

REGOLARE PER ABILITARE: INNOVAZIONE, RICCHEZZA, DEMOCRAZIA *

di Giovanni ORLACCHIO **

ABSTRACT

Il saggio esplora il ruolo della regolazione come abilitatore di innovazione, ricchezza e democrazia nell'era datizzata. Analizza le tensioni tra giustizia, potere e modernizzazione, evidenziando il valore dei dati e dell'intelligenza artificiale nelle politiche pubbliche. Si sottolinea la necessità di una governance normativa efficace e di un legislatore proattivo, capace di sfruttare le opportunità tecnologiche per rafforzare le istituzioni democratiche e rispondere ai bisogni dei cittadini.

The essay explores regulation as an enabler of innovation, wealth and democracy in the data age. It analyzes the tensions between justice, power, and modernization, highlighting the role of data and artificial intelligence in public policies. It underscores the need for effective regulatory governance and a proactive legislator capable of leveraging technological opportunities to strengthen democratic institutions and better respond to citizens' needs.

SOMMARIO

1. Il compito architettonico della politica nell'era datizzata..... 1
2. Le principali tensioni tra giustizia, potere e modernizzazione..... 3

* Il presente contributo è nato dalla lettera di motivazione presentata in occasione del Premio Filangieri 2024, bandito dall'Accademia Filangieri di Partenope e vinto dall'Autore.

** Dottore in Giurisprudenza.

¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Oscar Classici Mondadori, 2020, p. 4.

² FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione - Libro II: Delle leggi politiche ed economiche*, Capo XI, p. 82, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1822-FILANGIERI-02-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

³ *Ex multis*: N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Editori Laterza, 2007, cap. 1: *La funzione promozionale del diritto*.

⁴ FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione - Libro II: Delle leggi politiche ed economiche*, Capo XI, p. 82, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampa2s/1822-FILANGIERI-02-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

⁵ Secondo il più grande studio annuale sulla percezione della democrazia da parte dei cittadini condotto in 53 Paesi, i governi non sono all'altezza delle aspettative democratiche:

3. Alcune necessarie direttrici e i primi "limiti" precisi..... 5
4. Ottimismo nel futuro e gioco in attacco..... 11

1. IL COMPITO ARCHITETTONICO DELLA POLITICA NELL'ERA DATIZZATA

I «direttori della pubblica felicità»¹ hanno un compito «architettonico»: «spianare la strada per la quale gli uomini dovrebbero correre verso»² la piena realizzazione delle loro personalità. Le norme possono essere un abilitatore, hanno il ruolo di strumento di civilizzazione, emancipazione e trasformazione della realtà³. Tuttavia, spesso, l'amministrazione «è divenuta nella più gran parte delle nazioni la causa della loro miseria, la distruttrice dell'industria degli uomini, e la sorgente più feconda degli ostacoli più forti»⁴. L'attualità non salva i nostri sistemi liberaldemocratici da questa critica⁵, posti dinanzi a nuove sfide che richiedono «élite di grande statura»⁶.

Dobbiamo rendere le nostre democrazie più efficienti⁷, e farlo ragionando intorno alle nuove dimensioni del potere generate principalmente dallo sviluppo tecnologico di quest'epoca datizzata⁸.

<https://www.allianceofdemocracies.org/initiatives/the-copenhagen-democracy-summit/dpi-2023/>.

⁶ A. GRAZIOSI, *Occidenti e Modernità. Vedere un mondo nuovo*, Bologna, il Mulino, 2023, 211, p. 201.

⁷ Fra tutti: S. ISSACHAROFF, *Democracy' Deficits*, in *Nelco Legal Scholarship Repository*, Working Papers no. 9, 2017, 32.

⁸ «Ciò che c'è di nuovo nell'epoca attuale sono il tasso di variazione della potenza di calcolo e la penetrazione delle tecnologie dell'informazione in ogni ambito dell'esistenza [...] Gordon Moore giunse alla conclusione che la tendenza da lui osservata sarebbe continuata a intervalli regolari, per cui le capacità dei processori dei computer sarebbero raddoppiate ogni due anni. La "legge di Moore" si è dimostrata sbalorditivamente profetica. La rivoluzione del calcolo ha introdotto per la prima volta tantissimi individui e processi nel medesimo mezzo di comunicazione e per la prima volta ha tradotto e tracciato le loro azioni in un unico linguaggio tecnologico [...] l'attività umana risulta sempre più "datizzata" e parte di un unico sistema "quantificabile e analizzabile"» in H. KISSINGER, *World Order*, trad.it. *Ordine mondiale*, Milano, Mondadori, 2015, 405, p. 339. I dati sono in costante aumento (<https://explodingtopics.com/blog/data-generated-per-day>) e nei

L'*ubi consistam* della rivoluzione digitale si trova nella produzione massiva di dati da parte dei cittadini/utenti/consumatori⁹. Senza di essi l'intelligenza artificiale sarebbe priva del suo carburante¹⁰ e non vi sarebbero le condizioni per la trasformazione delle strutture produttive e sociali che caratterizzano ogni rivoluzione industriale¹¹.

prossimi anni con la diffusione di tecnologie IoT (*Internet of Things*) l'incremento sarà ancora maggiore: <https://www.statista.com/statistics/1183457/iot-connected-devices-worldwide/>. Si veda anche: J. VAN DIJCK, *Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance & Society*, n. 12/2014, 197-208.

⁹ J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, in *European Review of Digital Administration & Law - ERDAL*, v. 1/2020, Issue 1-2, June-December, 7-15, p. 7: «Data are becoming the essential fuel for all activities that have an impact on society, economic or otherwise. This is the phenomenon known as big data, through which the main institutions orient their development by identifying objectives more precisely, so as to make the decisions to be taken more informed [...] According to a well-known estimate, 2.5 billion bytes of data are processed every day and 90% of the world's existing data is generated in the last two years alone». G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 89-115, a p. 92: «Una cosa è certa: i dati non rimarranno fermi perché rappresentano il punto di avvio delle analisi predittive, cioè di quelle attività previsionali dirette ad anticipare con prognosi *ex ante* le condotte che intere categorie di soggetti presumibilmente assumeranno secondo le proiezioni dell'algoritmo».

¹⁰ «La governance dei dati è, dunque, l'ossigeno dell'automazione e la base stessa per l'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale» in D.U. GALETTA e J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 6 febbraio 2019, 23, p. 12.

¹¹ Circa l'impatto dei dati sull'industria, in particolare manifatturiera: S. TORREGIANI, *La disciplina europea dei dati: dalla protezione alla governance*, Tesi di dottorato 2022, Università degli studi di Macerata, 317, p. 9: «Oramai, ogni strumento, processo o metodo necessario alla costruzione della "fabbrica intelligente" si basa su un minimo comun denominatore: i dati. Questi *asset* rappresentano un fattore imprescindibile per la *smart manufacturing* perché costituiscono la componente che rende possibile la realizzazione di sistemi cibernetici capaci di integrare i tradizionali sistemi fisici della manifattura con il ciberspazio: tecnologie come *Big Data*, *cloud computing*, *data analytics* e robotica riescono a plasmare e ottimizzare la produzione, con dei risultati inimmaginabili fino a poco tempo fa. In ragione di ciò, l'approccio all'utilizzo dei dati è mutato tanto profondamente quanto rapidamente in seno a qualsiasi realtà industriale».

¹² «What kind of mature information societies do we want to build? What is our human project for the digital age? Looking at our present backwards – that is, from a future perspective – this is the time in history when we shall be seen to have laid down the foundation for our mature information societies. We

In questo nuovo spazio¹², definito da un autorevole studioso (poi richiamato da molti altri) «infosfera»¹³, il giurista deve necessariamente affrontare le diverse opportunità e sfide che le nuove tecnologie pongono¹⁴; molte di queste di tipo costituzionale¹⁵, persino dal punto di vista linguistico¹⁶.

shall be judged by the quality of our work. So, clearly, the real challenge is no longer good digital innovation, but the good governance of the digital», in L. FLORIDI, *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, in *Royal Society (Philosophical Transactions A)*, 20/07/2018, 11, p. 2. Si veda anche: L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell'era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2022, 145-153.

¹³ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017, 312. Per una sua descrizione si veda: L. PICOTTI, *Recensione a: Luciano Floridi, La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017, 304, in *Pandora Rivista*, il 14.09.2018: <https://www.pandoravista.it/articoli/quarta-rivoluzione-infosfera-floridi/>.

¹⁴ J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 7: «In a general way, the effects of digitization on public action can be summarized in a growing presence of data and algorithms, a deeper and deeper digitization of the administrative proceedings and other so-called macro effects».

¹⁵ Si vedano, *ex multis*: N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2023, 89-121; G. DE MINICO, *Nuova tecnica per nuove disegualianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *federalismi.it*, n. 6/2024, 21; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2022, 397-444, in particolare a p. 402 sul ruolo della fiducia e a p. 440 sul ruolo innegabile dell'uomo; A. PAPA, *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, il 10.08.2022, 14, in particolare a p. 101 circa la sfida dell'inclusività presente nell'esigenza di promuovere la realizzazione di una società realmente digitale; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 63-89, in particolare a p. 80 su le tecniche di *privacy by design* e *by default*, a p. 84 sul GIGO (*garbage in, garbage out*) e a p. 87 sul principio di precauzione; A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, 87-106, in particolare a p. 98 e ss. sui principi di conoscibilità, non-esclusività e non-discriminazione, a p. 103 sul diritto costituzionale ibrido; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2021, 723-731, in particolare a p. 730 sulle strategie regolatorie per le nuove tecnologie e a p. 732 sulla regolazione tramite *Authority*.

¹⁶ «Il linguaggio algoritmico, al contrario dei linguaggi "naturali", non è discriminatorio, o, meglio, non può contenere discriminazioni intrinseche [...] Praticamente assente nel dibattito nazionale è invece un tema che a chi scrive appare, al

Un primo passo può essere ribaltare il punto di vista che si ha circa il concetto di ‘norma’, tentando di sostituire l’idea di “norma = limite limitante” con quello di “norma = limite abilitante”. Possiamo ricavarci un sentiero facendo nostra la concezione arendtiana – elaborata partendo da Montesquieu¹⁷ e legata a Filangieri – di ‘limite’: «Nella prospettiva arendtiana, qualsiasi cosa (dunque, anche le istituzioni) prende forma attraverso i limiti, donde la forza insita nell’idea stessa del limite, forza non solo ‘limitante’, ma generatrice di possibilità (dunque ‘abilitante’)»¹⁸. L’esempio principale di tale approccio – come aveva intuito il Filangieri¹⁹ e dopo circa due secoli palese a tutti – è negli Stati Uniti d’America, sin dalla loro Costituzione del 1787: «Il vero obiettivo della Rivoluzione americana», scrive Arendt riferendosi alla struttura federale perseguita dai padri costituenti, “era evidentemente non quello di limitare il potere, ma quello di creare più potere”²⁰.

