

Osservatorio sulle fonti
Collana di studi

Diretta da P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

Sistema delle fonti e nuove tecnologie

Il ruolo delle autorità indipendenti

a cura di

Andrea Simoncini



Giappichelli

Introduzione

SISTEMA DELLE FONTI E NUOVE TECNOLOGIE. LE RAGIONI DI UNA RICERCA DI DIRITTO COSTITUZIONALE, TRA FORMA DI STATO E FORMA DI GOVERNO

di *Andrea Simoncini*

Sommario: 1. Il potere tecnologico e il suo carattere costituzionale. – 2. Come regolare il nuovo potere? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo. – 3. Il ruolo delle autorità indipendenti: nuove ragioni per la loro costituzionalizzazione.

1. *Il potere tecnologico e il suo carattere costituzionale*

Risale all'inizio del mese di agosto del 2021 la notizia di un attacco senza precedenti al sistema informatico della Regione Lazio. In quel frangente sono rimasti bloccati per alcuni giorni i servizi del sistema sanitario regionale, il tutto in piena emergenza connessa alla pandemia mondiale di Covid-Sars¹.

Questa notizia di cronaca è solo una delle ultime in ordine di tempo a testimonianza di un fenomeno crescente e conosciuto come *cyber-crime*, termine entrato ormai nel lessico ordinario tanto che l'Enciclopedia Treccani lo ha inserito nel suo dizionario *online* con questa definizione: «*Reato nel quale la condotta o l'oggetto materiale del crimine sono correlati a un sistema informatico o telematico, ovvero perpetrato utilizzando un tale sistema o colpendolo (rispettivamente, si parla di computer as a tool e computer as a target)*»².

La diffusione travolgente delle nuove tecnologie nel settore dell'informazione

¹ Ne dà conto il sito web della Regione Lazio, identificando come data quella del 30 luglio 2021: <https://www.regione.lazio.it/notizie/attacco-hacker>.

² La voce è inserita nel *Lessico del XXI secolo* dell'Enciclopedia. Cfr. [https://www.treccani.it/enciclopedia/cybercrime_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/#:~:text=cybercrime%20s.,e%20computer%20as%20a%20target\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/cybercrime_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/#:~:text=cybercrime%20s.,e%20computer%20as%20a%20target)).

e delle comunicazioni (le cosiddette ICT³) sta facendo sì che questi strumenti stiano diventando letteralmente indispensabili per lo svolgimento delle nostre attività. Dalle funzioni più semplici legate alle preferenze della singola persona, a quelle più complesse riguardanti la gestione di interessi e funzioni collettive, fino al governo di intere popolazioni, un numero sempre maggiore di funzioni (pubbliche e private) sono realizzate attraverso mezzi tecnologici.

In effetti, questa considerazione, in sé, potrebbe non avere nulla di sorprendente.

Tutta l'evoluzione umana e le condizioni di vita nelle quali attualmente ci troviamo sono frutto di una costante relazione tra l'umano e la tecnologia⁴.

La caratteristica che rende, però, peculiare il tempo che viviamo, riguarda, da un lato, il *tipo* di cultura tecnica impiegata – quella nata a seguito della cosiddetta rivoluzione cibernetica⁵ – cultura che implica *intrinsecamente* un riflesso sull'ordine politico⁶; dall'altro, la *trasversalità* di questa strumentazione tecnologica che, producendo decisioni⁷ – e non solo *mezzi* per eseguire decisioni – può applicarsi a qualsiasi ambito della esistenza umana.

Ad acuitizzare questo quadro già estremamente significativo, è intervenuta la pandemia da Covid-19 che nel 2020 ha colpito il mondo accentuando ancor più visibilmente questa già evidente forma di dipendenza tecnologica.

³ Ovvero tecnologie, di uso generale, riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione, che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso hanno posto le basi per la Quarta Rivoluzione industriale. Cfr. K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, Monaco, 2016; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.

⁴ Cfr. l'intervista a Carlo Sini "La cosa in sé: una superstizione moderna" in <http://www.inattuale.paolocalabro.info/2012/03/la-cosa-in-se-una-superstizione-moderna.html>, ultima consultazione 04/02/2019); G. BUCCELLATI, *All'origine della politica. La formazione e la crescita dello Stato in Siro-Mesopotamia*, Jaca Book, Milano, 2013; A. LEROI-GOURHAN, *Evoluzione e tecniche*, Jaca book, Milano, 1993.

⁵ N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, 1948; Cfr. anche V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 63 ss.

