

CONSIDERAZIONI CRITICHE SULLA PROPOSTA REGOLATIVA EUROPEA IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE CON ATTENZIONE AI PROFILI ATTUATIVI

di Daniela Piana e Gaetano Viciconte (*)

Abstract: La trasformazione digitale, unitamente agli sviluppi delle scienze matematiche, ha reso possibile la elaborazione di algoritmi e dispositivi che integrano la cosiddetta intelligenza artificiale all'interno di processi automatizzati o semi-automatizzati di decisione e di risoluzione di problemi complessi. Questa realtà ha avuto un esteso ed inedito impatto sulla amministrazione pubblica, sulla *governance* dei settori chiave per la vita del cittadino e sulle modalità con cui l'attore pubblico risponde alle domande di beni e servizi che vengono dalla società. La Commissione europea, avvalendosi di una traccia di stile regolativo già prospettata dal Gdpr, ha inteso promuovere, nel quadro di una serie di interventi regolativi tutti afferenti all'area "digital society", il Regolamento sull'intelligenza artificiale. Questo lavoro coniuga lo sguardo delle discipline del diritto con le metodologie di analisi del funzionamento delle istituzioni e dei processi di cambiamento per analizzare i principi sottesi a tale regolamento, le specificità attinenti l'utilizzo della classificazione dei contesti d'uso dell'IA, e per tratteggiare una prima analisi critica di quali condizioni debbano realizzarsi affinché l'azione regolativa divenga effettività funzionale al fine di assicurare la reale e concreta tutela dei diritti fondamentali del cittadino e il buon funzionamento della p.a.

Digital transformation, combined to the advancements of mathematics, has made possible the development of algorithms and tools allowing the integration of artificial intelligence within automated and semi-automated processes responding to complex problems or delivering decisions and choices. This state of the matter impacted heavily on the public administration, on the governance of sectors that are essential to the quality of life of citizens, and on the responses that public institutions offer to the requests of goods and services that societies address them. The European Commission, following upon the path traced by the GDPR, engaged, within the broad framework of a range of normative actions altogether related to the so called "digital society", a proposal for a Regulation of the artificial intelligence. This article combines the approach of legal disciplines to the analysis of the processes of change and the institutional functioning, to analyze the principles inspiring the Regulation, the distinctive approach based on a typology of use-contexts, and to provide readers with a critical review of the facilitating and the necessary conditions that must be in place to bridge from the formal adoption of a legally binding norm to the effectiveness of an institutional action enforcing and concretely protecting fundamental rights as well as the appropriate functioning of the public administration.

Sommario: 1. *Introduzione.* – 2. *La proposta di regolamento della Commissione europea sull'intelligenza artificiale.* – 3. *Il ruolo anticipatore della giurisprudenza italiana.* – 4. *I rapporti tra la disciplina in materia di protezione dei dati e la regolazione dei sistemi di intelligenza artificiale.* – 5. *Obiettivi molteplici e formanti giuridici non univoci.* – 6. *Il contesto di uso e la questione delle competenze di monitoraggio.* – 7. *Regolazione, giurisdizione, governance: una normatività modulare necessaria.* – 8. *Il controllo giurisdizionale e la responsabilità tecnica.*

1. *Introduzione*

Dinnanzi all'emergere di funzioni e fenomeni nuovi in un contesto di strategico orientamento verso il mantenimento di uno standard comune di integrazione del mercato a fronte di un contesto internazionale fortemente competitivo, la scelta europea è spesso stata quella della regolazione. Tale scelta risulta ancor più comparativamente attrattiva nel momento in cui l'obiettivo primario di armonizzare le regole del gioco fra gli Stati membri giustifica l'intervento delle istituzioni cosiddette comunitarie, come la Commissione e il Parlamento. Senza addentrarsi nella lettura, fuori dal perimetro di questo lavoro, delle dinamiche istituzionali e politiche proprie del triangolo europeo, l'iniziativa di agenda della Commissione tesa a promuovere un regolamento in materia di intelligenza artificiale, pur spiegandosi in termini strategici e politici, merita di essere osservata e valutata in termini più ampi, specificatamente attenti alle conseguenze di carattere economico e sociale e, ancor prima, alle implicazioni di ordine giuridico. Di fatto, per quanto sia stata svolta una ampia consultazione in preparazione della proposta di regolamento, la strada regolativa, congiuntamente con quella centrata sulla valutazione *a priori* del rischio e la consequenziale classificazione degli scenari regolandi sulla base di una segmentazione tipologica del rischio preventivo (il rischio connesso con la natura strutturale del dispositivo di IA utilizzato e del settore ove questo è applicato), richiedono una più approfondita disamina.

Questo articolo parte da una domanda e rappresenta il risultato concreto della risposta che ad essa è stata data. Gli autori si sono chiesti se fosse opportuno ragionare di un testo che, per quanto avanzato nella sua elaborazione, resta

(*) D. Piana è professore ordinario di Scienza politica all'Università di Bologna e componente del comitato scientifico dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato e del tavolo tecnico Ocese sulla giustizia; G. Viciconte è avvocato del Foro di Firenze e consulente dell'Osservatorio nazionale permanente sull'esercizio della giurisdizione.

una proposta, invece che un testo di legge. Nondimeno, è parso che l'impostazione strutturale dell'azione europea – per via regolativa, ventaglio di strumenti giuridici predisposti, natura del fenomeno regolato – giustificasse sin da ora una analisi critica. Il lavoro che segue parte dalla premessa offerta da questa risposta, declinata su tre punti. Il primo riguarda la più ampia domanda se la regolazione sia in grado di esaurire la normatività di cui si ha necessità nell'ambito della trasformazione indotta o coadiuvata dalla intelligenza artificiale. Il secondo punto riguarda di quale trasformazione si tratti e in che modo la fenomenologia dinamica ed evolutiva della stessa IA si coniughi con una impostazione normativa *top-down*. Il terzo punto attiene alla questione della centratura della regolazione sulle qualità della tecnologia, meno occupandosi delle forme di uso e della integrazione dell'IA nei processi decisionali che sono responsabili sia della erogazione di servizi, sia della adozione di azioni e decisioni aventi un impatto talvolta macroscopico sulla vita della società, dell'economia e di certo sui diritti e le libertà fondamentali dei cittadini.

Partendo dalla implicita ipotesi di lavoro secondo cui l'incontro fra tecnologia, o intelligenze tecnologiche, e azioni organizzate o individuali di natura umana è foriero di aspetti e conseguenze non del tutto prevedibili – per ragioni intrinseche alla natura umana e non dipendenti dagli sviluppi tecnologici o matematici – l'articolo muove dapprima a una disamina puntuale dell'articolato normativo della proposta nel suo stato attuale, per procedere verso una analisi accurata del ventaglio delle condizioni necessarie ad integrare, nella impostazione normativa di cui l'IA ha bisogno, la nozione di uso, andando così a riconoscere appieno il valore del caso e del contesto per potere approntare un insieme modulare ed integrato di strumenti normativi che, seppur comprendendo la regolazione, siano in grado di rispondere alla domanda di tutela dei diritti che scaturisce dall'incontro della norma e del fatto.

Ne emerge la tesi della inevitabilità del controllo giurisdizionale e della necessaria valorizzazione di quei meccanismi di controllo *in itinere* che passano anche dalla responsabilità di tipo tecnico ovvero professionale e deontologico, poco riconducibili alle sole forme della normatività regolativa, ma certamente cruciali per assicurare garanzie “aumentate” o rafforzate dinanzi alle trasformazioni scientifiche e tecnologiche di cui abbiamo ormai esperienza quotidiana.

2. La proposta di regolamento della Commissione europea sull'intelligenza artificiale

Costituisce ormai opinione diffusa quella secondo cui lo sviluppo e l'utilizzo massivo dell'intelligenza artificiale può ritenersi in grado di determinare conseguenze mai sperimentate in precedenza sul sistema sociale ed economico (1).

Come ha acutamente osservato Martin Ford nel suo libro *Il dominio dei robot*, stiamo assistendo alle avvisaglie di una rivoluzione e abbiamo buone ragioni per esserne preoccupati (2). Con l'ampliarsi del ricorso all'intelligenza artificiale e al *machine learning* è indispensabile che i risultati e i suggerimenti prodotti da questi algoritmi siano percepiti come corretti e che il ragionamento su cui si fondano venga adeguatamente spiegato.

Pertanto, a questo punto, è indispensabile porre la dovuta attenzione alla regolamentazione del fenomeno, seppure con la consapevolezza che la velocità alla quale progredisce l'intelligenza artificiale e la complessità delle questioni che comporta rischiano di far diventare subito obsoleta qualsiasi normazione che non preveda meccanismi di adeguamento capaci di offrire una risposta pronta alle esigenze di intervento (3).

La Commissione europea il 21 aprile 2021 ha presentato al Parlamento e al Consiglio una proposta di regolamento per una normativa armonizzata sull'intelligenza artificiale denominata “Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council; Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts 21/4/2021, Com (2021) 206 final”. Ciò è avvenuto sulla scorta degli approfondimenti preliminari curati dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'IA, confluiti, tra l'altro, negli “Orientamenti etici per un'IA affidabile”, pubblicati l'8 aprile 2019, nonché all'esito della consultazione pubblica sul “Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final”, del 19 febbraio 2020.

La decisione conclusiva da parte del Parlamento e del Consiglio è prevista entro il primo semestre del 2023, mediante l'elaborazione del contenuto definitivo della disciplina. In ogni caso, è indicato un periodo di transizione di due anni, che dovrebbe determinare l'applicazione della disciplina, a regime, nel primo semestre del 2025.

(1) L. Parona, in *Government by algorithm: un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 10, illustra il report “Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies”, pubblicato dalla Stanford Law School e dall'NYU Law School, in collaborazione con l'Administrative Conference of the United States. L'Autore a p. 16 evidenzia come il report abbia confermato che la maggior parte delle applicazioni di IA sono inscrutabili e non intuitive, caratteristiche da cui discende la tendenziale inesplicabilità degli *output* dalle stesse prodotti. Per una puntuale disamina sulle caratteristiche di opacità dei sistemi di intelligenza artificiale, v. A. Papa, *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in <www.federalismi.it>, 10 agosto 2022.