In ambito pubblico ed in particolare nel nuovo contesto tecnologico²¹, con “potenzialità abilitante” si potrebbe intendere l’aumento della capacità dei poteri statali di esercitarsi, di essere effettivi, di

essere funzionali agli obiettivi per cui esistono: la costruzione dell’architettura sociopolitica migliore per lo sviluppo libero delle singole personalità; o meglio, utilizzando le parole del Filangieri:

«all’agricoltura, alle arti, al commercio, all’acquisto, alla conservazione, alla ripartizione delle ricchezze dovranno dunque oggi dirigersi le prime cure del legislatore, una volta impiegate interamente a formare un animo coraggioso in un corpo robusto ed agile. Questa è la grande influenza, che il genio e lo spirito dominante del secolo deve avere sul sistema della legislazione, e questo è il gran principio legislativo, che io deduco dall’esame del rapporto delle leggi col genio e l’indole de’ popoli»²².

2. LE PRINCIPALI TENSIONI TRA GIUSTIZIA, POTERE E MODERNIZZAZIONE

Nel tempo muta «il modo in cui si genera, legittima e controlla il potere»²³; con la datizzazione della società²⁴ qualsiasi tentativo di esercitare

contrario, assai importante: se sia lecito e in che misura per l’uomo inserire nel contenuto dei linguaggi di programmazione contro-bias (discriminazioni digitali positive) per la tutela di uno o più beni costituzionalmente rilevanti laddove essi potrebbero “falsare” l’esito della elaborazione. Detto in altri termini, se una delle ragioni d’essere dell’adozione dell’intelligenza artificiale o algoritmica è la maggiore efficienza nelle scelte adottate, occorre allora stabilire quale sia il livello accettabile di un intervento umano che riduca tale efficienza al fine di contrastare discriminazioni esistenti» in G. CAVAGGION e M. OROFINO, *Lingua e Costituzione: l’irrompere dei linguaggi algoritmici*, in *Rivista AIC*, n. 4/3023, 155-184, p. 175 e ss. sulle implicazioni costituzionali legate.

¹⁷ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Parte II, Libro XI, disponibile al link: <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/34220452>, p. 274: «La virtù stessa ha bisogno di limiti. Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere».

¹⁸ T. CASADEI, *Il senso del ‘limite’ - Montesquieu nella riflessione di Hannah Arendt*, a cura di D. FELICE, *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, Ets, 2005, tomo II, 805-838, pp. 817-818. Si veda anche *Ivi*, p. 833.

¹⁹ FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione - Libro I: Delle Regole generali della Scienza Legislativa*, Capo XIII, pp. 106-108, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfnc/2022_stampa2s/1820-FILANGIERI-01-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

²⁰ H. ARENDT, *On Revolution*, p. 154, cit. alla nota 71, p. 91, di D. BASSI, *Verso una politica del limite? Note sul potere e*

l’azione nel lessico politico di Hannah Arendt, in *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XV, 2018, 1, 76-91.

²¹ S. CALZOLAIO, *Introduzione. Ubi data, ibi imperium: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2021, 5-9, p. 6: «Il diritto pubblico è quella branca del diritto che si occupa – nel costituzionalismo occidentale – di regolare, e quindi di limitare, il potere dello Stato e di garantire la sovranità dello Stato e la tutela dei diritti delle persone (cittadini e non cittadini). Il contesto tecnologico attuale, l’avvento della rete internet, del mondo digitale, della *datification* e dell’intelligenza artificiale, introduce un collegamento strutturale, e non temporaneo, fra disponibilità dei dati da parte degli Stati e *imperium*, cioè capacità di esercizio del potere sovrano. Con espressione sintetica: *ubi data, ibi imperium*».

²² FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione - Libro I: Delle Regole generali della Scienza Legislativa*, Capo XIII, p. 108, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfnc/2022_stampa2s/1820-FILANGIERI-01-La-scienza-della-legislazione-2022.pdf.

²³ S. CASSESE, *Le strutture del potere*, Bari, Editori Laterza, e-book 2023, 134, p. 133.

²⁴ Per comprendere al meglio questa era non si può prescindere dal transistor «un dispositivo in miniatura composto di materiale semiconduttore in grado di regolare la corrente o il voltaggio di un circuito, generare e amplificare segnali elettrici e funzionare da interruttore» definizione ritrovabile in questo articolo giornalistico di S. IANNACCONE, *Il transistor compie 75 anni: ecco la sua storia*, in *Wired*, il 19.11.2022: <https://www.wired.it/article/transistor-75-anni-storia-futuro/>.

Attualmente i chip più avanzati possono contenere miliardi di

“potere” passa, necessariamente, per la gestione, la circolazione e l'utilizzo dei dati. La contemporaneità ci obbliga ad affiancare l'«importanza del quadro normativo per il governo dei fenomeni economici»²⁵ con l'importanza della legislazione dei fenomeni tecnologici: «le forze dell'innovazione e della prosperità»²⁶ sono sempre più interconnesse. Due temi in particolare sono da attenzionare: l'utilizzo dei dati da parte delle Istituzioni e la disciplina del procedimento decisionale algoritmico.

Circa il primo, analizzando principi e *governance* dell'attuale *data law* eurolunitaria possiamo affermare che dinanzi agli interessi pubblici – ovviamente, sempre nel rispetto di dovute garanzie sostanziali e procedurali, tipiche della *rule of law* e sancite per prima dalla sentenza *Volker und Markus*²⁷ – i diritti dei singoli

alla tutela dei dati personali, anche di categoria particolare, sono considerati “secondari” nei vari bilanciamenti di valore²⁸.

Se il GDPR²⁹ risulta essere uno strumento che offre una elevata tutela dei diritti dell'interessato quando i suoi dati personali sono oggetto di finalità economiche, sempre il GDPR apre a numerose eccezioni, adeguatamente oggetto di garanzie, per l'utilizzo dei dati personali da parte delle Istituzioni. La regolamentazione prevista dal *Data Act*³⁰ dell'utilizzo dei dati detenuti dai privati da parte delle Autorità pubbliche per l'assolvimento di compiti specifici, nonché anche di dati personali e senza particolari giustificazioni nei casi di «emergenza» ex art. 15 *Data Act*, si inserisce nel solco delle eccezioni previste dal GDPR. Anche l'*Artificial Intelligence Act*³¹ – e.g. ex art. 59 *AI Act*³² – apre alla possibilità di utilizzo di dati personali ed

transistor, stampati nella versione più all'avanguardia a Taiwan da una azienda di nome TSMC (Taiwan Semiconductor Manufacturing Company: <https://www.tsmc.com/english>) tramite macchine a litografia ultravioletta estrema prodotte solo in Europa, da una azienda olandese con sede a Veldhoven di nome ASML (Advanced Semiconductor Materials International: <https://www.asml.com/en>). Un singolo transistor stampato a Taipei ha oggi una dimensione sotto i 7 nanometri (nm = 10 alla -9 metri). L'Europa conta ancora, in questa filiera delle filiere, grazie al monopolio sulla produzione delle macchine a litografia ultravioletta estrema di ASML.

Fra tutti, si veda: A. ARESU, *Geopolitica dell'intelligenza artificiale*, Milano, Feltrinelli Editore, 2024, 563, p. 84: «TSMC, il sistema operativo dell'incessante razionalizzazione del mondo» ed anche A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Milano, Feltrinelli Editore, 2022, 254.

²⁵ F. PIROLO, *Gaetano Filangieri tra progetti di riforma e realtà del potere nel Regno di Napoli nel XVIII secolo*, «Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II», a cura di A. ARENA, *Cittadino di tutti i luoghi, contemporaneo di tutte l'età: l'universalità del pensiero di Gaetano Filangieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 348, p. 32: «L'originalità dell'analisi economica di Filangieri risiede nella sua capacità di integrare prospettive giuridiche ed economiche».

²⁶ *Ivi*, p. 29.

²⁷ CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA – DIREZIONE DELLA RICERCA E DOCUMENTAZIONE, *Scheda tematica - Protezione dei dati personali*, in curia.europa.eu, il 1.01.2021, 68, disponibile al link: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/liche_thematique_-_donnees_personnelles_-_it.pdf, a p. 5 riferendosi al punto 65 della Sentenza del 9 novembre 2010 (Grande Sezione), *Volker und Markus Schecke e Eifert* (C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, disponibile al link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7980501>): «Per essere giustificata, una simile lesione dev'essere prevista dalla legge, deve rispettare il

contenuto essenziale di detti diritti e, in applicazione del principio di proporzionalità, dev'essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, considerato il fatto che le deroghe e le limitazioni a tali diritti devono operare entro i limiti dello stretto necessario».

²⁸ Si consenta di rimandare ad altra sede per un approfondimento sul tema: G. ORLACCHIO, *European Digital Strategy: il favor per l'attore pubblico*, in *IPE Working Paper*, n. 24 del 2024, 43, disponibile al link: https://www.ipebs.it/wp-content/uploads/2024/08/European-Digital-Strategy-IWP_24.pdf.

²⁹ *Ivi*, p. 14 e ss. Il Regolamento (UE) 2016/679, disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

³⁰ *Ivi*, p. 20 e ss. Il Regolamento (UE) 2023/2854, disponibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854.

³¹ *Ivi*, p. 27 e ss. Il Regolamento (UE) 2024/1689, disponibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

³² Disciplinante gli spazi di sperimentazione normativa per lo sviluppo di determinati sistemi di IA nell'interesse pubblico. Definizione ex art. 3 punto 55 *AI Act* di “spazio di sperimentazione normativa per l'IA”: «un quadro controllato istituito da un'autorità competente che offre ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA la possibilità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare, se del caso in condizioni reali, un sistema di IA innovativo, conformemente a un piano dello spazio di sperimentazione per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare».