⁶ Per tutti, H. MARCUSE, *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*, con introduzione di Douglas Kellner, II ed., Boston, 1991, p. 3 ss., dove afferma: «una confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà, prevale nella civiltà industriale avanzata, segno di progresso tecnico. In verità, che cosa potrebbe essere più razionale della soppressione dell'individualità nel corso della meccanizzazione di attività socialmente necessarie ma faticose (...). Che questo ordine tecnologico comporti anche un coordinamento politico ed intellettuale è uno sviluppo che si può rimpiangere, ma che è tuttavia promettente» (nostra la traduzione).

⁷ La definizione contenuta all'art. 3, par. 1, n. 1, della Proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 recita: «"sistema di intelligenza artificiale" (sistema di IA): un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, 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» (nostro il corsivo).

Moltissime dotazioni tecnologiche oggi rappresentano l'architettura indispensabile di servizi di interesse pubblico generale: si pensi, all'esempio già citato del servizio sanitario regionale, ma altrettanto potremmo dire per la gestione delle telecomunicazioni, dell'energia⁸, dei trasporti⁹, dei sistemi giudiziari¹⁰, degli apparati militari¹¹; ma ancor più profonda è la dipendenza tecnologica del sistema economico, sia nella dimensione produttiva (la cosiddetta industria 4.0) sia nei servizi (nei settori creditizio, finanziario, assicurativo), tanto da aver suggerito la nota definizione di "capitalismo di sorveglianza"¹².

La ragione profonda della diffusione esponenziale di queste tecnologie è complessa ed eccede sicuramente lo scopo di queste brevi note introduttive; in sintesi, qui possiamo limitarci ad osservare che essa va ricercata in due dimensioni: quella della *velocità* e della *utilità*.

Oggi, grazie a sistemi di computazione sempre più sofisticati (la nuova frontiera è rappresentata dai computer quantistici) è possibile far circolare ed elaborare quantità ma viste prima di informazioni. Esiste una vera e propria legge empirica¹³ secondo la quale ogni diciotto mesi la complessità e le performance dei microprocessori (alla base dei computer) raddoppia.

Ovviamente questo dato di fatto consente un vantaggio incomparabile in termini di efficienza rispetto alla variabile sinora ritenuta indipendente nelle funzioni umane: quella temporale.

Poter compiere la stessa quantità di operazioni in tempi sempre più ridotti è diventato un indicatore certo della efficienza di un sistema.

La seconda dimensione è quella della *utilità* pratica.

L'automazione dei processi decisionali, da quelli più semplici (come cercare il tragitto più breve per raggiungere una località in auto), a quelli più complessi (stabilire se una persona che ha commesso un reato, lo ricometterà), solleva gli

⁸ Si veda l'attacco *hacker* sferrato il 7 maggio 2021 alla *Colonial Pipeline*, oleodotto di quasi 9.000 chilometri che trasporta 3 milioni di barili di carburante al giorno da Houston a New York. Vd. <https://www.nytimes.com/2021/05/14/us/politics/pipeline-hack.html>.

⁹ Si pensi all'uso di sistemi di intelligenza artificiale nel settore dei trasporti, nei servizi di volo o nel settore nautico.

¹⁰ Per una valutazione dell'impatto delle nuove tecnologie digitali sul processo si veda E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 161 ss.).

Il riferimento è, in particolare al processo telematico introdotto nella giustizia civile e amministrativa, nonché a quello di prossima introduzione nella giustizia penale.

¹¹ Cfr. C. CUCCO, D. MAURI, *Omicidi mirati a mezzo drone: brevi riflessioni a margine del caso "Lo Porto" tra diritto penale e diritto internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5/2018, p. 65 ss.

¹² S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019, *passim*.

¹³ È la cosiddetta *Legge di Moore*. Si veda la Voce nell'Enciclopedia britannica, al seguente link: <https://www.britannica.com/technology/Moores-law>.

esseri umani da un'attività estremamente complessa e costosa: quella di riflettere, ragionare, valutare e decidere; attività che, in certe situazioni, oltre ad essere impegnativa, può diventare anche rischiosa, se nelle decisioni sono coinvolti profili di responsabilità¹⁴.

Di qui l'ulteriore spinta alla diffusione di queste tecnologie sia tra le attività di natura pubblica che privata.

Ovviamente, come accade spesso, quando questi sistemi funzionano, non ce ne accorgiamo; semplicemente, in maniera consapevole o meno, li utilizziamo e ce ne avvantaggiamo; ma quando qualcuno di questi apparati tecnologici s'incepta, mal funziona o, addirittura, viene sabotato, allora ci accorgiamo della loro esistenza. Ed in queste situazioni ci rendiamo conto del vero e proprio *potere* che questi dispositivi esercitano sulle nostre vite. Solo in queste situazioni realizziamo le conseguenze che possono derivare dall'aver o meno accesso a questi mezzi¹⁵, ovvero quali effetti negativi possono derivare per la nostra vita se questi strumenti non funzionano correttamente ovvero se sono usati intenzionalmente in maniera lesiva.