Sulla regolazione digitale e sulle nuove sfide etiche e giuridiche, v. anche G. Giorgini Pignatiello, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital Authorities*, ivi, 30 giugno 2021.

(2) M. Ford, *Il dominio dei robot*, Milano, Il Saggiatore, 2022.

(3) In tal senso, C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in <www.biodiritto.org>, 24 agosto 2021.

Sulle diverse velocità su cui si muovono il profilo tecnologico e quello giuridico, v. anche F. Lamberti, *La proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale alla prova della privacy*, in <www.federalismi.it>, 29 giugno 22.

La proposta di regolamento è strutturata mediante la previsione di un complesso apparato sanzionatorio, di sicuro interesse anche per la responsabilità per danno erariale, giacché tenuti al rispetto degli obblighi ivi previsti sono tanto i soggetti privati quanto i soggetti pubblici, i quali possono assumere il ruolo di *provider* o quello di utilizzatori dei sistemi di intelligenza artificiale e, quindi, essere conseguentemente possibili destinatari di provvedimenti sanzionatori della cui rilevante entità si dirà nel prosieguo.

Invero, pur non essendo stata introdotta alcuna sostanziale distinzione tra soggetti pubblici e privati, ma solo tra fornitori e utenti di servizi di IA, il decisore pubblico può assumere entrambi questi ruoli. Egli, come qualsiasi soggetto, può rientrare sia nella categoria dei fornitori, intesi come “*persona fisica o giuridica, un’ autorità pubblica, un’ agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito*”; sia nella categoria degli utenti, intesi come “*qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un’ attività personale non professionale*” (4).

In tutte le ipotesi in cui i processi decisionali pubblici sono attuati mediante sistemi di IA non ci si discosta dai criteri ordinari di responsabilità, che prevedono l’imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, nonché la verifica sulla conseguente individuazione del soggetto responsabile (5).

Il *draft* di regolamento in esame poggia essenzialmente su tre pilastri: a) la tutela della persona; b) la responsabilità per i danni derivanti dall’uso delle tecnologie considerate; c) la tutela del diritto d’autore (6).

Tale proposta, tuttavia, è strutturata come una classica iniziativa legislativa di mercato interno diretta alla commercializzazione di sistemi di AI, considerati alla stregua di prodotti. La proposta, da un lato, segue l’approccio della *new legislative framework*; dall’altro lato, se ne prevede l’applicazione in modo congiunto rispetto a una serie di normative settoriali, come ad esempio quella sui macchinari, dispositivi medici, giocattoli, già regolamentati nell’Ue, nella prospettiva di evitare il disallineamento con le altre normative esistenti (7).

Il quadro di riferimento del *new legislative framework* cui la proposta di Regolamento in esame deve conformarsi è composto da:

- *Regolamento (Ce) n. 764/2008*: procedure relative all’applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro.

- *Regolamento (Ce) n. 765/2008*: norme in materia di accreditamento e marcatura Ce.

- *Decisione 9 luglio 2008, n. 768/2008/Ce*: quadro comune per la commercializzazione dei prodotti; si tratta di una Decisione sui generis in quanto non ha destinatari precisi e non è perciò applicabile direttamente; è piuttosto un impegno preso dalle istituzioni comunitarie circa il contenuto e la struttura cui rifarsi per le future norme di armonizzazione.

- *Regolamento (Ue) n. 2019/1020*: vigilanza del mercato e conformità dei prodotti, modifica del regolamento (Ce) n. 765/2008.

Con specifico riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale, il legislatore europeo si cimenta, innanzitutto, in un compito definitorio molto arduo, giacché trattasi di un fenomeno in rapidissima evoluzione, efficacemente descritto come *moving target* (8). La definizione fornita dalla proposta di regolamento, secondo cui il sistema di intelligenza artificiale è un *software* che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono, ha l’ambizione di essere resistente agli sviluppi futuri, cercando di coprire tutte le forme di intelligenza artificiale e, quindi, non solo quelle più recenti di *machine learning*, ma anche i sistemi più tradizionali. È stato anche introdotto un allegato in cui sono indicate le tecniche e gli approcci dei sistemi di intelligenza artificiale per fornire certezza giuridica, con possibilità di emendamenti con atti delegati, al di fuori del processo legislativo.

Rispetto alla disciplina sui prodotti, si accentua sia il profilo della prevenzione (ad esempio il divieto al ricorso di tecniche subliminali pericolose), sia il profilo del controllo per l’immissione sul mercato di tecniche ad alto rischio, sia quello della cooperazione istituzionale (9).

Le regole si applicano se il prodotto viene immesso nel mercato Ue e, quindi, riguardano: a) i fornitori (*provider*) di sistemi AI o di servizi AI all’interno del mercato Ue, indipendentemente che appartengano all’Unione o a Paesi terzi;

(4) Art. 3 proposta di regolamento.

(5) Sulla necessità di evitare gli effetti distorsivi che possano pregiudicare diritti e interessi legittimi dei cittadini, v. A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1149.

(6) In tal senso, G. Alpa, *Quale modello normativo europeo per l’intelligenza artificiale?*, in *Contratto e impr.*, 2021, 1003.

(7) G. Mazzini, S. Scalzo, relazione al convegno organizzato dall’Università degli Studi di Trento, su “Diritto e potere nell’era dell’intelligenza artificiale”, 25 febbraio 2022.

(8) *Ibidem*.

(9) Evidenza tale aspetto G. Alpa, *op. cit.*

gli utilizzatori (*user*) di sistemi all'interno dell'Unione; c) i fornitori e gli utilizzatori di sistemi di AI in Paesi terzi, qualora il prodotto fornito dal sistema sia utilizzato nell'Unione (10).

Trattasi evidentemente di una disciplina pensata per un ambito di applicazione extraterritoriale.

L'approccio della proposta di regolamento in esame è basato sul rischio, vale a dire la preoccupazione non è quella di intervenire mediante un controllo a monte sulla tecnologia, ma di regolare le modalità di utilizzo della stessa. I tipi di rischio che il regolamento vuole gestire sono quelli relativi alla salute, alla sicurezza e ai diritti fondamentali, sulla base della parità di trattamento fra gli operatori, a prescindere dalla loro provenienza. A seconda del rischio cambia la regolamentazione: si parte dal rischio inaccettabile per sistemi il cui utilizzo è generalmente vietato. A seguire vi sono i sistemi ad alto rischio, con la previsione di un uso condizionato al rispetto di determinati requisiti attraverso un meccanismo di *conformity assesment*, ovvero di valutazione di conformità *ex ante*. Poi abbiamo casi di *low risk* legati a rischio basso con obblighi di trasparenza. Infine, sono previsti i sistemi che presentano rischi minimi, il cui uso è consentito senza alcun tipo di restrizioni, ma che devono, comunque, conformarsi al Gdpr (11).

Le prime due categorie presentano le questioni applicative più rilevanti sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali.

La prima categoria, concernente i sistemi a rischio inaccettabile, il cui uso è vietato, riguarda quelli di manipolazione subliminale e di sfruttamento di vulnerabilità (la proibizione interviene nel caso di rischio fisico o psicologico, ma non di tipo economico), quelli di *social scoring* mediante assegnazione di un punteggio alle persone sulla base di loro comportamenti anche piuttosto irrilevanti, nonché quelli di riconoscimento biometrico da parte delle autorità di sicurezza pubblica in spazi accessibili al pubblico. Questo è l'unico sistema il cui divieto presenta eccezioni, sulla base del sistema del Gdpr (l'art. 9 è lo schema di riferimento), nelle ipotesi di ricerca di vittime di reati, di minacce alla vita o di atti terroristici oppure ricerca di persone colpevoli di fatti criminali gravi. In questi casi l'uso del sistema può essere consentito, previa autorizzazione di autorità giudiziaria o di autorità amministrativa indipendente.

In tali casi il sistema a rischio inaccettabile viene trattato come quello delle categorie ad alto rischio, la cui regolamentazione prevede che l'immissione sul mercato deve essere subordinata all'espletamento di procedure preventive di verifica di conformità alla disciplina di riferimento.

La proposta indica due categorie di sistemi a rischio elevato, che complessivamente coprono una percentuale, indicata nell'*impact assesment* della proposta, tra il 5 e il 10 per cento del mercato dell'AI:

- i prodotti già regolamentati da normativa di settore, come i dispositivi medici, i giocattoli, sistemi di *radio equipment*, ovvero tutti quelli indicati nell'allegato 2, rispetto ai quali, per la classificazione settoriale, anche la componente AI viene considerata a rischio elevato;

- i sistemi *stand alone*, che non rientrano nel novero dei prodotti, ma vengono utilizzati singolarmente. Essi afferiscono ad una serie di aree identificati nell'allegato 3, e che hanno principalmente delle implicazioni in termini di diritti fondamentali (sistemi di identificazione biometrica, lavoro, servizi pubblici, immigrazione, istruzione, giustizia). L'allegato 3 è strutturato con l'indicazione delle suddette macroaree, con la possibilità di individuare, all'interno delle stesse, specifici casi d'uso che saranno introdotti successivamente nell'ambito di queste macroaree.

I requisiti di utilizzabilità dei sistemi ad alto rischio sono i seguenti: dati per l'apprendimento e la convalida del sistema; requisiti di documentazione tecnica; trasparenza e informazione; supervisione umana; *cyber security*. L'obbligo del rispetto di tali requisiti ricade sulla figura del *provider*, con riferimento alla fase di *design* e di *development* e, quindi, prima dell'immissione sul mercato. Inoltre, spetta allo stesso *provider* condurre un sistema di gestione del rischio per mitigare i rischi tecnici che derivano dall'utilizzo del sistema.

Da segnalare per la sua rilevanza è sicuramente l'art. 14 della proposta di regolamento, sulla base del quale i sistemi devono essere disegnati e sviluppati in modo da consentire un effettivo e continuo controllo umano, proprio al fine di prevenire o contenere rischi alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali.

Tutta l'applicazione dei requisiti è dipendente dalle finalità per cui il sistema viene utilizzato, come nella legislazione settoriale per i prodotti, giacché il *provider* assume lo stesso ruolo del fabbricante, essendo prevista in capo a tale figura la registrazione del sistema in *data base*, il rispetto degli obblighi post mercato di monitoraggio, la collaborazione con le autorità. Agli operatori o utilizzatori spetta, invece, l'obbligo di attenersi alle istruzioni d'uso, di supervisione, di monitoraggio e di obbligo di informazione, soprattutto in caso di malfunzionamento o di incidenti.