Ex multis: T. BUOCZ, S. PFOTENHAUER & I. EISENBERGER, *Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety?*, in *Law, Innovation and Technology*, 18.08.2023, 34; G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *federalismi.it*, n. 30/2022, 88-112.

intelligenza artificiale per il perseguimento dei più svariati fini pubblici nell'esercizio dei poteri statali.

Con riguardo alla disciplina del procedimento decisionale algoritmico, va posta molta attenzione all'evoluzione del concetto di *accountability*. Si badi, l'utilizzo di "dati" in parte già avviene da tempo³³; ciò che sta cambiando – oltre alla capillarità e "capacità rappresentativa" dei dati – è proprio il metodo decisionale e le conseguenti responsabilità.

Il legislatore europolitano sembra aver fatto un importante passo con l'art. 86 *AI Act*, quest'ultimo prevede «spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata». Salve alcune eccezioni, tale norma vieta l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio quando caratterizzati da una incertezza automatizzata di tipo *Blackbox*³⁴.

Sebbene siano da attendere i numerosi e complicati *standard* in attuazione del Regolamento,

esaltando la *ratio* dell'art. 86 *AI Act* possiamo riconoscere l'obiettivo – aggiornato alle sfide contemporanee – che agognavano anche i fautori della motivazione della sentenza³⁵: impedire la nascita di una nuova «oscurità autoritativa»³⁶ tramite un fondamentale diritto alla *rationabilitas* del procedimento decisionale algoritmico³⁷.

In ogni caso, l'impostazione del legislatore europolitano esprime un certo *favor* per l'utilizzo dei dati e degli *AI System* da parte dell'attore pubblico³⁸; sarà doveroso sorvegliare che tale utilizzo venga messo a servizio degli obiettivi di miglioramento della democrazia³⁹, così da renderla sempre più capace di rispondere ai bisogni dei cittadini⁴⁰.

3. ALCUNE NECESSARIE DIRETTRICI E I PRIMI "LIMITI" PRECISI

Governare l'innovazione significa sfruttarne le possibilità controllandone i rischi⁴¹. Per occuparsi del rapporto tra tecnica, diritto e politica

³³ J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 7: «Establishing its own action on large amounts of data is nothing new for administrations. States, like local institutions, have for years accumulated information of different kinds: fiscal, social. And administrations have long known how to use this data to make decisions. What are the novelties of the contemporary era?».

³⁴ Fra tutti: F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2015, 311.

³⁵ FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*, disponibile al link: https://www.eleaml.org/rtfne/2022_stampas/1774-FILANGIERI-Riflessioni-politiche-su-legge-sovrano-2022.pdf; si veda anche R. SABATO, *La motivazione delle sentenze tra la prammatica napoletana del 1774, il pensiero di Gaetano Filangieri e i principi europei in tema di stato di diritto*, collana cit., a cura di A. ARENA, 175-181.

³⁶ G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Rivista AIC*, n. 2/2024, 85-108, p. 90.

³⁷ Fra tutti: G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit.

³⁸ Incentivato anche da varie *Authority* italiane ed europee, si veda: RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Valutazione delle politiche pubbliche e revisione della spesa. Il percorso di studio e approfondimento della RGS*, dicembre 2023, consultabile al link: https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-1/publicazioni/analisi_e_valutazione_della_spesa/Valutazione_delle_politiche_pubbliche_e_revisione_della_spesa/index.html; CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Analisi 02/2020 – Il processo legislativo dell'Unione europea dopo quasi 20 anni di quadro per legiferare meglio*, disponibile al link:

https://www.eca.europa.eu/it/publications/RW20_02. Si veda anche la Comunicazione COM/2021/219 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni «*Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*»: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0>.

Si consenta di rimandare nuovamente a: G. ORLACCHIO, *European Digital Strategy: il favor per l'attore pubblico*, cit.

³⁹ E non solo di sua difesa, funzione che l'Unione tenta di assolvere tramite e.g. l'art. 7 del Trattato Sull'Unione Europea, la relazione annuale sullo Stato di diritto e le procedure d'infrazione.

⁴⁰ Punto in diritto n. 5.3, sentenza Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 881 del 2020: «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti». Obiettivo cruciale in quest'epoca di cambiamenti geopolitici, tecnologici e di pressioni populiste. Chiarissimo sul punto, il 30 giugno 2022, in una conferenza stampa da Presidente del Consiglio dei Ministri, il prof. Mario Draghi: «Il populismo si sconfigge con un'azione di governo che risponda ai bisogni dei cittadini». Conferenza disponibile al link: <https://www.illfoglio.it/politica/2022/06/30/video/draghi-il-foglio-il-populismo-si-sconfigge-con-l-azione-di-governo-4175635/>.

⁴¹ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, seconda edizione 2021, a cura degli allievi G. ALPA, M.R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, al punto 2 della Prefazione: «l'uso della tecnologia deve essere reso conforme al diritto, nel duplice senso che il suo potenziale contributo all'attuazione dei valori costituzionali non vada disperso, e che il suo sviluppo non sia disgiunto dal rispetto di un quadro adeguato di regole e garanzie preordinate alla tutela dei diritti di individui e gruppi».

bisogna dotarsi di realistici ottimismo e fiducia nel progresso⁴².

Il tema non è nuovo nel dibattito occidentale⁴³, ma l'attuale contesto ha molti caratteri dirompenti. La quarta rivoluzione industriale sta cambiando le nostre società, le nostre Istituzioni e potenzialmente l'uomo in sé considerato⁴⁴; inoltre, a ciò si aggiunge il mutato contesto geopolitico globale con un'Europa non ancora pronta⁴⁵.

Il solo pensare soluzioni ai grandi temi della nostra epoca ha una elevata dose di

complessità. A nostro avviso, nel campo del diritto possiamo però iniziare a delineare alcune necessarie direttrici: principi, scala e prossimi *step*.

Circa i primi, essi sono un'insostituibile guida su cui dobbiamo fondare le scelte da compiere. La declinazione europea del c.d. *human-centered approach* si sta concretizzando in modelli regolativi *risk-based*⁴⁶ aventi l'ambizione di tutelare contemporaneamente la persona e il mercato. I principi formanti tale approccio sono: precauzione⁴⁷, prevenzione⁴⁸, proporzionalità⁴⁹, trasparenza⁵⁰, sussidiarietà⁵¹; ai quali si connettono

⁴² Caratterizzanti anche lo "spirito filangieriano": F. PIROLO, *op. cit.*, p. 26; ma anche F. MARIANI, *Il cosmopolitismo e l'idea di una pace possibile: Kant e Filangieri sul problema degli eserciti permanenti*, collana cit., a cura di A. ARENA, p. 96.

⁴³ E sempre inserito in una più grande riflessione sul futuro e la sua incertezza. Per un invito – non velato – a non consultare "troppo" i moderni «oracoli», si veda: S. CASSESE, *Il diritto nello specchio di Sofocle*, in *il Corriere della Sera*, il 18 maggio 2018, Recensione a M. CARTABIA e L. VIOLANTE, *Giustizia e Mito*, Bologna, il Mulino, 2018, 174.

⁴⁴ Fra tutti: Y.N. HARARI, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, Londra, Harvill Secker, 2016, tr. it. *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Milano, Bompiani, 2017.

⁴⁵ M. DRAGHI, *Intervento alla High-Level Conference on the European Pillar of Social Rights, a La Hulpe (Belgio), il 16 aprile 2024, pubblicato in italiano in Rivista Eurojus*, n. 2/2024, 274-279: <https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Intervento-di-Mario-Draghi-alla-High-Level-2.pdf>, pp. 275-276 e 278-279: «Finora la nostra risposta è stata limitata perché il modo in cui siamo organizzati, i nostri processi decisionali e i nostri meccanismi di finanziamento sono progettati per il mondo di ieri: pre-Covid, pre-Ucraina, pre-conflagrazione in Medio Oriente, pre-ritorno delle ostilità tra grandi potenze. Ma ciò di cui abbiamo bisogno è un'Unione europea che sia adeguata al mondo di oggi e di domani. Ecco perché quel che proporrò nella relazione che la Presidente della Commissione mi ha chiesto di preparare è un cambiamento radicale: perché è di questo che c'è bisogno. [...] Dobbiamo essere consapevoli che oggi la nostra stessa coesione politica è minacciata dai cambiamenti in atto nel resto del mondo. Ripristinare la nostra competitività non è un obiettivo che possiamo raggiungere da soli, o battendoci a vicenda. Ci impone di agire come Unione europea, come mai prima d'ora. I nostri concorrenti sono in vantaggio perché possono agire ciascuno come un paese unico con un'unica strategia, allineando dietro quest'ultima tutti gli strumenti e le politiche necessarie. Se vogliamo raggiungerli, avremo bisogno di un nuovo partenariato tra gli Stati membri, una ridefinizione della nostra Unione non meno ambiziosa di quella operata dai Padri Fondatori 70 anni fa con la creazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio».

⁴⁶ *Ex multis*: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, v. 3, n. 13/2024.

⁴⁷ *Ex multis*: A. NAPOLITANO, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Pubblico Europeo*

Rassegna online, n. 1/2019, 203-225; P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *Consulta online*, n. 2/2020, 408-425.

⁴⁸ P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, cit., p. 423 e ss., in particolare: «Il principio di precauzione – come più volte rilevato nelle pagine precedenti – presenta una sostanziale affinità col principio di prevenzione, derivante dalla comune attitudine ad operare come strumenti di gestione del rischio. Tuttavia, la natura del rischio considerato marca la distanza tra i due principi: il principio di precauzione si applica in presenza di rischi ignoti, che assumono il carattere di minaccia, in quanto non è possibile determinare né l'entità né il momento in cui l'evento dannoso potrebbe verificarsi. Esso rappresenta di conseguenza una risposta agli inconvenienti derivanti dalla incertezza scientifica. Il principio di prevenzione, invece, si applica in presenza di rischi noti, che assumono il carattere di pericolo, riferibili ad eventi dannosi attestati da evidenze scientifiche».

⁴⁹ *Ex multis*: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, cit.; T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, in *European Review of Digital Administration & Law - ERDAL*, Volume 3, Issue 1, 2022, 159-165; G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico - Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, in *DPCE online*, n. 1/2024, 695-705.

⁵⁰ Fra tutti: F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, 17.04.2013, 12.