Il dato, comunque, da cui partire, è che ci troviamo dinanzi ad una nuova forma di *potere*, intendendo con questo termine la capacità, che può essere di natura pubblica o privata, di produrre unilateralmente effetti rilevanti nella sfera giuridica di un soggetto¹⁶.

Effetti che possono essere liberamente voluti o accettati dal soggetto stesso, oppure subiti; effetti che possono ampliare la sua sfera di libera autodeterminazione ovvero restringerla.

Una cosa, comunque, è certa: oggi questi apparati tecnologici possono contribuire alla realizzazione e all'ampliamento delle libertà fondamentali della persona, ovvero, per la stessa potenza "pratica", possono causare gravissime lesioni o restrizioni¹⁷. È il carattere "ambiguo" della modernità che Zygmunt Bauman ha da tempo messo in luce¹⁸.

¹⁴ Vari sono sul punto i contributi contenuti in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020.

¹⁵ Sia consentito rinviare a A. SIMONCINI, *L'uso delle tecnologie nella pandemia e le nuove diseguaglianze*, in L. VIOLANTE-A. PAJNO, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 225 ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra le categorie di potere e potestà nel diritto pubblico e nel diritto privato, cfr. A. LENER, *Potere*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, p. 610 ss. Il tema è trattato altresì nel saggio di E. CREMONA presente in *questo Volume*.

¹⁷ Ampiamente sul tema, H.-W. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, in corso di pubblicazione per i tipi di Cambridge University Press.

¹⁸ Z. BAUMAN, *Modernità e ambivalenza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

2. *Come regolare il nuovo potere? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*

Un potere dalle caratteristiche siffatte chiama direttamente in causa il diritto costituzionale.

Il costituzionalismo, infatti, quantomeno nella sua versione moderna¹⁹, nasce proprio con lo scopo di porre un limite giuridico ai poteri (dapprima quelli privati²⁰ e poi anche quelli pubblici²¹) al fine di proteggere in maniera effettiva i diritti e le libertà fondamentali della persona.

Il diritto – quello costituzionale in particolare – ha da sempre trovato nella *normazione* lo strumento principale per fissare tali limiti, ovverosia, per creare un ordine legale al quale ricondurre i rapporti di natura giuridica che si vengono a creare all'interno di un determinato contesto sociale.

Per tale ragione, dinanzi all'“erompere” di questi nuovi poteri²², oggi si ripropone una grande questione di natura costituzionale: *quali* fonti normative utilizzare e *che tipo* di regolazione può efficacemente delimitare l'esercizio del nuovo potere tecnologico, in particolare quando esso coinvolge le libertà o i diritti delle persone.

La risposta a questa domanda richiede una ricerca di diritto costituzionale che si deve articolare in due momenti tra loro legati da una euristica che, come si vedrà, non potrà che essere multidisciplinare.

In un primo momento, occorrerà porsi dinanzi al dato fenomenico, studiandone i caratteri propri e le forme di interferenza che esso sviluppa rispetto alle libertà fondamentali.

In un secondo momento, invece, si dovranno studiare quali mezzi giuridici siano i più adeguati ed efficaci per “dare una regola” a questi dispositivi tecnici.

La suddivisione in due fasi, evidentemente, ha, in questa sede, uno scopo puramente descrittivo, volto a chiarire il percorso analitico da seguire. In realtà, in una ricerca del genere le due fasi non potranno che avere uno sviluppo sincrono ed integrato: la comprensione del fenomeno, pur avendo carattere tecnologico, non potrà che avvenire rispondendo alle domande di natura valutativa proprie della ricerca giuridica, così come la proposta di strumenti normativi non potrà

¹⁹ Sul tema si veda il classico B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, trad. it. e cura di L. Arnaudo, Macerata, 2001.

²⁰ Il cosiddetto primo costituzionalismo nasce per limitare i poteri del re. Si prenda per tutti ad esempio l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione”.

²¹ Il cosiddetto secondo costituzionalismo, quello novecentesco, nasce invece per limitare il potere dello Stato. Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

²² L'espressione ricorre nei saggi di CREMONA e TARLI BARBIERI presenti in *questo Volume*.

che parlare il linguaggio proprio della tecnica, se vorrà essere compresa.

In questo senso uno studio del genere presuppone quello che altrove ho definito un diritto costituzionale “ibrido” capace, cioè di utilizzare diverse forme di propulsione e di utilizzare un linguaggio ed un metodo di analisi comprensibili sia dal regolatore che dal regolato²³.

Questa duplice natura di una ricerca che intenda definire le fonti normative per i nuovi poteri tecnologici, come dicevo, ha una natura “intrinsecamente” costituzionale.