Per i sistemi a basso rischio, invece, la proposta non introduce una disciplina diversa rispetto a quella già esistente in materia di commercializzazione di prodotti all'interno del mercato eurounitario. Tuttavia, la Commissione auspica la redazione di codici di condotta che, su base volontaria, adottino le norme previste per i sistemi ad alto rischio, sempre al fine di aumentare la fiducia dei cittadini nei sistemi stessi e, conseguentemente, la loro diffusione sul mercato.

Significative le scelte che la proposta indica per la gestione istituzionale del fenomeno dell'AI al titolo VI, prevedendo una *governance* a due livelli: il livello Ue, con *board* composto dalle autorità di coordinamento nazionali per armonizzare la pratica applicativa del regolamento, e il livello nazionale, per le attività di coordinamento, di

(10) Sulle finalità e sulle definizioni della proposta di regolamento, v. P. Severino (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, Luiss University Press, 2022, 135 ss.

(11) Sulla responsabilità per l'uso dei prodotti alimentati dall'intelligenza artificiale, si rimanda a G. Alpa, *op. cit.*

sorveglianza del mercato sulla conformità, di designazione degli enti che si occuperanno della certificazione. Parimenti degno di nota è il titolo V della proposta, riferito al supporto all'innovazione attraverso il sistema della *regulatory sandbox* (artt. 53 e 55) e il supporto per le piccole e medie imprese e per le *start up*.

Infine, nel *draft* si indicano le sanzioni, all'art. 71, secondo cui la violazione delle prescrizioni sulle pratiche proibite (art. 5) o di quelle sui dati richiesti dall'art. 10 della proposta di regolamento devono essere punite con una sanzione amministrativa fino a 30 milioni di euro o, se si tratta di una società, con una somma fino al 6 per cento del totale annuo dei ricavi della società stessa. Mentre la violazione di prescrizioni diverse rispetto a quella sopra richiamate determina una sanzione fino a 20 milioni di euro o al 4 per cento dei ricavi della società. Gli Stati membri potranno introdurre sanzioni da imporre anche a soggetti pubblici dei singoli Stati.

3. Il ruolo anticipatore della giurisprudenza italiana

Nel quadro dell'attività di cooperazione tra le autorità di protezione dati nello Spazio economico europeo, il Comitato europeo per la protezione dei dati, in una dichiarazione del 18 novembre 2021, ha manifestato serie preoccupazioni di carattere generale riguardanti le proposte presentate dalla Commissione europea negli ambiti dei servizi digitali e della strategia europea per i dati: il *Data Governance Act* (DGA), il *Digital Services Act* (DSA) e il *Digital Markets Act* (DMA) e il regolamento sull'IA (AIR). In particolare, è stata sottolineata la mancanza di adeguate tutele per i diritti e le libertà fondamentali delle persone, la frammentazione delle attività di supervisione e i rischi di incongruenze con il quadro giuridico esistente in materia di protezione dei dati personali.

In precedenza, con il parere congiunto 05/2021 il Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo per la protezione dei dati nel giugno 2021 si erano espressi sottolineando la necessità di chiarire esplicitamente che la vigente legislazione dell'Ue sulla protezione dei dati si applica a qualsiasi trattamento di dati personali che rientra nell'ambito di applicazione del futuro regolamento sull'IA.

In effetti, non si può perdere di vista la constatazione essenziale, evidenziata nella memoria prodotta dalla nostra Autorità garante sulla *privacy* alla Camera dei deputati sul *draft* di regolamento sull'IA in esame (12), secondo cui l'unica normativa al momento vigente in materia di intelligenza artificiale è quella di protezione dati, in cui si rinviene proprio la disciplina sul trattamento di dati personali, funzionale all'operatività di processi decisionali automatizzati.

Del resto, viene efficacemente sottolineato come il punto d'ineludibile incidenza delle due materie non è marginale: il trattamento di dati personali è funzionale all'alimentazione dei sistemi d'intelligenza artificiale in vista del loro apprendimento automatico. È evidente, quindi, come gli errori o le scorrettezze nel trattamento dei dati funzionali all'alimentazione della macchina si riflettano in altrettante distorsioni del processo algoritmico (13).

Sussiste, dunque, l'obiettivo esigenza di evitare che vengano a determinarsi antinomie tra le differenti discipline delle materie richiamate, al fine di rendere la disciplina della materia complessivamente più organica ed efficace.

Invero, sotto questo profilo, deve tenersi conto che, con gli artt. 22 del Gdpr e 11 della direttiva 2016/680, l'Ue, già nel 2016, ha introdotto uno strumento giuridico diretto a disciplinare l'intelligenza artificiale, con particolare riferimento proprio al processo decisionale automatizzato, rispetto al quale la disciplina di protezione dati ha sancito il diritto alla spiegazione e alla revisione umana della decisione automatizzata, e il divieto di discriminazione, particolarmente rafforzato in relazione a giustizia penale e polizia (14).

I principi sanciti dalla disciplina sulla *privacy* assumono un valore determinante nella regolazione dei processi algoritmici (15), al punto da aver già consentito alla nostra giurisprudenza nazionale di elaborare una vera e propria perimetrazione dell'ambito di applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale, con l'effetto di anticipare, talvolta anche a più ampio spettro, i contenuti dei diritti e dei principi enunciati nella proposta di regolamento in esame.

In particolare, la Corte di cassazione (16), in tema di *rating* reputazionale, ha stabilito che per il trattamento di dati personali il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato. In particolare, nel caso di una piattaforma *web* (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati.

(12) Camera dei deputati, Commissioni IX e X riunite, Memoria del Garante per la protezione dei dati personali sulla proposta di regolamento (Ue) sull'intelligenza artificiale – COM 2021(206), 9 marzo 2022.

(13) C. Utz *et al.*, *(Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field*, in ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, November 11-15, 2019, London, United Kingdom, ACM, New York, NY, USA, 18, in <<https://doi.org/10.1145/3319535.3354212>>.

(14) In tal senso, Memoria del Garante per la protezione dei dati personali, cit.

(15) Sull'intreccio tra la *privacy* e la sua tutela giuridica con fatti e norme regolative delle nuove frontiere del digitale, T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in <www.biodiritto.org>, 2 marzo 2022.

(16) Cass., Sez. I, 25 maggio 2021, n. 14381.

Sul versante della giurisprudenza amministrativa, già in precedenza il Consiglio di Stato (17) aveva evidenziato che l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può essere motivo di elusione dei principi che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa, dovendo considerare l'algoritmo come un "atto amministrativo informatico", da ritenersi pienamente ostensibile (18).

La conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge e affinché siano chiare le modalità e le regole in base alle quali lo stesso è stato impostato.

Sempre lo stesso Giudice amministrativo, con la sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472, e quella successiva 4 febbraio 2020, n. 881, ha sottolineato la coerenza nel nostro ordinamento dei tre principi di matrice sovranazionale, da tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici:

- il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano, e in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Il principio in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile a decisioni prese sia da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta europea dei diritti fondamentali ("*Right to a good administration*"), laddove afferma che quando la pubblica amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, e, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione". Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, il dovere, da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero sia la possibilità, per riprendere l'espressione del regolamento, di ricevere "informazioni significative sulla logica utilizzata";

- il principio di non esclusività della decisione algoritmica, di derivazione europea, ma enunciato anche nella nota decisione *USA Loomis vs. Wisconsin* (19). Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Gdpr). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica;

- il principio di non discriminazione algoritmica, espresso dal considerando n. 71 del regolamento 679/2016, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, al fine di garantire la sicurezza dei dati personali. Ciò deve avvenire secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti delle persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello *status* genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale. In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio.

Sempre il Consiglio di Stato, in un giudizio per la fornitura di materiale sanitario realizzato con sistemi di automazione, con la sentenza della terza Sezione del 25 novembre 2021, n. 7891, si è occupato, per la prima volta, della distinzione tra il concetto di algoritmo, il concetto di automazione e i meccanismi di intelligenza artificiale (20). La rilevanza della distinzione contenuta in una pronuncia giurisdizionale ne impone il richiamo al suo specifico contenuto. Viene richiamata la nozione comune e generale di algoritmo, da intendersi come "*sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato*", specificando che il concetto di algoritmo, "*quando è applicato a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegato al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano*".

(17) Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

(18) Sul tema, fra gli altri, v. V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. e appalti*, 2021, 581; G. Terracciano, *Ia (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in <www.amministrativamente.com>, 2022; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 271; F. Costantino, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti. Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2022, 1507.

(19) Wisconsin Supreme Court, *State vs. Loomis*, case 2015AP17-CR, 13 July 2016, in *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss. Il caso è anche noto come *Compas*, dal nome del *software* (Correcional Offender management Profiling for Alternative Sanctions) adottato dall'amministrazione della giustizia per valutare, mediante l'uso di un algoritmo predittivo, il grado di recidiva del condannato e quindi l'entità della pena. In tale pronuncia si afferma che l'utilizzo delle tecnologie non può essere determinante rispetto alla decisione, pur essendo consentito e oggetto di valutazione da parte del giudice.

(20) Cfr. N. Cappellazzo, *Algoritmi, automazione e macchinismi di intelligenza artificiale: la classificazione proposta dal Consiglio di Stato*, in <www.federalismi.it>, 23 febbraio 2022.

Ben diversa è la definizione di intelligenza artificiale, che si ha quando «*l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico*». Tale distinzione è funzionale ad esprimere un giudizio sul grado di automazione richiesto dalla disciplina di gara e, considerato che l'intelligenza artificiale costituisce un ulteriore passo evolutivo degli algoritmi, il semplice utilizzo del termine algoritmo non implica il concetto di automazione delle funzioni, con l'effetto, nel giudizio in esame, che la richiesta di una fornitura per «dispositivi di alta fascia» consente di attribuire un punteggio superiore al concorrente che offre tecnologie di intelligenza artificiale, quando queste ultime vanno a costituire «*un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora[no] costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume[no] decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico*».