⁵¹ *Ex multis*: G. SALTELLI, *Solidarietà, sussidiarietà e diritti fondamentali del cittadino europeo nel processo di integrazione politica dell'Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, 339-357; L. ANTONINI, *Sussidiarietà, Libertà e Democrazia*, in *federalismi.it*, editoriale 7/2003, 3. «Il concetto di sussidiarietà in genere indica che l'esercizio di un potere spetta prioritariamente a un soggetto di livello inferiore, e può passare al livello superiore solo se "il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione"» in M.F. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Tesi di dottorato a.a. 2017/2018 UNINA Federico II, 395, p. 121.

necessariamente per gli attori pubblici i criteri di economicità, di efficacia e di imparzialità dell'attività amministrativa⁵².

Il loro studio deve sempre meglio dettagliarsi, in particolare nella loro capacità di conformare regolamentazione e implementazione delle decisioni politiche. Inoltre, bisognerà stare al passo dell'evolversi dei suddetti stessi principi, messi in discussione anch'essi dall'innovazione tecnologica.

La seconda direttrice indicata è giuridicamente un precipitato del principio di sussidiarietà verticale: la "scala" o "dimensione" delle sfide che ci troviamo dinanzi esige – dalla nostra prospettiva continentale – almeno una risposta – legislativa, esecutiva, fiscale, industriale – congiunta dei 27 Paesi membri. Da soli, anche gli Stati più forti non reggeranno la competizione con USA e giganti asiatici, a meno che l'obiettivo politico e poi giuridico sia una *slow agony*⁵³.

⁵² Per facilità di lettura, ex art. 1 L. 241/1990: «Art. 1 (Principi generali dell'attività amministrativa) 1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. 1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. 1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge. 2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. 2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

⁵³ Così il prof. Mario Draghi, il 9/09/2024 durante la presentazione del suo Report: *The future of European competitiveness* (disponibile al link: https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en#paragraph_47059), in risposta alla domanda di un giornalista sullo scenario probabile qualora le proposte contenute nel Report non vengano attuate (qui l'intervista: https://www.youtube.com/watch?v=rmIPVwO0P_k).

⁵⁴ «These three areas of focus (share, compete, use) have been fully embraced by the co-legislators. The interinstitutional negotiations on the Data Governance Act (data sharing) were finalised on 30 November 2021, only a year after the Commission made its proposal. For the Digital Markets Act (compete), both co-legislators are finalising their position. They indicated the need to go further on usage issues in the context of the Data Act proposal» a p. 1 di: COMMISSIONE

Ma è bene ora focalizzarci sull'ultima direttrice: i prossimi *step*.

Il primo indiscutibile sforzo riguarderà l'attuazione della fitta strategia digitale eurounitaria; a partire dall'implementazione della nuova disciplina di *governance, sharing, compete e use*⁵⁴ dei dati – composta principalmente da *Data Act, Data Governance Act, Digital Markets Act e Digital Services Act* – così da consentire l'utilizzabilità diffusa dei dati – in particolare quelli industriali su cui siamo particolarmente in ritardo⁵⁵ – sia dalle imprese che dalle Istituzioni.

Maggiore concretezza richiederà poi la complessa attuazione dell'*AI Act*: definizione dei tanti attesi *standard*⁵⁶, istituzionalizzazione di una *governance* efficace⁵⁷ – incardinata nella Commissione tramite l'*Artificial Intelligence*

EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)* – SWD(2022) 34 final, del 23.02.2022: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/83524>.

⁵⁵ L'Unione, consapevole dei ritardi industriali nel mercato delle tecnologie più di frontiera, ha deciso di giocare in attacco nella competizione globale utilizzando i suoi *asset* principali: mercato interno e avanguardia normativa. L'intera strategia digitale europea sembra scommettere sulla: «ability to promulgate regulations that shape the global business environment, leading to a notable "Europeanization" of many important aspects of global commerce. Different from many other forms of global influence, the EU does not need to impose its standards coercively on anyone—market forces alone are often sufficient to convert the EU standard into the global standard as companies voluntarily extend the EU rule to govern their worldwide operations. Under specific conditions, the Brussels Effect leads to "unilateral regulatory globalization," where regulations originating from a single jurisdiction penetrate many aspects of economic life across the global marketplace» in A. BRADFORD, *The Brussels Effect - How the European Union Rules the World*, New York, Oxford University Press, 2020, 404, p. XIV.

⁵⁶ *Ex multis*: J. LAUX, S. WACHTER and B. MITTELSTADT, *Three Pathways for Standardisation and Ethical Disclosure by Default under the European Union Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law & Security Review*, n. 53/2024.

⁵⁷ Fra tutti: C. NOVELLI, P. HACKER, J. MORLEY, J. TRONDAL, L. FLORIDI, *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities*, in *Cambridge University Press*, il 19 Settembre 2024, 25.

*Office*⁵⁸ e sviluppata mediante una attenta coordinazione con le Autorità dei singoli Stati membri –, rafforzamento dei controlli *ex post* e armonizzazione della normativa con atti nazionali.

Poi, sebbene consapevoli che *natura non facit saltum*, bisognerà occuparsi di un ulteriore passo: disciplinare l'evolversi tecnologico dei poteri statali. È proprio questo il vero grande assente delle varie strategie digitali statali ed europee; occuparsi solo del mercato e trascurare l'adattabilità e lo sviluppo dei poteri statali con le nuove tecnologie esprime una democrazia prudente che "gioca in difesa".

Tale approccio ha condotto il Legislatore eurounitario, tramite il Capo II dell'*AI Act*⁵⁹ sulle pratiche di intelligenza artificiale vietate ex art. 5 par. 13⁶⁰, a delineare dei primi "limiti" precisi. Seguendo il *risk-based approach* che organizza l'intero Regolamento⁶¹, le *ratio* di tutte le pratiche vietate si incentrano sui danni da evitare. Nello specifico, l'art. 5 par. 1 *AI Act* alle lett. a-b-c⁶² – dato il divieto maggiormente esteso – imposta una generale presunzione assoluta⁶³ di danno, mentre alle lettere d-e-f-g⁶⁴ imposta una presunzione assoluta solo circa la specifica finalità. La lett. h vieta invece l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale"⁶⁵ in spazi

⁵⁸ Per informazioni sempre aggiornate sull'AI Office si consulti questo sito ufficiale: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-office>.

⁵⁹ L'importanza di tali pratiche vietate la si desume anche dalla applicazione anticipata rispetto agli altri Capi ex art. 113 lett. a *AI Act*: «I capi I e II si applicano a decorrere dal ... [sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente regolamento]».

⁶⁰ Per velocità di consultazione: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

Sull'argomento si vedano, ex multis: R.J. NEUWIRTH, *Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA)*, in *Computer Law & Security Review*, Volume 48, April 2023, 14; M. VEALE and F. BORGESIU ZUIDERVEEN, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, n. 4/2021, 97-112, p. 98 e ss.; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, cit., p. 426.

⁶¹ Non privo di problemi: C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, cit., p. 2: «the AIA, in its capacity as a broad risk-based regulation, lacks a detailed risk assessment methodology for identifying risks, relying on a static view of AI risk. The four risk categories of AIs are mainly based on their technological features and the broad application areas. In short, AI is mostly seen as a product, akin to the EU product safety legislation. In doing so, the AIA does not consider the interaction among hazard sources, vulnerability profiles, and exposed values, but treats them as stand-alone technical standards. This is coupled by the lack of a proportionality judgement between the risk mitigation measures and the principles and rights involved. As a result, the impact that AIs may have on European fundamental values and interests seems predetermined. The AIA may misestimate the magnitude of AI risks—i.e., the likelihood of detriment and severity of consequences on values like health, safety, privacy, and others—and make the overall legal framework ineffective, that is, with rules that are either too stringent or too soft for the actual applications of specific AIs. The root of this problem is that the AIA has not yet progressed to the standardization phase, which is crucial for developing detailed guidelines». Si veda sempre ivi, p. 8 e ss. circa «strengths and weaknesses» del *risk-based approach*.

⁶² Precisamente, alla lett. 'a': *in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo*; 'b': *in un modo che provochi o*

possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo; 'c': *un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone*.

⁶³ Ex multis: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, IX edizione, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 874: «La presunzione è legale, quando è la legge ad attribuire a un fatto valore di prova in relazione ad un altro fatto che, quindi, è presunto (ad es., 1147). Le presunzioni legali non sono in senso stretto un mezzo di prova ma influiscono sulla regola dell'onere della prova (2728) facilitando la tutela di talune situazioni giuridiche; sono assolute (iuris et de iure) se non ammettono prova contraria (ad es., 232); e relative (iuris tantum) se ammettono la prova contraria (ad es., 684 e 1142)»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, G. Giappichelli editore, dodicesima edizione 2019, 654, p. 139: «Quando il legislatore detta queste presunzioni non fa altro che procedere ad una valutazione di probabilità, utilizzando le massime di esperienza».

⁶⁴ Precisamente, alla lett. 'd': *al fine di valutare o prevedere la probabilità che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità*; 'e': *creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante scraping non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso*; 'f': *inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione*; 'g': *trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale*.

⁶⁵ Anche se «non è possibile negare in assoluto che l'uso di TRF "a posteriori" sia meno invasivo di quello "in tempo reale". Come è stato autorevolmente sottolineato, l'impatto sui diritti non dipende necessariamente dalla distanza di tempo con la quale avviene il trattamento dei dati biometrici, visto che un sistema di identificazione di massa è in grado di identificare migliaia di persone in poche ore [...] Quanto all'uso delle TRF "a posteriori", il nuovo regolamento qualifica tale ipotesi nella categoria degli usi "ad alto rischio" dell'IA» in G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico – Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., pp. 701 e 704.

accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, indicando poi eccezioni che ne permettono l'utilizzo previo rispetto delle procedure autorizzative ex art. 5 par. 3 *AI Act*; quindi, a differenza di tutte le altre pratiche vietate, in questo caso vi è una procedura di valutazione della probabilità di danno antecedente all'uso.