Per un verso, infatti, essa attiene alla dimensione della *forma di stato*, intesa come la risoluzione che un dato ordinamento costituzionale dà alla tensione tra autorità e libertà²⁴.

Come abbiamo ricordato, questi nuovi sistemi tecnici, possono produrre delle compressioni delle libertà fondamentali di natura del tutto nuova.

Nella prima stagione delle costituzioni ottocentesche, la lesione delle libertà fondamentali veniva essenzialmente dal potere privato, fisico, militare del Re. Nella seconda stagione delle costituzioni post-belliche della metà del Novecento, il potere contro cui proteggere le libertà era quello pubblico, legale dello Stato. Ciò che comunque accomunava il costituzionalismo dei secoli XIX e XX era la necessità di combattere costrizioni ed impedimento di natura *esterna* alla volontà, che limitavano, direttamente o indirettamente, l'espressione della libertà di ciascuno.

Il potere tecnologico nel XXI secolo ha un carattere del tutto nuovo.

Il modo attraverso il quale esso interferisce, fino, in certi casi, ad annullare la libertà, è del tutto differente dalle forme precedenti.

Da un lato, una quota sempre più crescente della popolazione mondiale oggi accede alle informazioni di cui ha bisogno nella vita pratica attraverso piattaforme tecnologiche. Si sta consolidando, dunque, una forma di *dipendenza informativa* dalla tecnologia sempre più significativa, saltando, molto spesso, le agenzie educative che hanno lo scopo di aiutare le persone a sviluppare un proprio senso critico responsabile nell'uso di tali informazioni.

Dall'altro, è altrettanto in aumento l'uso di tecnologie di nuova concezione (in particolare i sistemi di cosiddetta “intelligenza artificiale”) per sostituire gli esseri umani nelle loro decisioni. Abbiamo già detto di come l'utilità pratica e l'efficienza soprattutto in termini di rapidità delle decisioni automatizzate, stia facendo crescere queste forme di supporto tecnologico alla attività deliberativa.

In conclusione, quindi, sia perché forniscono le informazioni necessarie per decidere, sia perché in altri casi, del tutto sostituiscono le decisioni del soggetto, queste nuove tecnologie finiscono per comprimere la libertà umana, per così dire, *dall'interno* della volontà e non più solo dall'esterno.

²³ In A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 87.

²⁴ Per tutti, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 19 ss.

A tale scenario in trasformazione, va poi aggiunta una ulteriore considerazione che riguarda la dimensione economica dei soggetti – normalmente industriali – che oggi producono e commerciano questi prodotti o servizi tecnologici capaci di interferire con le nostre libertà.

Stiamo parlando dei principali player economico-finanziari del nostro pianeta, in grado di aggregare capitali e risorse economiche di gran lunga superiori a quelle di molti stati del mondo. Circostanza, questa, che deve indurre una attenta ulteriore riflessione sulla natura ancora (solo) privata di queste società²⁵.

Si tratta, quindi, di una ricerca che – soprattutto nella sua prima fase analitico-descrittiva – si inserisce appieno nel solco di quella dimensione che la teoria costituzionale considera il tema della *forma di stato*.

Ma porsi la domanda sulle possibili forme di limitazione normativa di questo fenomeno, aggiunge alla dimensione della forma di stato anche quella della *forma di governo*, intesa come la distribuzione fondamentale dei poteri pubblici all'interno di un dato assetto costituzionale.

È ormai un dato pacifico che tra forma di governo e sistema delle fonti esista una profonda relazione.

Oltre alle riflessioni della dottrina, la stessa Corte costituzionale ha ormai espressamente ribadito che «è opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s'ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla legge, l'adozione delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo»²⁶.

È, perciò evidente che, in sistemi costituzionali a forma di governo “parlamentare” quali il nostro, il compito della normazione deve spettare innanzitutto, ed in prima battuta almeno, agli organi il cui potere deriva direttamente dal popolo.

Ma, anche in questo caso, come nella dimensione della forma di stato, le caratteristiche proprie del potere tecnologico che vogliamo studiare sono tali da mettere in crisi questa tradizionale attribuzione.

La normazione primaria “classica” – per intenderci quella che passa attraverso lo strumento parlamentare legislativo e a cui si possono affiancare in vario modo i poteri legislativi del governo, oggi risulta essere molto spesso inadeguata ed insufficiente a creare quell'ordine giuridico che i principi costituzionali richiedono.

Non è un caso proprio che nell'area tecnologica stiamo vedendo fiorire negli ultimi decenni strumenti normativi di nuova generazione, quali, ad esempio, la

²⁵ M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, su www.politico.eu, 25 marzo 2020; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility so we should treat it like one*, su *The Guardian*, 17 aprile 2020.

