ancora molto da fare nel campo del diritto e del processo amministrativo, per cui auspico una regolamentazione più completa e anche più adeguata delle questioni decisive e specifiche relative all'intelligenza artificiale nel diritto pubblico nazionale, europeo e globale. Speriamo anche che la suddetta necessità di creare norme nazionali per consentire la corretta applicazione delle norme europee (come del resto si sta cominciando a fare in numerosi paesi europei), così come il "Piano d'azione della strategia digitale nazionale per il 2026-2027" (contenuto nella "Resolução do Conselho de Ministros" n. 214/2025) possano costituire un'opportunità adeguata per procedere alla necessaria riforma del diritto portoghese, al fine di evitare il suo "sommersione" dall'universo dell'intelligenza artificiale.

Vasco Pereira da Silva
Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa
vasco.pereira.silva@sapo.pt

⁵⁴ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La Constitución del Algoritmo*, Saragozza, 2022.