Compie, invece, una valutazione strettamente riferita alla correttezza del dato che alimenta il sistema, rilevandone, nello specifico, l'inidoneità a sostenere il processo decisionale, il Tribunale di Bologna (21), secondo cui l'algoritmo elaborato dalla società datore di lavoro, al fine di stabilire le modalità di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, non deve produrre effetti di natura discriminatoria, giacché, sanzionando con la perdita di punteggio i *riders* che non rispettavano le sessioni di lavoro anche per le astensioni collettive dal lavoro, venivano penalizzate senza alcuna distinzione tutte le forme di astensione dal lavoro, determinando in tal modo una diminuzione del punteggio agli stessi assegnato, con conseguente retrocessione nella fascia di prenotazione e minori occasioni di lavoro.

Il fenomeno del *judicial activism* nella materia in esame, anche da parte della giurisprudenza italiana, ha finito per anticipare le soluzioni che il legislatore europeo ha prospettato nel *draft* di regolamento in corso di approvazione.

4. I rapporti tra la disciplina in materia di protezione dei dati e la regolazione dei sistemi di intelligenza artificiale

La regolazione dei sistemi di intelligenza artificiale ha come obiettivo quello di dettare una disciplina organica della materia, assumendo, tuttavia, la disciplina di protezione dei dati del Gdpr come paradigma di riferimento, da considerarsi indiscutibilmente come l'avanguardia nella regolazione del digitale.

La nuova disciplina proposta mutua proprio dal Gdpr gli assi portanti, costituiti: dall'approccio fondato sul rischio, modulato secondo una piramide di gravità ascendente, con la correlativa valutazione d'impatto; dai doveri di trasparenza nei confronti degli utenti; dal criterio della localizzazione dei destinatari dell'offerta produttiva quale parametro di applicazione territoriale della normativa; dalle certificazioni e dai codici di condotta in funzione co-regolativa; dalla modulazione del trattamento sanzionatorio secondo il fatturato; dalla comunicazione obbligatoria degli «incidenti» potenzialmente pregiudizievoli; dal coordinamento tra le autorità nazionali nell'ambito del Comitato europeo per l'IA.

Sussistono, tuttavia, delle criticità applicative che non consentono di prospettare una specularità tra le discipline considerate, con specifico riferimento al requisito del consenso, giacché l'importanza attribuita a tale requisito nel Gdpr «mostra una certa debolezza», se per i sistemi di IA si esce dal meccanismo del *machine learning* e ci si indirizza verso l'utilizzazione del *deep learning*, capace di giungere a risultati che modificano profondamente lo stesso processo cognitivo. In tal caso, evidentemente, le caratteristiche del requisito del consenso delineate dal Gdpr, ovvero libertà di manifestazione del consenso, principio di minimizzazione dei dati e individuazione *ex ante* delle finalità del trattamento, appaiono disfunzionali rispetto a taluni sistemi di intelligenza artificiale, qualora essi presentano elementi di opacità tali da rendere inesplicabili gli *output* dagli stessi prodotti (22).

In relazione a tali applicazioni non si può parlare di consenso liberamente prestato quando esso rappresenta il presupposto necessario per usufruire di una serie di beni e servizi erogati, non diversamente acquisibili; non vi è il rispetto del principio di minimizzazione dei dati, in quanto taluni sistemi di intelligenza artificiale riescono a ricavare dagli stessi dati, anche attraverso meccanismi di incrocio, altre informazioni che il titolare non avrebbe voluto fornire; non vi è neppure la possibilità di individuare *ex ante* le finalità del trattamento, giacché il sistema potrebbe deviare dalle finalità predeterminate e accettate dall'utente (23).

Come è stato acutamente rilevato, i limiti dell'applicazione della disciplina del consenso, vero architrave della regolazione introdotta con il Gdpr, discendono, innanzitutto, dal superamento della dimensione non patrimoniale del dato personale, legata essenzialmente alla tutela della *privacy*, mentre occorre, invece, tener conto della nuova configurazione del valore economico di tale dato, da trattarsi alla stregua di un vero e proprio bene giuridico (24). In questo senso, il Consiglio di Stato, sesta Sezione, con la sentenza 29 marzo 2021, n. 2631, nel confermare la pronuncia del

(21) Trib. Bologna, Sez. lavoro, ord. 31 dicembre 2020, Rg n. 2949/2019.

(22) A. Astone, *Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.*, in *Contratto e impr.*, 2022, 429.

(23) *Ibidem*.

(24) G. Cerrina Feroni, *Luci e ombre della Data Strategy europea*, in <www.agendadigitale.eu>, 13 maggio 2022, evidenzia efficacemente come da un'economia che aveva nei dati la sua più preziosa fonte (*data-driven economy*) siamo passati, quasi senza rendercene conto, ad una *data economy* in senso proprio, ovvero un'economia in cui il dato è l'oggetto stesso della produzione, delle transazioni, degli investimenti.

Tar Lazio 10 gennaio 2020, n. 260, ha ritenuto corretta la valutazione operata in quest'ultima, secondo cui: «il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network».

Inoltre, deve ritenersi ormai obsoleta la modalità di trattamento dei dati, basata sul titolare del dato e sul titolare del trattamento, giacché non tiene conto della circostanza che i dati sono destinati a circolare anche generando nuove informazioni, eccentriche rispetto a quelle originarie (25).

Infine, vi è una generale sfiducia sul fatto che sistemi di trattamento dei dati molto complessi e sofisticati possano garantire la capacità di autodeterminazione del singolo.

In concreto, siamo passati da un'economia che aveva nei dati la sua più preziosa fonte ad un'economia in cui il dato è l'oggetto stesso della produzione, delle transazioni, degli investimenti.

Nel bilanciamento dei principi correlati alla regolazione di un fenomeno così complesso come quello in esame occorre allora attribuire prevalenza a quello di “trasparenza”, giacché i sistemi di IA utilizzano proprio quei dati raccolti e trattati nel rispetto del Gdpr e, pertanto, l'algoritmo deve essere “spiegabile” nel suo funzionamento e nel regime delle sue responsabilità, al fine di generare un ragionevole affidamento sul fatto che non si pongano in essere pratiche discriminatorie. Significativa la pronuncia del Tar Lazio, Sezione III-bis, 30 giugno 2020, n. 7370, che ha riconosciuto il diritto di accesso al codice sorgente del *software* utilizzato per lo svolgimento della prova scritta del concorso per la selezione dei dirigenti scolastici, considerabile alla stregua di un atto amministrativo.

Nell'ambito del principio di trasparenza assume rilievo anche l'obbligo di *conformity assessment* mediante la sorveglianza umana per i sistemi ad alto rischio. Tale obbligo è previsto dall'art. 14 della proposta di regolamento, nel quale si legge che, nel caso in cui i sistemi di IA presentino un alto rischio, essi debbono essere “*progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso*”. Correlativamente si può richiamare il divieto, contenuto nell'art. 22 del Gdpr, di sottoporre gli interessati a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, nonostante la sussistenza di una serie rilevante di eccezioni.

La complessità degli effetti che la regolazione dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale determina sull'esercizio dei diritti fondamentali (26) dovrebbe indurre ad un'attenta riconsiderazione dei problemi che determinano le fattispecie di responsabilità nella materia dell'intelligenza artificiale, con riferimento, tra l'altro, alla nozione di prodotto, alla mancanza di prevedibilità nel funzionamento dei sistemi di IA, ai destinatari delle responsabilità, alle difese, alle tipologie di danno e alle sue vittime, alla regola della prova e all'inversione dell'onere della prova in determinate situazioni (27).

A ciò aggiungasi che allo stato la proposta di regolamento non contempla nel proprio ambito di applicazione le attività di cooperazione internazionale in materia di polizia e giustizia (28).

Sulle questioni affrontate inciderà sicuramente anche il corretto assetto della configurazione della *governance* dell'intelligenza artificiale, tanto a livello europeo quanto a livello interno, con l'auspicio che essa si caratterizzi per effettiva indipendenza (29), ma non è difficile immaginare che la fiducia e la credibilità dei cittadini nei sistemi di intelligenza artificiale si consoliderà solo quando avremo risposte concrete anche dall'elaborazione giurisprudenziale sulla tutela dei diritti fondamentali dai rischi derivanti da *profiling*, *social scoring* e raccolta dei dati influenzati dai pregiudizi degli algoritmi e dalle valutazioni predittive, nonché sulle conseguenze e sui rischi dell'impossibilità di effettuare il controllo umano, sui problemi di trasparenza, di *accountability*, risarcitori e di difesa della proprietà intellettuale.

Esiste un'esigenza ineludibile di approntare una normativa che disciplini in maniera esauriente l'intelligenza artificiale in tempi rapidi, che non possono essere quelli prospettati dal processo normativo europeo, giacché l'attesa entrata in vigore del regolamento prevista per il 2025 determinerà non soltanto, nel frattempo, un vuoto normativo preoccupante, colmabile solo dagli interventi della giurisprudenza e delle autorità garanti per la protezione dei dati a livello nazionale, ma anche il rischio di una rapida obsolescenza della disciplina elaborata, i cui tempi non sono compatibili con quelli del progresso tecnologico (30).

(25) A. Astone, *op. cit.*

(26) Le questioni di rilievo costituzionale derivanti dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale sono trattate, tra l'altro, in A. Pajno *et al.*, *AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in <www.biodiritto.org>, 27 novembre 2019.

(27) Conseil des barreaux européens, documento dell'8 ottobre 2021 sulla proposta di regolamento della Commissione europea sulla regolamentazione dei *tool* giustizia artificiale.

(28) Tale rilievo è formulato nel parere congiunto n. 05/2021 formulato da parte del Cepd e del Gepd.

(29) Su tali questioni risulta efficace la ricognizione delle posizioni espresse effettuata da F. Lamberti, *op. cit.*

(30) G. Proietti, *Una normativa per l'intelligenza artificiale. La proposta di regolamento europeo*, in *Resp. impresa e antiriciclaggio*, 2021, 2, 198.

Senza la tempestiva adozione di modelli organizzativi utili alla valutazione e gestione dei rischi evidenziati, pertanto, si può compromettere la possibilità di massimizzare i vantaggi dell'economia digitale nel pieno rispetto della dignità e dei diritti fondamentali delle persone, giacché verosimilmente saranno i mercati a dettare le regole, in una prospettiva che non appare permeata da quel garantismo necessario ad instillare la fiducia nei consociati all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale.