²⁶ Corte cost., sent. n. 171 del 2007.

cosiddetta *soft-law* ovvero l'adozione di codici etici o di linee guida, fonti sicuramente di efficacia diversa rispetto alle fonti primarie tipiche dello strumentario costituzionale. La stessa proposta di regolazione dell'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione europea (il c.d. *AI Act*) sceglie come opzione regolativa il cosiddetto "*risk-based approach*", assetto, com'è noto, ispirato a forme di regolazione del tutto differenti dalla normazione ordinaria.

Tutto questo perché la regolazione della tecnologia sempre più spesso richiede una anticipazione rispetto agli eventi che siamo abituati a regolare. Nel senso che, in molti casi, quando una certa soluzione tecnologica è già stata adottata o realizzata, diviene molto difficile condizionarne – o impedirne – l'uso attraverso norme e sanzioni di natura pubblica.

Occorre sempre più anticipare la protezione dei beni giuridici allo stesso design tecnologico (*protection by design*) ovvero rendere il rispetto delle norme incorporato nelle opzioni by default delle stesse soluzioni tecnologiche.

Tutto questo richiede, per chi deve scrivere questo tipo di norme, un tasso di conoscenze tecniche ovvero il possesso di una quantità di informazioni che i classici procedimenti di regolazione centrati sull'organo rappresentativo della sovranità popolare non hanno.

Nasce così il dibattito, oggi fiorente, sulle diverse forme di regolazione che sempre più vengono affiancate alla classica "etero-normazione" di matrice pubblica: la "*self-regulation*" e la "*co-regulation*"²⁷.

Di qui la consapevolezza che questa parte della ricerca non può che coinvolgere pienamente anche la dimensione della forma di governo.

3. *Il ruolo delle autorità indipendenti: nuove ragioni per la loro costituzionalizzazione*

Proprio all'intersezione di queste due dimensioni costituzionali che ho richiamato, si inseriscono i contributi che seguono. È indubbio, infatti, che oggi le cosiddette Autorità amministrative indipendenti siano chiamate a svolgere un ruolo di crescente protagonismo nella regolazione delle applicazioni pratiche dei sistemi tecnologici.

Il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, solo per citarne alcune, sono sempre più frequentemente chiamate dalla normativa europea e dalla legislazione interna a verificare il rispetto delle norme riguardanti le tecnologie di cui siamo parlando. E ciò con strumenti di *enforcement* spesso inediti.

²⁷ Sul punto sia consentito rinviare a A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, p. 1031 ss.

Lo fanno emergere con chiarezza i contributi che seguono di Valentina Pagnanelli e di Costanza Masciotta, che analizzano gli atti del Garante italiano e dell' *European Data Protection Supervisor* spaziando dal settore pubblico al settore privato; quelli di Matteo Giannelli e di Edoardo Caterina, che fanno luce sul delicatissimo problema della qualità dell'informazione *online* e della tutela del pluralismo, e quello di Elia Cremona, che rileva le numerose incertezze del diritto antitrust di fronte all'erompere dei (non più) nuovi monopolisti del mercato digitale.

Ma vi sono interi settori che ancora sfuggono alle maglie della regolazione algoritmica: si pensi al settore bancario, di cui si occupa il contributo di Filippo Bagni, o quello assicurativo. O ancora al regime di sostanziale libero mercato previsto per i dati non personali dal Regolamento UE n. 2018/1807, come rileva il contributo di Stefano Torregiani.

È dunque, quello della regolazione attraverso le *Authority*, un paesaggio estremamente variegato, nel quale, ad un tempo, si moltiplicano i centri di produzione del diritto ed i soggetti chiamati a darvi attuazione o a sorvegliarne il rispetto.

In questo settore appare, dunque, chiara quella trasformazione del sistema delle fonti imposta dall'avvento del paradigma tecnologico ed il suo impatto sulla forma di stato e sulla forma di governo.

È evidente, infatti, che attraverso questi nuovi “regolatori” si definisce un *certo* limite alla interferenza della tecnologia sulle libertà fondamentali (forma di stato) e, allo stesso tempo, si fissa un *certo* assetto nella distribuzione del potere di regolazione pubblica (forma di governo); assetto in cui le autorità indipendenti acquisiscono un ruolo affatto peculiare e che deve essere attentamente approfondito.

In tale direzione, il crescente ricorso a questi soggetti per la regolazione attuativa di un settore cruciale e prospetticamente decisivo come quello tecnologico suggerisce di riaprire la mai sopita discussione a riguardo della loro costituzionalizzazione. È, infatti, la dimensione costituzionale quella più appropriata in cui il tema della forma di stato e quello della forma di governo trovano una consapevole composizione. In modo tale da evitare, come accade spesso, che tale delicatissimo snodo sia affidato a scelte contingenti ovvero dettate dalla pressione dell'emergenze.