Inizialmente il focus era stato posto sulle tecniche subliminali e manipolative (lett. a)⁶⁶, sullo sfruttamento delle vulnerabilità personali (lett. b)⁶⁷, sul *social scoring system* (lett. c)⁶⁸ e sull'utilizzo di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi pubblici (lett. h)⁶⁹. Le lett. d-e-f-g sono state aggiunte solo nella versione post triloghi dell'*AI Act*, *ictu oculi* possiamo affermare che queste pratiche vietate siano una declinazione particolare di quel che poteva essere compreso all'interno del divieto di *social scoring system*: sono tutte pratiche accomunate dalla possibile lesione discriminatoria in virtù di caratteri personali del soggetto coinvolto.

Rimandando l'analisi dettagliata delle singole pratiche vietate ad altra sede, è bene – considerando le linee guida di questo lavoro – approfondire la normativa più corposa – e di particolare interesse sistematico – riguardante la pratica vietata di cui alla lett. h. Alle Autorità pubbliche sia democratiche che autoritarie

«non sfuggono le enormi potenzialità offerte da queste tecnologie, tanto in termini investigativi e di repressione dei reati o di ricerca di persone scomparse, quanto di controllo della popolazione e di repressione del dissenso. Il prezzo di queste utilità, tuttavia, è la limitazione penetrante di molteplici libertà e diritti fondamentali, come la privacy e la tutela dei dati personali, o la libertà di espressione e di riunione delle persone sottoposte a sorveglianza [...] da qui l'esigenza di una attenta regolazione di questi mezzi tecnologici per condizionarne l'impiego al rispetto di principi costituzionali e valori democratici»⁷⁰.

Evidente è quindi la necessità di stabilire un chiaro quadro regolatorio⁷¹ per permetterne l'utilizzo nel rispetto dei principi propri dello Stato di diritto⁷²: l'art. 5 *AI Act* è stato disegnato per rispondere a tale esigenza. Per il perseguimento di finalità specifiche e secondo determinate modalità⁷³, le eccezioni al divieto di utilizzare sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi pubblici per finalità di contrasto⁷⁴ sono tutte inserite all'interno di un *iter* procedimentale che pretende il rispetto dei

⁶⁶ R.J. NEUWIRTH, Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA), cit., p. 3 e ss.

⁶⁷ Ivi, p. 6 e ss.

⁶⁸ Ivi, p. 8 e ss.; M. VEALE and F. BORGESIU ZUIDERVEEN, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act!, cit., p. 100 e ss.

⁶⁹ La Francia ha iniziato ad usare sistemi di identificazione biometrica in "tempo reale" già nel 2012, si veda questo articolo che analizza una sentenza del Conseil d'Etat di aprile 2022: T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., p. 165: «The view of the Conseil d'Etat, together with that of the Italian DPA, tends to suggest that States consider that deploying facial recognition for ex-post individual identification purposes is necessary and proportionate to the aim pursued, which is to repress crime. The EDPB and the draft AI Act also align in terms of allowing such deployments if there is an appropriate national legal framework providing proper safeguards». Si veda anche: A. LODIE, S. CELIS JUAREZ, *AI-Assisted Security at the Paris 2024 Olympic Games: From Facial Recognition to Smart Video*, in *AI-Regulation.com*, January 27th, 2023.

⁷⁰ G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso*

politico - Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia, cit., p. 695.

⁷¹ Nel processo legislativo dell'*AI Act* non sono mancati confronti "accesi": ivi, pp. 695-696.

⁷² A differenza di quanto avviene in Stati autocratici, ivi, p. 696: «la Corte EDU è intervenuta con una pronuncia che ha condannato la Federazione Russa per aver fatto uso di queste tecnologie a scopo di repressione del dissenso politico. La Corte ha ravvisato una violazione degli articoli 10 (libertà di espressione) e 8 (diritto al rispetto della vita privata) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)».

⁷³ Si veda: European Data Protection Board, Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement, Version 2.0, 26 April 2023, disponibile al link https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-05/edpb_guidelines_202304_frlawenforcement_v2_en.pdf.

⁷⁴ G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico - Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., p. 695: «Queste tecnologie offrono un formidabile strumento di sorveglianza, poiché sfruttano sistemi di intelligenza artificiale (IA) e dati biometrici per identificare le persone a distanza e senza che queste ne abbiano necessariamente consapevolezza. È sufficiente integrare software basati su algoritmi di riconoscimento facciale con uno dei molteplici dispositivi a disposizione, come ad esempio telecamere a circuito chiuso o

principi di stretta necessità e proporzionalità⁷⁵. Si veda il seguente schema per comprendere la disciplina complessiva contenuta nell'art. 5 *AI Act* par. 1 lett. h e nei parr. 2-3-4-5:

Eccezioni al Divieto di Utilizzare Sistemi di Identificazione Biometrica Remota "in Tempo Reale" in Spazi Pubblici a Fini di Attività di Contrasto Art. 5 <i>AI Act</i>
Obiettivi di cui al par. 1 lett. h per i quali l'utilizzo è consentito
- Ricerca mirata di specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani
- Prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale, attuale e prevedibile di un attacco terroristico
- Localizzazione o identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato di cui all'Allegato II <i>AI Act</i>
Sotto-obiettivo di cui al par. 2 consentito nella cornice degli obbiettivi
- Confermare l'identità della persona specificamente interessata
Requisiti di cui ai parr. 2 e 3
- Necessità e proporzionalità conformemente al diritto nazionale
- Valutazione d'impatto sui diritti fondamentali ex art. 27 <i>AI Act</i>
- Registrazione del sistema nella banca dati UE ex art. 49 <i>AI Act</i>
Requisito meno vincolante in situazione di urgenza debitamente giustificata
- Registrazione del sistema nella banca dati UE posticipata ma da completare senza indebito ritardo
Autorizzazione ex par. 3

droni, per costruire una rete capillare di controllo a disposizione di soggetti privati o autorità pubbliche».

⁷⁵ T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., pp. 161- 162 sull'interpretazione del requisito di strict necessity e pp. 162-163 sul principio di proporzionalità.

- Preventiva e rilasciata da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa indipendente
Situazione di urgenza debitamente giustificata
- Autorizzazione richiesta entro 24 ore
Salvaguardie
- Autorizzazione limitata nel tempo e nell'ambito geografico e personale
- Nessuna decisione che produca effetti giuridici negativi può essere presa unicamente sulla base dell' <i>output</i> del sistema di identificazione biometrica remota "in tempo reale"
- Obblighi di notifica dell'uso alle autorità competenti
- Possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni più restrittive

Come si può notare, la normativa eurounitaria fa da *plafond* ovvero da soglia minima di garanzie oltre le quali i singoli Stati membri non possono andare. Le norme nazionali saranno indispensabili anche «poiché l'*AI Act* non potrà essere invocato come base giuridica sufficiente ai sensi delle disposizioni della Direttiva di polizia (cons. 23 *AI Act*)»⁷⁶; inoltre, i 27 potranno prevedere norme più restrittive all'interno dei loro territori.

Secondo chi scrive, considerando le varie garanzie – il regime autorizzatorio, il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, la previa valutazione d'impatto sui diritti fondamentali, la registrazione nella banca dati dell'UE, gli obblighi di notifica – aggiunte ad una legislativa tassatività dei reati e degli obiettivi per i quali l'utilizzo è consentito, l'art. 5 *AI Act* è un attento custode dello Stato di diritto capace allo stesso tempo di offrire alle forze dell'ordine la possibilità di utilizzare tali nuove tecnologie «to repress crime»⁷⁷.

Cercando di offrire un giudizio complessivo: servono altri limiti? Non è semplice esporsi sull'argomento, di certo l'art. 5 *AI Act*

⁷⁶ G. MOBILIO, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico - Osservazioni a partire dal caso Glukhin c. Russia*, cit., p. 704. 385

⁷⁷ T. CHRISTAKIS and A. LODIE, *The Conseil d'Etat Finds the Use of Facial Recognition by Law Enforcement Agencies to Support Criminal Investigations "Strictly Necessary" and Proportional*, cit., p. 165.

rappresenta l'esito di lunghe e complesse trattative tra Stati membri, Commissione, Parlamento europeo e i vari *stakeholder*. Ad ora le pratiche vietate sembrano essere sufficienti⁷⁸, ovviamente sarà essenziale aggiornarle di volta in volta in virtù dell'avanzamento tecnologico.

In ogni caso, un sistema così disegnato è ben diverso da quelli proposti in nome di un non ben definito "public order": «It is not difficult to see that China's approach intends to protect individuals as well as the public order. The question is who and what do we understand such individuals and public order to be?»⁷⁹.

4. OTTIMISMO NEL FUTURO E GIOCO IN ATTACCO

Nell'ottica di una democrazia che "gioca in attacco", solo alcuni punti iniziano a delinearsi e crediamo sia possibile racchiuderli nelle grandi

categorie delle tecniche di *better regulation*⁸⁰ e *better administration*⁸¹. In entrambe rientrano senz'altro:

⁷⁸ Anche se ci sono alcuni dubbi e.g. sulla classificazione dei sistemi di identificazione biometrica remota "a posteriori" come sistemi ad alto rischio e quindi esenti dalla disciplina dell'art. 5 AI Act.

⁷⁹ W. YAN, *Do not go gentle into that good night - The European Union's and China's different approaches to the extraterritorial application of artificial intelligence laws and regulations*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, n. 53/2024, 14, p. 10; sebbene ivi, p. 11: «China's strategy primarily focuses on fostering innovation and 'common prosperity', while the EU focuses on promoting ethical outcomes by protecting fundamental rights. Although their expressions differ, the focal points of the EU's and China's approaches are similar».

⁸⁰ L'Unione è molto attenta nello sviluppo di pratiche per una *better regulation*; si veda questa Comunicazione della Commissione europea: *Better Regulation: Joining forces to make better laws*: https://commission.europa.eu/document/download/199176cf-6c4e-48ad-a9f7-9c1b31bbbd09_it?filename=better_regulation_joining_forces_to_make_better_laws_en.pdf e questa *webpage* che approfondisce i vari passi in avanti fatti e i nuovi obiettivi: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_it#documenti.