5. Obiettivi molteplici e formanti giuridici non univoci

Nonostante la forma giuridica adottata, quella del regolamento, unitamente alla previsione di integrazione puntuale con codici di condotta possa indurre ad associare la *ratio decidendi* ad altri dispositivi di analoga forma previsti ed adottati dall'Unione europea in settori di tipica competenza esclusiva, come quello agricolo, quello alimentare, quello della pesca, di fatto il regolamento che sarà adottato porta in sé le tracce di un percorso di discussione tutt'altro che lineare. Ad oggi esso appare connotato non solo dalla distonia degli obiettivi perseguiti – di natura fra loro assai diversa –, ma anche delle opzioni di forma giuridica (e più in generale normativa) che non sono state adottate ma che sono state valutate come alternative *a priori* possibili (31).

Iniziamo dalla questione della armonizzazione (32) e della creazione di un contesto omogeneo per regole e per metodi, dove i dispositivi di intelligenza artificiale sono: *a*) immessi nel mercato o in uso (vedremo che i due aspetti/momenti hanno profili *de facto* diversi in merito alla effettività della attuazione del regolamento e più in generale nella prospettiva dell'effettivo rispetto dei diritti fondamentali); e *b*) integrati nelle organizzazioni che erogano servizi o che producono beni sia in regime di mercato, sia in regime pubblico (anche in questo caso è opportuno soffermarsi sulle differenze *de facto*, cosa che verrà fatta nel prosieguo di questo articolo).

La relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento è chiara. Al par. 2.4 recita “*La scelta di un regolamento come atto giuridico è giustificata dalla necessità di un'applicazione uniforme delle nuove regole, come la definizione di IA, il divieto di talune pratiche dannose consentite dall'IA e la classificazione di taluni sistemi di IA. L'applicabilità diretta di un regolamento, conformemente all'articolo 288 Tfeue, ridurrà la frammentazione giuridica e faciliterà lo sviluppo di un mercato unico per sistemi di IA leciti, sicuri e affidabili*”. La riduzione della frammentazione giuridica viene quindi interpretata come una condizione necessaria affinché non vi sia frammentazione di mercato. Prosegue la relazione “*Tale obiettivo sarà conseguito in particolare introducendo una serie armonizzata di requisiti di base per quanto concerne i sistemi di IA classificati come ad alto rischio e di obblighi riguardanti fornitori e utenti di tali sistemi, migliorando la tutela dei diritti fondamentali e garantendo certezza del diritto tanto per gli operatori quanto per i consumatori*”. Pertanto, l'effetto di armonizzazione – e di riduzione consequenziale della frammentazione o del potenziale di frammentazione del mercato – è da intendersi anche per quanto attiene ai meccanismi di controllo *post hoc*.

Già rispetto a questo aspetto si può osservare l'esistenza di tre profili di criticità. Il primo riguarda l'armonizzazione del quadro normativo che, proprio per le cautele di carattere politico tutte legate agli equilibri difficili con cui le istituzioni di natura comunitaria e sovranazionale propria interagiscono sia con le istituzioni europee di natura intergovernativa (il Consiglio europeo e il Consiglio dei ministri, qui interessato in diverse configurazioni settoriali, da quelle più propriamente attinenti al mercato, a quelle più direttamente connesse con la tutela dei consumatori e con la tutela dei cittadini), non può non integrare già *ex ante* una serie di *caveat* non di poco conto. Al punto 54 posto in premessa all'articolato della proposta di regolamento si legge “*Le autorità pubbliche che mettono in servizio sistemi di IA ad alto rischio per uso proprio possono adottare e attuare le regole per il sistema di gestione della qualità nell'ambito del sistema di gestione della qualità adottato a livello nazionale o regionale, a seconda dei casi, tenendo conto delle specificità del settore come pure delle competenze e dell'organizzazione dell'autorità pubblica in questione*”. Ancora, saranno le autorità nazionali a farsi carico della funzione di monitoraggio dell'uso, così come saranno le autorità nazionali ad assicurare che vi sia un raccordo opportunamente garantito nelle forme ancor prima che nella sostanza fra la conseguente strutturazione di organismi competenti per le materie della tutela dei dati e della *privacy* – così come già gli Stati membri hanno fatto a valle della adozione del Gdpr e ancor prima della normativa europea sulla *privacy* – e lo svolgimento della nuova funzione di “governo” dell'IA che il regolamento preconizza. Ancora, l'effetto temperato di armonizzazione non può che darsi in ragione della previsione degli artt. 22 e 24, dove si sancisce la centralità – e la

(31) La sinossi del contesto normativo europeo si trova perfettamente osservata in G. Alpa, *op. cit.*: “Queste iniziative sono utili per comprendere appieno gli scopi e le tecniche di disciplina descritti nella proposta di Regolamento per la introduzione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale elaborata dalla Commissione e sottoposta al Parlamento e al Consiglio il 21 aprile scorso [COM (2021) 206 final], a cui è allegato un Piano coordinato sulla intelligenza artificiale; parallelamente la Commissione ha elaborato una proposta di Regolamento sulla produzione delle macchine [Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery product, COM (2021)0105 COD] in cui si introducono nuove regole che modificano ed integrano la direttiva macchine [2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006]. Anche la Banca europea degli investimenti ha pubblicato un elaborato in cui, accanto alle definizioni di intelligenza artificiale e di *blockchain*, spiega le ragioni di alcune incongruenze del mercato come modificato dall'uso della intelligenza artificiale, sulla base di analisi, di ricerche e di esperienze pratiche, e suggerisce i correttivi per migliorare il modello europeo (*Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy*, Luxembourg, 2021)”.

(32) “*La presente relazione accompagna la proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale [corsivo degli autori]*”, come si legge alla prima linea della relazione di accompagnamento.

univocità – delle autorità nazionali in materia di controllo *ex ante*, di archivio delle informazioni che attengono alla natura, le caratteristiche tecniche e i potenziali di sviluppo dei dispositivi di IA immessi sul mercato o in uso. Infine, non sfugge al lettore attento agli aspetti di ordine politico e strategico, oltre che a quelli di carattere formale, il fatto che vi siano delle disposizioni che fanno esplicito riferimento a criteri di eligibilità territoriali – come, ad esempio, il fatto che Irlanda e Danimarca non siano vincolate dall’art. 5 del Tfue, par. 1, lett. d), e par. 2 e 3 del regolamento.

Vi sono diversi aspetti che meritano qui di essere ripresi e messi in prospettiva critica. Il primo attiene alla ineludibile tensione che esiste fra una impostazione di carattere normativo tradizionale – legata a forme di applicabilità e di eligibilità di tipo territoriale – e la natura dell’oggetto normato. Partiamo dalla seconda. Anche se si circoscrivesse l’oggetto normato alla “sola” IA – pur nelle sue molteplici forme che il regolamento riconosce al titolo I – saremmo dinnanzi ad un dispositivo che necessita di una visione capace di guardare trasversalmente ai territori. Sia gli algoritmi sia le reti neurali si sviluppano e apprendono attraverso processi che hanno come base di applicazione insieme di dati difficilmente riconducibili ad ambiti territoriali precisi. In altri termini, se la qualità dell’IA viene associata alla qualità del suo processo di costruzione – cosa che il regolamento fa, in quanto al titolo III introduce una tipologia articolata sulla base della variabile strutturale “rischio” legata alla modalità con la quale l’IA viene sviluppata ancor prima che usata – allora la natura diffusa dei processi di creazione dei contenuti in formato digitale che saranno poi selezionati ed utilizzati prima per “allenare” i dispositivi e poi per consolidarne il processo di apprendimento non può non essere tenuta in conto. Anche ammesso poi che vi sia una forte capacità di controllo *ex ante* sui processi di carattere generativo delle forme di intelligenza artificiale, resta dubbio il meccanismo di raccordo con le autorità nazionali e sub-nazionali in merito alla necessità di creare degli spazi di monitoraggio sperimentale e di validazione *ex post* che siano locali, in senso territoriale. Si tratta di una visione delle forme di normatività naturalizzata che scaturiscono dall’IA – derivate dal fatto che la struttura logica di un dispositivo di aiuto alla decisione o di integrazione dell’azione di carattere algoritmico è articolata come un condizione del tipo: date le condizioni “a”, si agirà in modo “b” – ancora troppo influenzata da una prospettiva tradizionale, come se queste norme potessero essere costanti nel tempo e nello spazio e il loro uso essere temporalmente e funzionalmente identificato chiaramente per un punto x,y univoco nello spazio e in un tempo t_0 inequivocabile. Più ampiamente, vale la pena osservare che la sperimentazione, che il regolamento mette in relazione con il processo di elaborazione di un giudizio di accettabilità dell’uso dell’IA, è in prassi e, in quanto tale, connessa a forme di organizzazione della decisione e dell’azione che sono spesso inquadrati in imprese, attività economiche o di erogazione di servizi i cui operatori ai vari livelli di funzione e di responsabilità possono – e ancor più lo potranno – essere siti in luoghi diversi e nondimeno operare *sub* condizione di assetti “aumentati” dalla integrazione di IA. Insomma, la dimensione territoriale cui il regolamento resta, al momento, legato almeno in parte, merita una riflessione ulteriore.

Il secondo profilo di criticità attiene invece agli aspetti legati alla nozione di uso. Anche qui il regolamento oscilla fra una impostazione orientata dalle prassi e una impostazione più tradizionale, che informa largamente tutto l’articolato. È vero che la nozione di uso è cruciale per quanto attiene alla distinzione tipologica che mette in relazione il grado di potenziale di rischio con la natura dell’utilizzo dell’IA. Una relazione non sempre opportuna poiché algoritmi nati per un utilizzo specifico possono senza alcun problema essere estesi a settori contigui, ovvero estesi per prassi e mettere così sotto pressione una tipologia che risulta molto rigida. Ma il punto fondamentale è un altro. La categoria dell’uso, se presa nella sua pienezza, non può che ricondurre alla prassi di uso e al contesto di uso, dove la categoria di effetti intenzionali e non intenzionali diventa cruciale per la reale, effettiva e dirimente attuazione della normativa europea in materia di tutela dei diritti della persona. Se infatti è attraverso l’uso dell’IA che si può empiricamente osservare e sperimentare la qualità dell’IA anche dal punto di vista del rischio effettivo, allora la costruzione di contesti di uso di *pilot*, ossia di test preventivo, va pensata come una modalità di ricerca applicata di diretto impatto sulla vita dei cittadini e sulla qualità del rapporto fra intelligenze umane – individuali o organizzate che siano – e intelligenze tecnologiche. Ancora, va detto che non sarà possibile per via regolamentare escludere rischi di distorsione che nascono proprio da quel rapporto all’interno del mondo lavorativo e che la opportuna tutela anche nella relazione uomo-macchina non può riguardare soltanto il rischio strutturale – misurato in *quantum* di *qualia* tecnologiche – ma anche il deterioramento di capacità umane che sono, esse, garanzie di qualità di beni e servizi *de facto*.