I contributi che proponiamo, quindi, sono un primo passo in direzione di quella ricerca di diritto costituzionale sul sistema delle fonti e le nuove tecnologie che abbiamo descritto e che riteniamo ancor più necessario portare a compimento dopo questo primo *incipit*.

Parte I

AUTORITÀ INDIPENDENTI
E DECISIONI ALGORITMICHE

Sezione I

PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI
E NON PERSONALI

PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, IA E USO DEGLI ALGORITMI: LA PRASSI NELLA DIMENSIONE EUROPEA

di *Costanza Masciotta*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le Linee guida sul processo decisionale automatizzato: un'importante specificazione dei diritti degli interessati. – 3. L'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS e le criticità espresse rispetto al Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale. – 4. Il parere congiunto EDPS-EDPB sulla proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale indica la via del coordinamento con la normativa a tutela della protezione dei dati. – 5. L'*opinion* dell'EDPS sul *Digital Services Act* richiede maggiori garanzie dinanzi all'uso di mezzi automatizzati. – 6. I principi fondamentali in materia di IA e alcune raccomandazioni per il futuro: il report della CNIL sull'intelligenza artificiale come volano per una futura regolazione giuridica. – 7. Casi problematici in tema di decisioni algoritmiche: l'APB e la mancanza di un intervento umano. – 8. Parcoursup e il parere favorevole della CNIL sul suo funzionamento. – 9. Il riconoscimento facciale al vaglio della CNIL: elementi di continuità con la posizione dell'EDPS. – 10. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La società in cui viviamo è fortemente influenzata dalla circolazione di dati: non possiamo rinunciare alla innovazione tecnologica, quindi, l'istanza di regolazione della società dei dati e delle tecnologie su di essi fondate emerge in tutta la sua coerenza¹.

In questa dimensione la tutela dei diritti e le istanze economiche sono strettamente interconnesse²: nel contesto eurounitario emerge con forza l'esigenza di un bilanciamento tra tali esigenze in modo da realizzare una correzione del mercato in senso conforme ai diritti fondamentali dell'individuo. Si è, così, assistito al riconoscimento della tutela dei dati personali come diritto della persona *ex art. 8 Carta UE*, *art. 16 TFUE* e successivamente nel Regolamento GDPR. In tale contesto i dati rappresentano il motore dell'intelligenza artificiale e alimentano una “ri-

¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *questo Volume*.

² Come ben evidenzia C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*

voluzione digitale” dinanzi alla quale occorre un approccio tale da garantire sia la protezione della persona che la corretta circolazione dei dati³. L’erompere di questa rivoluzione digitale «rovescia paradigmi consolidati»⁴ e richiede talora all’ordinamento di impiegare strumenti noti per finalità nuove⁵: le decisioni algoritmiche, quindi, da un lato richiedono di «rivedere categorie tradizionali», come lo stesso concetto di fonte del diritto, ma dall’altro non devono indurre a ritenere che i fondamenti ordinamentali consolidati siano del tutto superati⁶. Si tratta, all’evidenza, di una realtà ancora fluida che talvolta il diritto stenta a disciplinare per la rapidità delle trasformazioni conseguenti all’innovazione tecnologica. La domanda di fondo è fino a che punto l’impiego dell’IA può rappresentare un supporto, una implementazione per la persona e quando, invece, può determinare un suo annichimento⁷. Solo il diritto costituzionale, chiamato a porre argini al potere, può tentare di dare una risposta a tale quesito di fondo, rafforzando gli strumenti giuridici tradizionali⁸ in una visione umano-centrica.

Il quadro giuridico di riferimento in ordine all’impiego degli algoritmi e dell’intelligenza artificiale è piuttosto complesso ed è costituito da una serie di atti vigenti (primo fra tutti il GDPR) e *in fieri* quali le proposte di regolamento adottate dalla Commissione europea in riferimento all’intelligenza artificiale, al *Governance Act*, al *Digital Services Act* e al *Digital Market Act*. A dare attuazione ai principi normativi contribuiscono sia le autorità indipendenti nazionali ed europee sia le autorità giudiziarie che insieme concorrono a chiarire il quadro normativo europeo di tutela dinanzi all’uso di tali tecnologie.