⁸¹ È importante dividere le due categorie, anche se, in particolare in Italia, si "amministra" sempre più con le leggi: S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2019, 11, pp. 4 e 5: «la sfiducia dell'amministrazione ha origine dal Parlamento: esso amplia l'area della legislazione, per soddisfare un bisogno dei governi, che deriva dal modo in cui è strutturato il sistema costituzionale italiano. Di qui un malessere del diritto amministrativo, che è sostanzialmente discrezionalità, adattamento continuo dell'amministrare alla realtà, non meccanica applicazione di norme. Così si produce un

irrigidimento dell'amministrazione, una riduzione del suo potere di decisione, e la necessità di altre leggi per modificare quelle precedenti, con un continuo ampliamento dell'area legislativa, senza tuttavia aumentare l'imparzialità dell'amministrazione, anzi riducendola. Il «continuum» governo — Parlamento, che prende decisioni allo stesso tempo legislative e amministrative, generali e particolari (basti ricordare che i commi — in realtà articoli — delle ultime leggi finanziarie e di bilancio hanno superato i mille) marginalizza l'amministrazione, sottraendole la funzione esecutiva che la Costituzione le attribuisce. È, infatti, vero che «non può ritenersi preclusa alla legge [...] la possibilità di attrarre nella propria sfera oggetti o materie normalmente affidate all'azione amministrativa» (Corte cost., sent. n. 66/2018), ma è anche vero che «la legislazione [...] non è il mezzo per conferire forza di legge [...] a qualunque volontà». Altrimenti, si ha «abuso di funzione legislativa» [...] si aggiunge un altro paradosso: la redazione tecnica della maggior parte delle leggi è opera degli uffici amministrativi, i quali, per evitare responsabilità, a scopo difensivo, scaricano volentieri sul Parlamento l'onere della decisione alla quale poi essi debbono dare applicazione. Per cui legislatore e amministrazione collaborano nell'accrescere la rigidità dell'amministrazione e nel restringere l'area della discrezionalità amministrativa, innescando un circolo vizioso pericoloso [...] appare paradossale che un meccanismo innescato dal corpo politico, che ha l'effetto di marginalizzare l'amministrazione, conduca poi, in ultima istanza, alle critiche antiburocratiche, addossando così, agli occhi dell'opinione pubblica, tutte le colpe ad una impersonale «burocrazia». Si veda anche S. ISSACHAROFF, *Democracy's Deficits*, cit., p. 14: «The result of parliamentary dysfunction is correspondingly rising executive unilateralism, the increased dependence on administrative law to set policy, and the central checking role of the courts as restraints on presidentialism — even in formally parliamentary systems. Doctrinally, the absence of congressional action not only removes the central democratic branch from the reins of government, but also makes more difficult judicial constraint».

*nudge regulation*⁸², *regulatory sandbox*⁸³, tecniche di *regulation by design*⁸⁴, l'implementazione di adeguate valutazioni d'impatto precedenti e successive all'emanazione dell'atto, strumenti *evidence-based*⁸⁵.

Viscerarle tutte richiederebbe uno spazio diverso da questo scritto, ma nella sua economia è

utile offrire almeno alcuni cenni sul *Nudge* e sul ruolo che ha la costruzione dell'*architecture choice*⁸⁶ quando vengono disegnati i provvedimenti pubblici.

Quando effettuiamo qualsivoglia tipologia di scelta, noi *homo sapiens* siamo esposti a numerosissimi *bias*⁸⁷ - e.g. la distorsione verso lo

⁸² Fra tutti: R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, tr. it., *Nudge. La spinta gentile*, Milano, Universale Economica Feltrinelli, 2024, 345. Si veda anche: J. PONCE, *Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration*, in *European Review of Digital Administration & Law - ERDAL*, Volume 3, Issue 1, 2022, 31-44, p. 31: «Humans face choices every day, but the result of every decision is influenced not only by rational deliberations regarding the available options. The design of the choice environment in which the information is presented can exert a subconscious influence on the outcome. In other words, the decision often depends on how the choice is presented; hence, decision architecture alters people's behaviour in predictable ways. The simplest changes in the choice environment –in which options are presented– can influence people's decision and “nudge” them to behave in certain ways. In fact, there is no neutral way to present options». Un libro forse ancora più fortunato di *Nudge* che ha toccato argomenti simili è: D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, tr. it., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2021.

⁸³ Lo European Data Protection Supervisor (EDPS) le ha accolte con benevolenza: EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 44/2023 on the Proposal for Artificial Intelligence Act in the light of legislative developments*, del 23.10.2023: https://www.edps.europa.eu/system/files/2023-10/2023-0137_d3269_opinion_en.pdf, p. 18 e ss.

⁸⁴ *Ex multis*: M. ALMADA, *Regulation by Design and the Governance of Technological Futures*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 1-13.

⁸⁵ Per gli sviluppi in Europa, si veda il portale *Knowledge4Policy* (K4P), la piattaforma della Commissione europea per l'*evidence-informed policymaking*: https://knowledge4policy.ec.europa.eu/evidence-informed-policy-making_en. Per ulteriori chiarimenti sul tema si veda questo *briefing* - [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/6/90529/EPRS_BRI\(2021\)690529_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/6/90529/EPRS_BRI(2021)690529_EN.pdf) - prodotto dallo *European Parliamentary Research Service* (EPRS), dove a p. 2: «This paper deals with 'evidence- based policy-making', as it uses the best available scientific evidence to formulate policies. However, 'evidence- based policy-making' does not imply that policy decisions should be taken solely based on scientific evidence. Policy decisions based exclusively on scientific evidence are technocratic, which is not a policy's aim in a parliamentary democracy. Democratic policy-makers usually combine the best available evidence with their understanding of a society's needs, i.e., contextualising the evidence in terms of what they believe is in accord with the citizens' expectations, values and preferences».

Sull'emanazione negli USA del *Foundations for Evidence-Based Policymaking Act* del 2018 - consultabile in pdf e in forma riassunta nella sua divisione in titoli al sito: <https://aspe.hhs.gov/topics/data/evidence-act-0> - si veda: N. POTOK, *Continuing Implementation of the Foundations for*

Evidence-Based Policymaking Act of 2018/ Who Is Using the Data?, in *Harvard Data Science Review*, n. 5.4, 2023, 7.

Altri articoli sul tema: G. LISTORTI, E. BASYTE-FERRARI, S. ACS e P. SMITS, *Towards an Evidence-Based and Integrated Policy Cycle in the EU: A Review of the Debate on the Better Regulation Agenda*, in *Journal of Common Market Studies*, V. 58/2020, 1558-1577; L. VAN WOENSEL, *A Bias Radar for Responsible Policy-Making. Foresight-Based Scientific Advice*, St Antony's Series, Palgrave, 2020, 150; D. AZZOLINI e M. SISTI, *Evidence-Based Policy e Attività Legislativa. Cosa c'è di nuovo?*, in *federalismi.it*, n. 3/2019, 159-174.

⁸⁶ R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., pp. 91-168. Si veda anche: J. PONCE, *Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration*, cit., p. 31: «Humans face choices every day, but the result of every decision is influenced not only by rational deliberations regarding the available options. The design of the choice environment in which the information is presented can exert a subconscious influence on the outcome. In other words, the decision often depends on how the choice is presented; hence, decision architecture alters people's behaviour in predictable ways. The simplest changes in the choice environment –in which options are presented– can influence people's decision and “nudge” them to behave in certain ways. In fact, there is no neutral way to present options».

⁸⁷ Ivi, in particolare: *Parte Prima, Umani ed Econi*, pp. 31-90; una descrizione precisa di tale constatazione la si ritrova in N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: “Orientamenti” Costituzionali*, cit., p. 96: «Gli avanzamenti di conoscenze sul sistema cognitivo e comportamentale umano hanno contribuito a mettere in luce gli errori (bias) cognitivi che affliggono l'individuo, quindi a smentire la teoria neoclassica della razionalità intrinseca all'homo oeconomicus, che presuppone capacità di scelta ed azione ottimali, per massimizzare il proprio utile personale. Tali sviluppi hanno - per conseguenza - altresì potenziato le conoscenze sugli strumenti di influenza e condizionamento del comportamento umano. L'individuo non è quindi un essere razionale (un «econe», per dirla con Thaler e Sunstein), bensì un homo sapiens, quindi un umano, con la fallibilità tipica degli umani, qualificata da razionalità limitata. Ne discende l'esigenza di “educarlo” ed indirizzarlo ad assumere decisioni in linea con il proprio benessere». Sulla questione anche FRANCESCO, *Intelligenza artificiale e pace*, Messaggio di Sua Santità per la LVII giornata mondiale della pace 1° gennaio 2024: «le forme di intelligenza artificiale sembrano in grado di influenzare le decisioni degli individui attraverso opzioni predeterminate associate a stimoli e dissuasioni, oppure mediante sistemi di regolazione delle scelte personali basati sull'organizzazione delle informazioni. Queste forme di manipolazione o di controllo sociale richiedono un'attenzione e una supervisione accurate, e implicano una chiara responsabilità legale da parte dei produttori, di chi le impiega e delle autorità governative».

*status quo*⁸⁸ – che ci portano a decisioni “sbagliate” o quanto meno sconvenienti dal punto di vista razionale⁸⁹; da tale consapevolezza si sono sviluppate elaborate tecniche di *nudging* capaci di difenderci dagli errori decisionali. Gli autori di *Nudge* hanno sviluppato il c.d. paternalismo libertario e il loro lavoro avendo in mente una idea chiara: «Il nostro obiettivo è formulare provvedimenti politici che tutelino o aumentino la libertà di scelta. L’aggettivo libertario, usato come attributo di paternalismo, vuol dire semplicemente “che preserva la libertà”»⁹⁰. Se all’interno di una democrazia vi sono una “pluralità di uomini liberi”⁹¹, di primario interesse è comprendere come questi cittadini esercitino la loro libertà. Oltre ai connaturati *bias* umani, il potere di autodeterminarsi è completamente individuale?⁹² Il potere decisionale dei singoli cittadini come si forma nell’attuale mercato libero delle idee⁹³?

Bisogna far sì che i cittadini – e quindi elettori – «nell’era dell’*onlife*, sappiano orientarsi e – per conseguenza – consapevolmente autodeterminarsi,

a fronte dell’espandersi dei rischi legati alla manipolazione e, con essa, alla banalizzazione della partecipazione politica»⁹⁴. Questa sfida si inserisce in

⁸⁸ Ivi, pp. 45-46.

⁸⁹ L’essere umano agisce seguendo strade molto diverse dalla pura razionalità dell’*homo oeconomicus*. Si veda: A.R. DAMASIO, *Descartes’ Error – Emotion, Reason and Human Brain*, tr. it., *L’errore di Cartesio – Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, Adelphi edizioni, 1995, 404.