Il terzo ed ultimo aspetto che merita di essere sottolineato per necessaria ed opportuna riflessione tocca direttamente la concezione di tecnologia che è sottesa a tutta la normativa. Per quanto non esplicitato se non nella relazione, il regolamento è fortemente influenzato dalla normativa precedente, cui esso non solo fa riferimento, ma rispetto alla quale va pensata – ed è stata pensata dal legislatore europeo – l’elaborazione dell’articolato. Si tratta di una visione fondata sul presupposto di separatezza e di “separabilità”, da cui deriva una delle premesse fondative del titolo II (insieme alla nozione di rischio, su cui siamo già intervenuti nel primo paragrafo), ossia l’accettazione di un’idea di tecnologia le cui qualità sono concluse nella struttura tecnologica. Così, ad esempio, i dispositivi di chirurgia robotica saranno di qualità conforme e dunque di qualità compatibile secondo una visione *ex ante*, separata dall’uso ma soprattutto separata dal rapporto agente-struttura, laddove l’agente è comunque ibrido e la struttura non può che essere intesa nel senso di “aumentata”.

6. Il contesto di uso e la questione delle competenze di monitoraggio

Considerando congiuntamente gli obiettivi enunciati e la natura del fenomeno che è oggetto di regolazione, meglio si apprezza – anche in senso critico e integrativo – la distonia che esiste fra strumento (il regolamento nella sua attuale forma) e risultato auspicato/promesso. Sin dall’inizio, infatti, in modo più o meno esplicito, la pluralità delle forme e delle razionalità sottese alle diverse normatività che si riconosce siano in qualche modo pertinenti nel campo dell’IA appare evidente. Già nell’enunciare gli oneri di controllo e le modalità di restrizione che il regolamento prevede di introdurre a carico di fornitori ed utenti, si trova nello stesso passaggio citato sia il riferimento agli obiettivi etici (così come scaturiscono dalla indicazione delle risoluzioni del Parlamento europeo del 2020 e del 2021 ripresi nella relazione di accompagnamento: “*La risoluzione del Parlamento europeo concernente un quadro relativo agli aspetti etici dell’intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate raccomanda specificamente alla Commissione di proporre una misura legislativa per sfruttare le opportunità e i benefici dell’IA, ma anche per assicurare la tutela dei principi etici*”), sia il riferimento alla normativa nazionale primaria e secondaria, sia ancora alla normatività di *soft-law* che scaturisce dai codici di condotta. Una pluralità di forme normative e quindi di formanti che si riflette direttamente sia sulla tipologia dei costi, sia sulla distribuzione degli oneri di attuazione, sia sulla esigita (ma giuridicamente inesigibile) creazione di capacità di prevenzione dei costi ovvero di esercizio puntuale e diffuso del controllo (33).

I riflessi sulla tutela dei diritti della persona, nonché sulle forme di controllo e di partecipazione che attori istituzionali portatori di valori e competenze sono in grado di assicurare all’interno dei processi, sono senza alcun dubbio una questione non solo aperta, ma di rango primario nella agenda del millennio che si apre davanti. Il primo ventennio del XXI secolo si è senz’altro qualificato per lo sviluppo esponenziale della scienza dei dati, per il trasferimento in formato digitale di contenuti e forme di elaborazione documentale, per la crescente enfasi posta sulle aspettative, le promesse e le opportunità che il connubio fra digitale e intelligenza computazionale fanno insorgere in merito alla decisione, alla organizzazione, alla erogazione dei servizi. Negli ultimi cinque anni, poi, il settore del diritto e della giustizia è stato attraversato da un fenomeno particolarmente diffuso e di portata ancora largamente inesplorata, derivato dalla combinazione di due fattori: da un lato, la disponibilità, spesso in *open access*, di dati di carattere statistico-sociale, economico, commerciale e di documenti di tipo giuridico e giudiziario in formato digitale; dall’altro lato, la fruibilità di tecniche di matematica applicata e di scienza dell’informazione, unite allo sviluppo di macchine dalla capacità di calcolo in crescita esponenziale.

Al di là della chiara evidenza che ciascuno può constatare in modo pressoché ostensibile in merito all’impatto che la tecnologia digitale ha nella vita quotidiana economica e sociale, nell’ambito della giurisdizione le recenti evoluzioni che si annoverano, talvolta in modo troppo frettoloso e sintetico, sotto la categoria della intelligenza artificiale richiedono una presenza consapevole e dialettica delle professionalità portatrici di valori costituzionali, nonché delle competenze operative nel settore pubblico sul territorio, in una funzione che non può che essere di intermediazione fra l’intelligenza applicata al contesto di uso dell’IA e l’assetto regolativo nel suo “divenire reale, ossia attuato *hic et nunc*” (34).

È interessante notare che il controllo previsto dal regolamento copre le categorie delle azioni e dei settori, ma anche quello dei prodotti: «*Il controllo dell’attività si accompagna al controllo sui prodotti: qui si tratta dei processi di intelligenza artificiale che sono realizzati e distribuiti come “prodotto” in sé e per sé considerato, o sono inseriti in altri prodotti, come parte componente, o sono utilizzati dagli operatori del mercato. Non si parla di macchinari, che sono oggetto di altro atto normativo, né di robot, che non sono ancora definiti normativamente in ambito europeo, ma non sfuggono al controllo in quanto possono rientrare nell’una o nell’altra categoria normale*» (35). È in questa direzione che occorre volgere lo sguardo da parte non solo del legislatore (ricevente) nazionale, ma anche e soprattutto della istanza di controllo giurisdizionale ovvero di controllo terzo. Già, infatti, proprio facendo riferimento alla risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 in materia di responsabilità civile connessa con l’uso dell’IA, la Commissione rileva: “*le caratteristiche delle tecnologie digitali emergenti, come l’intelligenza artificiale, l’Internet delle cose e la robotica, mettono alla prova taluni aspetti dei quadri normativi dell’Unione e nazionali in materia di responsabilità e potrebbero ridurre l’efficacia. Alcune di queste caratteristiche potrebbero rendere difficile risalire dal danno subito al comportamento umano, che giustificerebbe la domanda di risarcimento sulla base della*

(33) Sulla linea argomentativa che si propone, va accolta la tesi secondo cui anche la forma normativa di carattere etico deve coniugarsi ad una attenzione per il contesto di uso, non in ragione di una prospettiva o auspicata erosione dei principi etici, quanto piuttosto di un loro ancoraggio fenomenologico e comportamentale, il quale non può essere disgiunto da processi di formazione e di professionalizzazione. Troviamo interessante l’insieme delle osservazioni proposte in P. Benanti, *Algor-éthique: intelligence artificielle et réflexion éthique*, in *Revue d’éthique et de théologie morale*, 2020, 3, 93. Una eco dello stesso tipo di impostazione si trova in S. Lacour, D. Piana, *Faites entrer les algorithmes! Regards critiques sur la “justice predictive”*, in *Cités*, 2019, 4, 47. Interessantissime le osservazioni di L. Floridi, *Soft Ethics and the Governance of the Digital and the General data Protection Regulation*, in <royalsocietypublishing.org>, 15 ottobre 2018.

(34) L’attenzione necessaria per il contesto di uso e la visione del diritto ovvero della normatività in senso plurale e comprensivo della dimensione delle prassi si trovano magistralmente coniugate in D. Buzzelli, M. Palazzo, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Pisa, Pacini, 2022.

(35) G. Alpa, *op. cit.* V. anche, sull’apporto del Consiglio d’Europa, Y. Meneceur, L. Hibbard, *Les apports du Conseil de l’Europe à une réglementation globale de l’intelligence artificielle. Revue des instruments juridiques du Conseil de l’Europe relatifs à l’intelligence artificielle et des enjeux particuliers en matière de santé et de biomédecine*, in *Droit, Santé et Société*, 2021, 3, 55.

responsabilità per colpa ai sensi delle norme nazionali. Di conseguenza, potrebbe essere difficile o costoso far valere le domande di risarcimento basate sulle norme nazionali in materia di responsabilità civile e pertanto le vittime potrebbero non essere adeguatamente risarcite” (36).

La salienza istituzionale e culturale del profilo professionale e organizzativo dei ruoli più elevati all'interno dei settori di politica pubblica è certamente aumentata nel corso dei decenni che hanno fatto seguito alla *mise en cause* dell'assetto burocratico dell'amministrazione e della macchina statale. Se, infatti, in un modello organizzativo improntato su una *governance* di tipo strettamente gerarchico, la funzione direttiva si definisce in modo coerente come quella che raccoglie in sé una maggiore conoscenza, una visione più astratta e generale dei compiti e degli obiettivi oltre ad una dotazione di risorse sufficienti a garantire l'attuazione delle norme, l'adozione di processo “aumentati” sia nella gestione dei procedimenti e delle risorse, sia nella presa di decisione (anche delle decisioni ad alto tasso di standardizzazione, per come viene valutata *ex ante* su base tipologica) induce ad una riconsiderazione delle forme di controllo e delle procedure di assegnazione della responsabilità (37).

Il dibattito scientifico in essere tocca soprattutto le dinamiche trasformative dell'amministrazione pubblica nel suo complesso. Richiamare questo aspetto è oggi particolarmente importante perché proprio sul terreno della combinazione di diverse intelligenze e della necessità di trovare metodi che aiutino a identificare come combinare tali intelligenze si situa il punto di partenza per prospettare un nuovo paradigma.