In questo contesto accanto alla funzione fondamentale affidata alle autorità politiche emerge l’importante ruolo svolto, appunto, dalle Autorità indipendenti (AAI), organi dotati di ampie funzioni di controllo in settori “tecnologicamente sensibili” come la *privacy*, caratterizzati dall’esercizio di numerosi diritti fondamentali⁹. Le AAI non hanno una legittimazione diretta, non rientrano nel sistema politico tradizionale e l’analisi del loro ruolo di regolazione è particolarmente utile in quanto assumono decisioni tecnicamente complesse, «esercitano un potere qualitativa-

³ Cfr. C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*

⁴ Cfr. E. CREMONA, *L’erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *questo Volume*.

⁵ Sul punto cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *questo Volume* ed E. CREMONA, *op. ult. cit.*

⁶ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *op. ult. cit.*

⁷ Profili evidenziati anche da E. CHELI, *Verso la stagione del costituzionalismo digitale*, in *questo Volume*.

⁸ Cfr. E. CHELI, *op. ult. cit.*, p. 955.

⁹ Sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti specialmente in tema di contrasto alla disinformazione in rete cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 19 ss.

mente diverso dai poteri tradizionali dello Stato» e hanno a disposizione uno strumentario flessibile e tecnico per agire¹⁰. Inoltre, la loro attività implementa meccanismi più efficienti di auto- e co-regolazione¹¹ e per questo offrono un angolo visuale qualificato per analizzare i processi di regolazione inerenti alle nuove tecnologie.

Tali autorità da anni svolgono un'importante funzione di tutela e vigilanza sia a livello europeo che nazionale. L'attribuzione di potere a tali autorità «è finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare», pertanto, le regole sono «ricavate dall'oggetto della regolazione» e la regolazione è spesso «partecipata» dagli attori economici, con conseguente «osmosi» tra settore pubblico e privato¹². Si assiste, inoltre, ad una regolazione integrata che chiama in causa molteplici livelli di governo, quello unionale e al suo interno quello delle autorità indipendenti europee e quello statale, in un coacervo di competenze¹³.

Le autorità indipendenti garanti della protezione dei dati personali nella dimensione europea hanno un duplice ruolo fondamentale: forniscono un contributo significativo per la corretta interpretazione e attuazione degli atti normativi esistenti e danno indicazioni delle quali potrà tenere conto il legislatore europeo nel disciplinare gli algoritmi e l'intelligenza artificiale.

La presente attività di indagine mira a delineare degli orientamenti utili ai fini della futura regolazione di tali tecnologie, a partire dall'analisi degli atti di riferimento di alcune autorità indipendenti nella dimensione europea, guardando, altresì, al contributo da esse dato al quadro normativo di riferimento e valutando se le indicazioni da esse fornite in materia siano state recepite nelle proposte di regolamento adottate dagli organi politici europei.

L'analisi è condotta sulla base degli atti reperibili nei siti internet delle autorità indipendenti preposte alla garanzia dei dati personali e di alcune piattaforme quali la *Digital Clearing House*, uno strumento che facilita la cooperazione e lo scambio di migliori pratiche tra autorità di regolamentazione, responsabili politici, ricercatori e altri *stakeholders*.

¹⁰ Come rilevato anche da E. CHELI, *op. ult. cit.*

¹¹ Su quale sia il contemperamento di autonormazione, *soft law*, *hard law* e *co-regulation* migliore per intervenire si possono vedere le considerazioni di D. DE GRAZIA, *Il governo di Internet*, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 272 ss.; M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 19 ss.; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 59 ss.; P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa University Press, Pisa, 2017, p. 17 ss. e, più di recente, G. DE MINICO, *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 263 ss. e G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, p. 401 ss.

¹² Sul punto cfr. G. TARLI BARBIERI, *op. ult. cit.*

¹³ Profili evidenziati anche da G. TARLI BARBIERI, *op. ult. cit.*

Dalla indagine sono emersi alcuni atti di riferimento per la regolazione delle decisioni algoritmiche¹⁴ e dell'intelligenza artificiale¹⁵: tali atti si distinguono per la rilevanza dei principi in essi espressi, oltretutto per l'autorevolezza della autorità di provenienza e per i profili problematici da essi desumibili.

In particolare risultano di fondamentale rilievo alcuni atti dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS) e della *Commission nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL): l'EDPS, come noto, è l'autorità indipendente per la protezione dei dati dell'Unione europea, chiamata a garantire la protezione dei dati personali e della *privacy* quando le istituzioni e gli organi dell'UE trattano le informazioni personali e fornisce pareri alle istituzioni UE su tutte le questioni relative al trattamento dei dati personali, rappresenta, pertanto, un importante "organo di diffusione" del diritto unionale nella dimensione nazionale¹⁶.