⁹⁰ R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., p. 18. Perfettamente in linea con: “La libertà può essere ristretta solo a vantaggio della libertà stessa” in J.S. MILL, *On Liberty*, tr. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, il Saggiatore, 1991, 133, p. XVIII, nella prefazione di Giulio Goriello e Marco Mondadori citando la riformulazione del principio di libertà di Mill definita da J. RAWLS, *Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 250.

⁹¹ T. CASADEI, *Il senso del ‘limite’ – Montesquieu nella riflessione di Hannah Arendt*, cit., p. 808.

⁹² M. VILLONE, *Costituzione liberale vs legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2011, 17, p. 5: “Per la Corte, dunque, l’autodeterminazione è un diritto fondamentale direttamente connesso alla libertà personale. Se questo è vero, l’autodeterminazione non può essere codecisione. Non esiste un’autodeterminazione condivisa, non più di quanto esista una libertà in compartecipazione”, in particolare, è da chiarire: “L’autodeterminazione è scelta individuale – sottratta all’influenza di soggetti terzi – di rifiutare o accettare un trattamento sanitario. Comporta che il rapporto tra medico e paziente sia fondato sul primato del paziente piuttosto che del medico. Tanto che l’alleanza terapeutica tra medico e paziente – cui la legge fa riferimento – non può essere paritaria. È un’alleanza diseguale, in cui la volontà di una parte contraente – il paziente – è sovraordinata rispetto alla volontà dell’altra”. In ordine a quest’ultima, il “primato del paziente” e la “alleanza diseguale” sono cose ben diverse da “l’autodeterminazione non può essere codecisione” o “sottratta all’influenza di soggetti terzi”. Ma siamo sicuri che influenze non ci siano nei processi

autodeterminativi? La scelta individuale non è guidata dal contesto?».

⁹³ C. PINELLI, “*Postverità*”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, relazione svolta al Corso di Dottorato in Diritto pubblico del Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università Sapienza di Roma, 20 giugno 2017, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1/2018, 41-47, p. 46: «Sostiene Sunstein che gli stessi processi che creano le false credenze possono renderle resistenti alla correzione, a causa della *biased assimilation*, che induce le persone ad elaborare le informazioni ricevute, che in ogni caso non è un processo neutrale, in funzione delle proprie inclinazioni e preferenze. In condizioni simili la correzione di dicerie false può addirittura rafforzarle: quando si tentò di dimostrare la falsità dell’affermazione dell’amministrazione Bush che l’Iraq disponeva di armi di distruzione di massa, ci fu semplicemente un rafforzamento delle convinzioni precedenti, sia dei liberal che dei conservatori. Quanto più invece le convinzioni precedenti sono deboli, come nel caso delle dicerie su Obama nel 2008, tanto più diventa facile smontarle. Tutto ciò, prosegue Sunstein, non basterebbe a “negare del tutto l’esistenza di un “libero mercato delle idee”. Bisogna però riconoscere che a volte questo peculiare mercato funziona male»: funziona male soprattutto nell’era dei blogger e di YouTube, dove «le vostre affermazioni non solo possono essere conservate per sempre, ma anche così attentamente monitorate che una qualsiasi, tolta dal contesto, può essere presentata come rappresentativa del tutto, o come indizio di qualcosa di oscuro o di allarmante». Si veda anche: V. MITSILEGAS e C. SALVI, *Digital Exceptionalism, Freedom of Expression and the Rule of Law: The Case of Targeting Terrorist Content Online*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2/2024, 181-205.

⁹⁴ M. LADU e N. MACCABIANI, *L’autodeterminazione popolare nell’era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta online*, n. 2/2023, 415-438, p. 416.

un ambiente digitale ricco di disinformazione⁹⁵ e l'Unione Europea ne è consapevole⁹⁶.

In che modo le liberaldemocrazie possono assistere i loro cittadini se siamo circondati da *fakenews*? In uno Stato di diritto non dovrebbe aversi rispetto per la libertà al punto da garantire una sorta di "diritto alla bugia"? Dopotutto, di certezze se ne hanno poche, e spesso sono diverse dalle "verità" e più simili a "fatti attendibili"⁹⁷.

Molti attori dell'Occidente liberaldemocratico hanno già iniziato a mettere in campo tali conoscenze⁹⁸. Il caso forse più emblematico di rilevanza pubblica è stato quello attinente alla donazione di organi⁹⁹; è stato evidenziato come la fallacia della soluzione di *default* abbia portato a esiti completamente differenti a seconda che l'opzione di essere donatori di organi venisse optata all'interno di una architettura decisionale di *default* che prevedesse un comportamento attivo o passivo del singolo cittadino. Nei Paesi che hanno scelto la prima impostazione decisionale la percentuale di

cittadini che sceglievano di essere donatori di organi era bassissima, mentre nei Paesi che hanno scelto la seconda formulazione la percentuale era ed è prossima al 100%, e tali enormi differenze sussistono anche in Stati molto simili dal punto di vista culturale¹⁰⁰.

Non sono mancate accuse agli Autori di *Nudge* di aver contribuito a diffondere la tecnica potenzialmente "manipolativa" del "consenso presunto"; nella edizione definitiva del libro - che in questo lavoro si è utilizzata in ogni riferimento - Thaler e Sunstein hanno risposto alle suddette accuse:

«Dopo aver fatto le dovute ricerche in merito, ci siamo dichiarati a favore di una politica diversa [dal "consenso presunto"], quella che chiamiamo "sollecitazione di scelta" (*prompted choice*) [...] Salvare vite aumentando gli organi disponibili per l'utilizzo è un obiettivo fondamentale, ma non l'unico: è importante anche prendere in

⁹⁵ WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Risk Report - 2024*, 124: <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>, p. 18: «Persistent false information (deliberate or otherwise) widely spread through media networks, shifting public opinion in a significant way towards distrust in facts and authority. Includes, but is not limited to: false, imposter, manipulated and fabricated content [...] Misinformation and disinformation may radically disrupt electoral processes in several economies over the next two years. A growing distrust of information, as well as media and governments as sources, will deepen polarized views - a vicious cycle that could trigger civil unrest and possibly confrontation. There is a risk of repression and erosion of rights as authorities seek to crack down on the proliferation of false information as well as risks arising from inaction. [...] The disruptive capabilities of manipulated information are rapidly accelerating, as open access to increasingly sophisticated technologies proliferates and trust in information and institutions deteriorates. In the next two years, a wide set of actors will capitalize on the boom in synthetic content, amplifying societal divisions, ideological violence and political repression - ramifications that will persist far beyond the short term».

⁹⁶ Si vedano le linee guida basate sul *DSA* pubblicate dalla Commissione europea il 26 marzo 2024 per mitigare i rischi legati alla disinformazione in vista delle elezioni europee dell'8-9 giugno: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1707.

⁹⁷ F. PATRONI GRIFFI, *Quid est veritas? La "conoscenza" del fatto e del diritto: la dialettica tra verità e certezza nell'esperienza del processo amministrativo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2024, 114-130, p. 117: «assistiamo a un contesto di crisi "permanente" della conoscenza "vera" anche nel campo delle scienze esatte (come è dimostrato dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e del mondo fisico), può essere inevitabile che chi abbia a cuore la "certezza" di rapporti sociali, tra i privati o tra la persona e il

potere, si accontenti di una verità come "accertata" più che di una verità "vera". In altre parole, "la certezza come stabilità, sicurezza conservazione, definisce, in sostanza, uno spazio di attendibilità convenzionale". Sono però decisive, nella consapevolezza della relatività delle certezze così raggiunte, la qualità del percorso argomentativo e la rivedibilità, sia pure limitata, delle statuizioni, tanto nel processo, quanto all'esito di una decisione amministrativa; e ciò al fine di evitare o attenuare la definizione di un assetto affatto non corrispondente con la realtà, e cioè una certezza "affidabile" per legge ma vuota nei contenuti».

⁹⁸ N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: "Orientamenti" Costituzionali*, cit., p. 100: «Al di là dell'inquadramento teorico della questione, va rammentato che poiché negli ultimi tempi "empirical research on human behaviour has become increasingly relevant in both public policy debate and legal reforms", la strutturazione organizzativa di uffici amministrativi ne ha subito gli influssi: com'è stato per il caso della presidenza Obama, del governo Cameron e dell'Unione Europea, dove la Commissione ha creato un "Competence Centre on Behavioural Insights" non solo per approfondire le ricerche comportamentali, ma anche per fornire "expert assistance to other departments of the European Commission, to embed behavioural evidence into policy-making". A livello internazionale, l'OCSE ha creato il Network of Behavioural Insights Experts». Qui il link per il *Competence Centre on Behavioural Insights* della Commissione europea: https://knowledge4policy.ec.europa.eu/behavioural-insights_en.

⁹⁹ R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, cit., pp. 239-262.

¹⁰⁰ Ivi, p. 240: «Solo il 12 per cento dei tedeschi aveva acconsentito di diventare donatore di organi, mentre oltre il 99 per cento degli austriaci non aveva revocato il consenso a esserlo. Incredibile!»

considerazione interessi, preferenze e diritti in potenziale conflitto tra loro»¹⁰¹.

Gli Autori concludono le loro proposte sintetizzandole nella possibilità di utilizzare altri pungoli diversi dalla *default option force*¹⁰²: *in primis* di rendere la scelta il più “facile” possibile – e.g. dando la possibilità di diventare donatori di organi con una semplice procedura online – e *in secundis* di catturare l’attenzione dei potenziali donatori tramite periodiche sollecitazioni in precisi momenti – e.g.: rinnovo della patente, del documento di identità o della tessera elettorale – in cui si può trovare il cittadino “predisposto” a decidere sulla questione. Senza dubbi possiamo affermare che le tecniche di *nudge regulation* sono uno strumento utilissimo nelle mani del potere pubblico; tuttavia, sono più complesse di quello che a primo acchito possono sembrare e vanno adeguatamente regolate¹⁰³. Tale regolazione dovrà essere capace di rappresentare al meglio il suddetto equilibrio che il c.d. paternalismo libertario cerca di esprimere come nello storico rapporto tra governanti e governati, tra

il delegare e il rappresentare¹⁰⁴; in sintesi e parafrasando Cicerone: tra l’*auctoritas* del senato e la *potestas* del popolo¹⁰⁵.