Al suo interno certamente la significatività della trasformazione digitale si manifesta e si declina attraverso il nesso “dati-organizzazione-governance”: su quali snodi funzionali avvalersi di strumenti di aiuto alla decisione, dove fare intervenire il dato, dove l'informazione tratta dal dato, come da questa elaborare conoscenza e come offrire questa conoscenza a coloro che operano nei diversi servizi/settori in modo che ne siano aiutati, sono, nel loro insieme, domande cui tale paradigma nuovo deve dare risposta. È tale risposta che permette poi, ad esempio, alle funzioni direttive e alla dirigenza amministrativa di svolgere quel presidio della qualità che in altra sede abbiamo qualificato come qualità in due tempi, una attenta alla innovazione, l'altra attenta alla stabilità.

Dunque, insieme con la regolazione, un articolato, diffuso, competenze e interdisciplinare assetto di controlli necessita di essere creato. A questo occorre che siano associate tre precondizioni necessarie – ancorché non sufficienti – per l'attuazione efficace della innovazione stessa:

a) livello micro-organizzativo. Qualsiasi processo di innovazione dovrebbe prevedere al suo interno dei momenti, regolari e scanditi in modo prevedibile, di confronto e di reciproca conoscenza di cosa accade in tutti i punti dello spazio organizzativo (tutte le unità o tutti i servizi) durante il processo di attuazione. La possibilità di discernere in modo consapevole ed autonomo cosa ha funzionato e cosa non ha funzionato è una delle prime strade per abbassare i costi di cognitivi di controllo;

b) livello deontologico;

c) livello di interazione con i fornitori.

Il tema dominante trasversale ai diversi punti evocati è quello della *governance* partecipata e della rispondenza ad un ciclo continuo di conoscenza che dal dato prende ispirazione, ma non si riduce al dato, che valorizza la conoscenza pratica, che costruisce con l'innovazione un vettore di crescita delle persone.

Di fatto il potenziamento della digitalizzazione, lungo tutta la filiera della *governance*, posiziona su uno spazio – quello dematerializzato – contenuti, saperi, esperienze di costruzione delle competenze che mai prima avrebbero potuto incontrarsi nella condivisione dello stesso *medium* infrastrutturale. In altri termini, il passaggio dell'onere delle garanzie dalla norma primaria – e di ordine armonizzante e regolativo – alle funzioni che le diverse istanze terze (scientifiche e giuridiche) possono svolgere lungo tutto il ciclo che va dalla adozione della norma fino alla sua attuazione e alla sua revisione comporta uno spostamento dell'analisi critica e dell'eventuale azione di ingegneria istituzionale verso ciò che in letteratura viene riferito come “fare accadere la regolazione” (*make regulation happen*) (38).

7. Regolazione, giurisdizione, governance: una normatività modulare necessaria

Per quanto sia implicitamente inserita nel disegno del legislatore europeo la natura “non soltanto regolativa” della normatività che si ritiene debba intervenire per rendere il fenomeno dell'IA e della tecnologia digitale ad esso associato (sia come condizione necessaria e generativa di questo, sia come conseguenza evolutiva/involutiva dell'uso di questo) compatibile con i principi, i valori e il quadro dello Stato di diritto europeo sono la porta da cui fare entrare una riflessione più articolata sul tema cardine che qui ci interessa: quale/i norma/e per quali segmenti del ciclo di creazione, uso, revisione e diffusione dell'IA? Più in particolare interessa riflettere sulla questione principe dello Stato di diritto

(36) Commissione europea, Relazione sulle implicazioni dell'IA del 19 febbraio 2020 COM (2020) 64 final.

(37) Su questo aspetto ci permettiamo di rimandare a C. Byk, D. Piana, *L'intelligence artificielle: un “concept flottant” entre apparence de consensus normatif et controverses cachées sur le projet de société*, in *Droit, santé et société*, 2021, 3, 76.

(38) M.K. Kołacz, A. Quintavalla, *Law in the Face of Disruptive Technology*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2019, 1, 1.

Gli approcci normativi oggi presenti su scala globale sono diversi, come diverse sono le culture giuridiche degli ecosistemi socio-politici che si sono espresse nel contesto del G7 del 2022 in materia di *privacy*. Trovare un punto di dialogo fra metodo regolativo (specifico dell'Unione europea), centralità della *soft law* o forme di normazione che combinano queste due prime modalità, sarà quanto potrebbe essere auspicato per avere una *governance* transnazionale.

nell'incontro con la trasformazione tecnologica digitale e l'avanzamento straordinario della ricerca matematica applicata a questa, ovvero la possibilità effettiva di avvalersi di meccanismi di garanzia validi ed efficaci nell'ambito di interazione fra la personalità giuridica soggettiva e l'attore pubblico. Tale interazione si configura in modo (almeno) duplice, per quanto riguarda il tema qui trattato: da un lato, il ricorso del cittadino o dell'imprenditore all'attore pubblico per via di una domanda di garanzia o di ripristino di un disequilibrio o di un danno; dall'altro, l'azione dell'attore pubblico coadiuvato da razionalità algoritmiche matematiche nella presa della decisione e, per questa ragione, suscettibili di essere rispondenti a quelle garanzie che il regolatore europeo, già attraverso la normativa sulla tutela dei dati personali e ad oggi in prospettiva attraverso il regolamento qui discusso, intende assicurare.

Affermare in premessa che abbiamo bisogno di normatività per assicurare l'effettività delle garanzie significa affermare che accanto alla regolazione devono intervenire altre forme di normatività che avranno natura differenziata sul piano della coerenza giuridica e sul piano della *ratio nascendi*.

Come opportunamente sottolineato, "l'imperativo kantiano" nel contesto del ciclo di vita dell'IA viene ampiamente sottoposto a *caveat* di contesto, nella necessità di introdurre nel ciclo in questione effetti di garanzia che siano *ex post*, a valle della verifica, per via dell'esperienza, della prassi e dell'uso, della compatibilità di questi tre ultimi aspetti (esperienza aumentata, prassi algoritmica, uso dell'IA) con i diritti della persona (39).

Tali forme normative ci pare possano essere classificate sulla base di una gradualità della coerenza e sulla base di una gradualità di differenziazione data dalla partecipazione di istanze di controllo terze che introducano una impostazione di tipo casistico:

- regolazione;
- codice etico;
- forme di *governance*, ivi compresa la *governance* delle professionalità esperte;
- controllo giurisdizionale.

Mentre la prima forma è quella scelta dal legislatore europeo e la seconda forma meriterebbe una trattazione a parte per via della pluralità della ricchezza e della vastità di lavori accademici, di dottrina e di esperienze, comparate e nazionali, nei prossimi paragrafi ci occuperemo della terza e della quarta forma di normatività. Esse, infatti, ci sembra che maggiormente abbiano salienza per la giurisdizione, in particolare per la professionalità, che, combinando competenza amministrativa e tecnica con integrazione dell'IA, sposta l'accento e l'onere della responsabilità nell'alveo del settore pubblico, e per la questione del controllo esercitato da parte dell'organo giurisdizionale, amministrativo e contabile, anche di ultima istanza.

L'accelerazione della trasformazione digitale non va presa come un fenomeno a se stante, ma va osservata nella sua interazione con la diversificazione delle intelligenze che – anche grazie al digitale – entrano nel settore pubblico o ne sono riqualificate. Per intelligenze si intende qui le forme della cognizione che producono sia riconoscimenti di regolarità sia creazione di significati (40). Tre principi si potrebbero richiamare per immaginare come proiettare la razionalità progettuale delle funzioni direttive in un orizzonte ampio che le veda in dialogo, per la parte organizzativa, gestionale, analitica e metodologica, con saperi scientifici costruiti nel mondo accademico: fare del sapere un bene comune superando confini funzionali e puntando alla intersettorialità dei metodi e dei linguaggi; la domanda di saperi integrati; l'attenzione alla organizzazione del lavoro, coniugando la costruzione di un'amministrazione aumentata dal potenziale digitale con la valorizzazione delle persone.

In effetti, si parla spesso di cambiamento e di innovazione, individuando in entrambi la strada per migliorare i servizi resi ai cittadini e il metodo per aumentare la qualità della risposta che viene data dalle istituzioni pubbliche alla domanda di tutela di diritti che sorge dalla società e dall'economia. Non si tratta solo di approntare una teoria: si tratta di costruire un percorso di conoscenza che sia capace di produrre al contempo tre cose: una mappa delle leve che possono essere attivate per migliorare; una consapevolezza di come attivare quelle leve; un metodo per misurare l'avvicinarsi del cambiamento auspicato.

Il rapporto con la creazione e il consolidamento di buone prassi ne emerge in modo lineare. Nessuna prassi innovativa può essere pensata ed attuata senza che alla base vi sia una consapevolezza collettiva di quali leve per il cambiamento gli attori possano attivare. In questo contesto e tenendo presente queste premesse, la funzione direttiva si qualifica per il suo carattere trasversale, di ideazione e di presidio delle progettualità di insieme, di investimento sulla professionalità e di integrazione di tutte quelle forme di cognizione che sono portatrici di contenuti e di saperi. A questo servono gli strumenti di carattere metodologico. Occorre dunque investire sul connubio fra conoscere e fare, conoscere in modo non teoretico – o quantomeno non soltanto teoretico – ma anche e soprattutto in modo pratico e suscettibile di ispirare delle prassi di azione. A partire da questa fase, la discussione dei risultati, la partecipazione nell'attivare quelle

(39) M. Perc, M. Ozer, J. Hojnik, *Social and juristic challenges of artificial intelligence*, in *Palgrave communications*, 2019, 5, 1; M. Burch, *Normativity, meaning, and the promise of phenomenology*, New York, Routledge, 2019.

(40) Più approfondita la trattazione delle intelligenze nella loro interdipendenza in D. Piana, *Legal Services and Digital Infrastructures*, London, Routledge, 2021, cap. 6. Volutamente la concettualizzazione vuole conservare un livello di analisi che va al di là della sola intelligenza umana o della sola intelligenza artificiale, volendo sottolineare quanto sia livello micro che livello macro debbano essere presi in considerazione proprio nella interazione delle intelligenze nella loro manifestazione a livello individuale e nel loro incardinamento a livello organizzativo.

leve di cambiamento migliorativo che sono emerse dalla conoscenza basata – ancorché non soltanto basata – sui dati quantitativi, diventa un segmento della *governance* cruciale perché costruisce su motivazione, consapevolezza e interiorizzazione.