¹⁴ Per un approfondimento generale sull'uso di algoritmi e il loro impatto cfr. S.C. OLHEDE, P.J. WOLFE, *The Growing Ubiquity of Algorithms in Society: Implications, Impacts and Innovations* (2018) p. 376 *Philos. TR Soc. A* 1; S. VALENTINE, *Impoverished Algorithms: Misguided Governments, Flawed Technologies, and Social Control* (2019) 46 *Fordham Urb. Law J.* 364, pp. 370-393; K. CRAWFORD, J. SCHULTZ, *AI Systems as State Actors* (2019) 119 *Columbia Law Rev.* 7, pp. 1941-1972; G. SARTOR, *Human rights and information technologies*, in *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, a cura di R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG, Oxford University Press, Oxford, 2016; M. HILDEBRANDT, *Algorithmic regulation and the rule of law* (2018) 376 *Philosophical transactions of the Royal Society A*, p. 2128 ss.; K. YEUNG, *Algorithmic regulation: a critical interrogation* (2018) 12 *Regulation & Governance*, pp. 505-523.

¹⁵ L'IA può essere definita come «La scienza del fare fare alle macchine cose che richiederebbero intelligenza se fatte da uomini» (Marvin Minsky). Per una definizione di IA in dottrina cfr. B. MARR, *The Key Definitions of Artificial Intelligence (AI) that Explain Its Importance*, Forbes (February 14, 2018), www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/14/the-key-definitions-of-artificial-intelligence-ai-that-explain-its-importance/#15081bd34f5d; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, Study for the Council of Europe (2018), <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decisionmaking/1680925d73>; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI* (2019) 2 *Colum. Bus. Law Rev.* 494; A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale*, Presses universitaires de France, Paris, 2018. Cfr. sul tema anche A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 63 ss.; ID., *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020, p. 61 ss.; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. int. fl. dir.*, n. 1/2019; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Giappichelli, Torino, 2016; con particolare riguardo alle disfunzioni indotte dall'IA, compresi i rischi della profilazione e delle decisioni automatiche cfr. F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020. Sul ripensamento delle categorie umane cui l'IA obbliga il diritto cfr. C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019. Sull'impatto rispetto al concetto di sovranità cfr. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Le Monnier, Firenze, 2017, p. 19 ss.

¹⁶ Cfr. sul punto anche G. TARLI BARBIERI, *op. ult. cit.*, p. 946 e E. CHELI, *op. ult. cit.*, p. 956.

La CNIL, *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, è, invece, l'autorità garante francese in materia di protezione dei dati personali.

Proprio in riferimento ad IA e processo decisionale automatizzato sono particolarmente interessanti ai fini della indagine le Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione, adottate dal “Gruppo articolo 29 per la protezione dei dati”¹⁷, l'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS sul Libro bianco della Commissione europea concernente l'IA, il parere congiunto EDPS-EDPB sulla proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, l'*opinion* dell'EDPS sulla proposta di regolamento *Digital Services Act*, il report della CNIL su questioni etiche sollevate dall'IA e alcune decisioni della CNIL su casi problematici che si sono verificati nell'ordinamento francese in riferimento a decisioni algoritmiche e all'utilizzo di dispositivi di riconoscimento facciale.

2. Le Linee guida sul processo decisionale automatizzato: un'importante specificazione dei diritti degli interessati

La regolazione del trattamento automatizzato dei dati ha origine risalente: nell'ambito del Consiglio d'Europa, come noto, è stata adottata la Convenzione di Strasburgo i cui principi costituiscono patrimonio europeo consolidato nel GDPR¹⁸. L'art. 15 della direttiva 95/46 prevedeva «il diritto di non essere sottoposto ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati». La tutela è stata poi corroborata con l'art. 22 GDPR e successivamente con le Linee guida del “Gruppo di lavoro articolo 29”¹⁹ sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679. Il gruppo di lavoro è stato istituito in virtù dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE ed è un organo consultivo dell'UE per la protezione dei dati personali. Tali Linee guida, pur non essendo state adottate da un'autorità indipendente europea di garanzia dei dati personali, sono particolarmente utili in quanto mirano a chiarire le disposizioni del Regolamento 2016/679 introdotte per far fronte ai rischi derivanti dalla profilazione²⁰ e

¹⁷ Article 29 Data Protect Working Party, *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679*.

¹⁸ Come evidenziato da C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 836.

¹⁹ C. COLAPIETRO, *op. e loc. ult. cit.*

²⁰ Sulla profilazione cfr. F. BOSCO, N. CREEMERS, V. FERRARIS, D. GUAGNIN, B.J. KOOPS, *Profiling technologies and fundamental rights and values: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (a cura di), *Reforming European data protection law*, Springer Science, Dordrecht, 2015. Si veda anche M. HILDEBRANDT, *Profiling and AML*, in K. RANNENBERG, D. ROYER, A. DEUKER (a cura di), *The Future of Identity in the Information Society. Challenges and Opportunities*, Springer, Dordrecht, 2009.