Per alcuni momenti, abbiamo pensato di arrivarci con il diritto, anzi con quella forma speciale di diritto che è la regolazione. Anche se, in talune circostanze, la difficoltà incontrata dapprima nel fabbricare la regolazione e poi ad implementarla ci ha convinti a spostare il baricentro delle aspettative normative sulla *soft-law*, ad esempio sugli standard e le linee guida, o i libri bianchi. Ma comunque, senza imbarcarci nella ventura destinata al naufragio della difformità applicativa ed al conseguente *dumping* non solo di mercato, ma anche e soprattutto sociale, del regolare tutto con la formalizzazione giuridicamente cogente. Accanto a questa prima *impasse* ve ne è un'altra, che riguarda il “chi fa le regole” e soprattutto il “chi si impegna a fare sì che queste vengano rispettate”.

Su questo aspetto il gioco fra governi ed imprese, soprattutto le grandi imprese che sono in realtà caratterizzate da una complessa ed istituzionalizzata corporata *governance*, diventa strategico.

In verità ci si è detti che sta ai governi fare le regole, ma la verità vera, quella che sta anche dal lato della ricerca scientifica, è che le regole vengono in parte costruite da chi ha l'*expertise* per costruire i dispositivi che devono essere regolati e che già nella loro architettura integrano forme di auto-regolazione. È finanche un bene che sia così. Nel mondo dell'ingegneria informatica, della fisica, dell'ingegneria aerospaziale e della bioingegneria, solo per fare alcuni esempi affatto esaustivi dell'immenso universo che l'innovazione tecnologica ha aperto negli ultimi anni, le regole stanno in parte già all'interno dei processi di ingegnerizzazione delle innovazioni ad alta densità di capitale epistemico. La specializzazione elevatissima fa da barriera alla possibilità stessa di rendere tutto governabile in modo eteronomo.

Sarebbe impensabile regolare l'attuazione dei grandi cantieri, come per esempio quello della rete unica, mettendo la *ratio decidendi* soltanto nell'alveo del Governo. E non si tratta della critica solita rivolta alla capacità amministrativa del Paese. È, al contrario, il riconoscimento che la *public governance* non è la *governance* fatta solo dagli attori pubblici, ma un complesso insieme di meccanismi di creazione di regole di attuazione delle stesse, di verifica puntuale e *in itinere* dei risultati conseguiti e dei problemi incontrati, di comunicazione al pubblico e di coinvolgimento delle istanze della società civile, in un percorso che non è mai dato, mai acquisito, è sempre asintotico, sempre in divenire.

Dovremmo capitalizzare le esperienze passate e farne una bussola per il Governo di quello che è a tutti gli effetti uno strumento di produzione e distribuzione di un servizio pubblico, ossia quell'insieme di servizi che verranno erogati, garantiti, spiegati, resi accessibili – o più propriamente che dovranno essere garantiti, resi accessibili ed intelligibili, ovvero degni di fiducia ed affidabilità – ai cittadini, con una dotazione di rete realmente integrata e standardizzata. Non ci vogliamo qui occupare della questione dei profili, pur esistenti, della concorrenza e della competitività. Vogliamo invece mettere a fattore comune quello che abbiamo imparato dalle esperienze passate e dalla ricerca. Né il solo diritto, né la sola regolazione possono essere sufficienti. Per fare sì che gli investimenti infrastrutturali siano orientati alla creazione di un bene pubblico, che a sua volta ha un impatto fortissimo sulla garanzia di diritti di accesso a servizi, occorre che tutti gli attori portatori di conoscenza e osservatori di conoscenza pratica strategica siano coinvolti. L'evidenza empirica comparata ce lo mostra non solo guardando ai diversi Paesi europei, ma anche ai diversi settori di politica pubblica.

Si potrebbe allora obiettare che non vi è nulla di nuovo nel dire che lo Stato non basta e non basta nemmeno il diritto positivo. I partenariati pubblico-privati e le forme di *soft law* che abbiamo sperimentato negli ultimi decenni sono infatti un paradigma o le manifestazioni di un paradigma che tenta di rispondere appunto a questo. Ma il punto è altro. Il punto è che abbiamo bisogno di una bussola che tenga conto non solo del momento della progettazione tecnologica, ma anche della ricerca e della conoscenza empirica dell'utilizzo della tecnologia, che “aumenta” in qualche modo la *governance* con la conoscenza che nasce – nel senso letterale del termine perché di scoperta si tratta – dall'incontro fra una tecnologia progettata e il suo utilizzo nel contesto in cui questo accade.

Le novità, dunque, attingono sia al capitale cognitivo-informativo sia alla predeterminata strutturazione di massima della associazione risorsa-contesto di impiego, laddove il *novum* è costituito dal modo con cui le persone neoassunte interagiranno con il personale in organico e al contempo dal modo cui le prime e le seconde, prese come *cluster* di nodi funzionali, interagiranno con le infrastrutture tecnologiche e con gli applicati.

Inoltre, mai come in questo periodo storico, lo sforzo organizzativo ed innovativo è stato foriero di dati, evidenze empiriche e risultati di ricerca applicata. Solo per ricordare alcuni tipi di questi, i dati che scaturiscono dalle tracce digitali dei comportamenti individuali su larga scala, derivati dalla crescente, in via esponenziale, estensione degli applicativi a procedimenti, forme di servizi, interfaccia, i dati statistici, le evidenze empiriche raccolte con le ricerche applicate, e la lista non è esaustiva.

Il metodo che di cui si ha bisogno è un metodo di declinazione del conoscere in modo *data-centered*, ma non *data-exclusive*, per organizzative meglio e per pensare alla *governance* fra centro e territori in modo sistemico.

Quindi nella regolazione dovrebbe esserci anche un momento che integra periodicamente il monitoraggio di ciò che accade quando la rete, e i servizi che su di essa viaggiano verso il cittadino, incontrano cittadini ed imprese, da questi “ritornano” – sotto forma di dati esperienziali analizzati in modo strutturato e metodologicamente rigoroso – agli attori che hanno poteri regolativi.

Il sistema di *governance* sarebbe così capace di accogliere al suo interno il regolamento e le forme di regolazione ad esso connesse, pur mantenendo uno spettro di garanzia lungo tutto la filiera della costruzione della conoscenza da quella tecnica a quella organizzativa, economica, sociale, da parte degli attori che non sono solo *stake-holders*, ma anche *knowledge-holders*.

8. Il controllo giurisdizionale e la responsabilità tecnica

La questione del controllo giurisdizionale sull'utilizzo dell'IA nella presa di decisione pubblica rappresenta il primo, e forse anche il più saliente, ambito nel quale la costruzione di nuove garanzie è stata vissuta come una sfida per il quadro normativo in essere così come ereditato dal XX secolo. Ad oggi alcuni punti fermi appaiono in dottrina e nella evoluzione giurisprudenziale sia nazionale, sia comparata. *In primis* è il diritto di accesso.

In secondo luogo, in reazione e con una azione di tipo interpretativo ed aggiuntivo da parte delle Alte Corti francesi, è stato definito il perimetro entro cui quel diritto si applica ai casi di utilizzo per l'allocazione di risorse pubbliche – ad esempio il numero dei posti disponibili per istituzione universitaria sita sul territorio nazionale parametrato alla previsione di domanda di iscritti – e per l'equilibrio fra i diritti individuali e il bene collettivo.

Un equilibrio, questo, che è stato il tema fondamentale della discussione post pandemica in ambito gius-pubblicistico proprio in virtù dell'impatto inedito e difficilmente regolabile *ex ante* delle decisioni dell'attore politico ed amministrativo erosive delle libertà fondamentali – di mobilità, di carattere economico, ma anche di accesso a servizi pubblici come la scuola e la sanità. In generale, l'esperienza pandemica ha messo in evidenza, con una estroffessione inimmaginabile prima, l'effetto aggregato di decisioni pubbliche ausiliate o "aumentate" da algoritmi allenati su basi dati, queste ultime costruite, arricchite e popolate attraverso meccanismi di raccordo fra istituzioni territorialmente connotate – le regioni – e comportamenti non direttamente indicizzabili ad una posizione univoca per tutela della *privacy* – gli spostamenti delle persone.

Il giudice amministrativo è stato chiamato ad intervenire nel merito delle litigiosità scaturite dalle decisioni, ad esempio, di limitare gli orari di apertura di esercizi commerciali o di limitare gli accessi (ovvero di segmentarli) a sedi di erogazione di pubblici servizi. Ma in generale la questione si pone oggi in una materia ancora largamente inesplorata sia in dottrina, sia, e soprattutto, in prassi, dunque anche nel dibattito e nella costruzione di professionalità e meccanismi di *governance* (*supra*) appropriati. Si tratta dell'ambito del mercato pubblico e del mercato delle opere infrastrutturali, dove l'erogazione di finanziamenti cospicui, spesso su base di progetti sottoscritti da partenariati pubblico-privati, si trova ad essere contestualizzata in un ambito dove l'IA è utilizzata per valutazioni *ex ante*, ma soprattutto per decisioni prese *in itinere*, ad esempio nella gestione di procedimenti amministrativi in materia di diritto dell'ambiente, dell'energia, del territorio, dei beni culturali (41).

Seguendo le riflessioni sviluppate sino ad ora, una più completa valutazione dell'impatto del regolamento nei Paesi membri dell'Unione europea – e sul posizionamento dell'Unione europea su scala globale in materia di intelligenza artificiale, tutela dei diritti fondamentali, promozione della società digitale – necessiterà sia di uno sguardo comparato alle traiettorie che ciascun Paese, facendo valere la propria tradizione giuridico-amministrativa oltre che le proprie *legacy* di *governance* partecipata, intenderà seguire, sia di una visione attenta di come nel nostro Paese la costruzione di professionalità, linguaggi e metodi capaci di entrare in dialogo con quella giuridica e quelli della giurisdizione sia riconosciuta ed attuata come una delle strategie prioritarie del prossimo futuro.

* * *

(41) V. Banca europea per gli investimenti, *Artificial Intelligence, Blockchain, and the Future of Europe*, 2021, disponibile al link <www.eib.org/attachments/thematic/artificial_intelligence_blockchain_and_the_future_of_europe_report_en.pdf>.