Circa le tecniche di *better regulation* che possono trovare applicazione *ex post*, crediamo sia fondamentale che l’efficacia dell’atto sia valutata non solo teoricamente e in occasione delle conferenze stampa; essa può essere costantemente valutata dopo che l’atto è entrato in vigore, tramite l’analisi dei dati su come le misure attuate stiano avendo effetti oppure no, su come si possano migliorare e cosa bisogna cambiare o eliminare.

A parere di chi scrive, una pratica nuova di *better regulation* potrebbe essere introdurre il c.d. metodo sperimentale – proprio delle scienze¹⁰⁶ ma ormai anche del business¹⁰⁷ – all’interno del processo di sviluppo dell’atto, legislativo o esecutivo. La fase implementativa di un atto può essere anticipata a prima dell’entrata in vigore – prima di divenire definitivo, quindi in fase di perfezionamento¹⁰⁸ – e potrebbe articolarsi in vari *step*, e.g.: applicare in via provvisoria e in modalità

¹⁰¹ Ivi, pp. 240 e 241.

¹⁰² Ivi, p. 249 e ss.

¹⁰³ N. MACCABIANI, *Tra Nudge-Regulation e Technological Management: “Orientamenti” Costituzionali*, cit., p. 117: «Per conseguenza, ciò che potrebbe e dovrebbe fare il Parlamento è di adottare una legge (una sorta di fonte sulla produzione del diritto) volta a dettare i “criteri” di governo e gestione di tali pratiche regolatorie. Definendo, anzitutto, in negativo le finalità e le modalità vietate. Allo scopo, la delimitazione in negativo potrebbe portare all’esclusione di simili pratiche regolatorie laddove limitino o distorcano in modo inaccettabile la libertà cognitiva o sopprimano in modo significativo le opzioni praticabili da parte del soggetto; oltre che all’esclusione di alcune modalità (quali il ricorso a pratiche subliminali o comunque non trasparenti), in quanto contrarie a fondamentali valori e principi, quali la dignità umana, l’uguaglianza, il Rule of Law. Il legislatore dovrebbe poi bilanciare finalità di interesse pubblico perseguite e mezzi allo scopo impiegati, con la sfera complessiva delle libertà fondamentali incise, ulteriori rispetto alla libertà cognitiva. Così, a titolo esemplificativo, il ricorso alla default rule per la donazione degli organi, non solo andrebbe ad incidere sulla libertà cognitiva (aspetto tipico delle pratiche di nudging), ma per suo tramite interferirebbe con valutazioni estremamente sensibili rimesse a quella sfera, radicabili nella dignità umana. Ne consegue che tale bilanciamento non dovrebbe essere lasciato all’esecutivo, bensì già compiuto in sede legislativa».

¹⁰⁴ R. ESPOSITO, *Istituzione*, Bologna, il Mulino, Collana Parole Controtempo, 2021, 163, p. 73: «Se le istituzioni continuano ad apparire un blocco compatto di potere e repressione, non resterà che l’opzione messianica della loro destituzione. Nulla è più inefficace, e al contempo pericoloso, del mito neoanarchico di una società semplificata in un’alternativa tra istituzioni repressive e assenza di istituzioni. La

richiesta, oggi sempre più diffusa, di democrazia diretta, contro le istituzioni di democrazia rappresentativa, ne costituisce la figura più aggiornata. Il dibattito sulle istituzioni scivola verso due polarità estreme e inconciliabili. Da un lato la progressiva sclerosi istituzionale, dall’altro la libertà dalle istituzioni. Quando invece la via da percorrere passa per un nuovo nesso tra istituzioni e libertà».

¹⁰⁵ CICERONE, *De legibus*, consultabile in latino al link: https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-106_-043_Cicero_Marcus_Tullius_De_Legibus_LT.pdf, paragrafo 28: «cum potestas in populo auctoritas in senatu sit».

¹⁰⁶ In *Treccani.it*: «sperimentale, metodo: Procedimento che si affermò nell’indagine scientifica a partire dagli inizi del 17° secolo. Consiste nel sottoporre le ipotesi scientifiche a procedure di controllo sperimentale, che servono a confermarle (nel qual caso le ipotesi si trasformano in leggi scientifiche) o a confutarle. Teorizzato da F. Bacon e, in modo assai più sistematico, da G. Galilei, il m.s. si è affinato nel 19° e 20° sec., riproponendo la contrapposizione tra una concezione induttiva (sostenuta, per es., da J.S. Mill) e una ipotetico-deduttiva (difesa da W. Whewell). Nel Novecento tale contrapposizione si è rinnovata nella filosofia della scienza con la controversia tra i positivisti logici e la teoria del metodo scientifico di K.R. Popper».

¹⁰⁷ *Ex multis*: C. SPINA, A. CAMUFFO and A. GAMBARDELLA, *Founders, Apply the Scientific Method to Your Startup*, in *Harvard Business Review*, November 18, 2020.

¹⁰⁸ E in questo si differenzia dalle seppur importanti valutazioni di impatto tutte fatte *ex post*. Ovviamente ci riferiamo alle valutazioni di impatto dei progetti portati a termine, non all’autoreferenziale sistema di misurazione e valutazione della performance dei dipendenti pubblici:

diverse la misura, individuare poi i punti di forza delle varie modalità e infine incanalarli in una versione definitiva da applicare a livello nazionale. Si pensi al reddito di cittadinanza o al bonus 110%, misure bocciate da molte Autorità di vigilanza/controllo in quanto improduttive degli effetti sperati¹⁰⁹. Una strategia vincente fondata sul “metodo sperimentale” – ben attuabile tramite le nuove tecnologie – sarebbe stata l’applicazione provvisoria con modalità differenti in varie Regioni, l’acquisizione di informazioni sui punti di forza delle varie modalità e l’applicazione della versione definitiva migliore possibile a livello nazionale. Senza dimenticare il monitoraggio costante e successivo.

Circa la categoria della *better administration*, la rivoluzione digitale arriva a mettere in discussione gli elementi principali del diritto amministrativo, atto e procedimento¹¹⁰, avendo di conseguenza un impatto anche sull’ambito e i limiti che incontra il

giudice amministrativo nel valutare le questioni di legittimità dell’atto¹¹¹.

Considerando che «si privilegia il non fare rispetto al fare»¹¹² e che, in particolare nel nostro Paese «l’azione amministrativa appare sempre più stretta»¹¹³, il miglioramento del potere amministrativo tramite tecniche di *better administration* va incoraggiato a pieno titolo. Secondo chi scrive, uno dei principali oggetti di studio nel suo sviluppo tecnologico sarà il campo delle responsabilità¹¹⁴: chi risponde e in che modo?¹¹⁵ Quali saranno i nuovi “equilibri” della discrezionalità politica e amministrativa?

Molto è ancora da approfondire, molte sono le sfide giuridiche aperte e lontane sono le risposte che questo scritto ha iniziato a cercare.

Nell’era del «capitalismo politico»¹¹⁶ e del progredire incessante della tecnica, alla realtà si affianca la corrispondente percezione che si ha della *liberal democracy*: di una forma di Stato sempre più

<https://www.corteconti.it/HOME/StampaMedia/Notizie/DettaglioNotizia?Id=fa0286b2-717c-4105-9306-d821e7d1a70a>.

¹⁰⁹ Circa il mancato coordinamento dell’allora reddito di cittadinanza con le politiche attive si veda: F. CARTA, A. DALLA ZUANNA, S. LATTANZIO e S. LO BELLO, *Il sistema di ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici nel confronto europeo*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)* – Banca d’Italia, n. 697, giugno 2022, 56. Circa la “follia economica” rappresentata dal bonus 110% che peserà sulle casse italiane ancora per molto, si veda CORTE DEI CONTI, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, 05/2023, 359, p. 134: «L’esperienza dei recenti bonus edilizi insegna, inoltre, che può essere assai pericoloso per l’equilibrio generale del sistema introdurre meccanismi automatici di incentivo senza apporre limiti di impegno finanziario o una preliminare procedura di prenotazione».

¹¹⁰ J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 15: «Initially, the impact on administration and the law seemed superficial; it gave the impression that we simply had to speed up banal and recurring administrative operations. Things have changed with the data, telecommunications and internet revolution. Today, digitisation is changing important aspects of administrative operation, both in terms of procedure and determination of the content of decisions, and in terms of judicial review. This affects at the core of our administrative rights because at various levels it influences the traditional characteristics of their central object, which is generally the administrative act and the processes that contribute to its adoption».

¹¹¹ *Ex multis*: G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit., p. 92 e ss. circa la contestabilità in giudizio della decisione automatizzata; J.B. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., p. 11 e ss. circa gli effetti sul *judicial review* in caso di decisioni amministrative espressione di procedimenti algoritmici. Senza allo stesso tempo dimenticare: S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, cit., p. 5: «La seconda

[conseguenza dell’esondazione legislativa] è quella di spingere il giudice amministrativo ad agire più in profondità. Esso è il controllore della legittimità dell’azione amministrativa ed è quindi naturale che, espandendosi l’area coperta dalla legge, sia chiamato a verificare un’area sempre più estesa. Ciò che esso fa anche perché l’espansione legislativa aumenta la politicità indotta nell’amministrazione dal corpo politico e quindi la necessità dell’intervento giudiziario come garante dell’imparzialità amministrativa. Quindi, come osservato da Alessandro Pajno, “non è il giudice a fare politica; è la politica che demanda al giudice la composizione del conflitto”».

¹¹² S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, cit., p. 7.

¹¹³ Ivi, p. 8: «nella tenaglia costituita, da un lato, dall’invasione della scelta politico-legislativa e, dall’altro, dalla minaccia della responsabilità e dei controlli. L’amministrazione per legge e il governo delle procure (penali, contabili, o amministrative, come l’Autorità nazionale anticorruzione) negano in radice la possibilità di una buona gestione pubblica, che invece avrebbe bisogno di competenza tecnica, flessibilità operativa, riconoscimento sociale».

¹¹⁴ La cui complessità e attualità è dimostrata dal ritiro della proposta *AI Liability Directive* da parte della Commissione Europea, si veda: F. NIOLA, *Responsabilità civile per l’AI: gli effetti del ritiro della proposta di direttiva*, in *Cybersecurity360.it*, il 28.02.2025, disponibile al link: <https://www.cybersecurity360.it/legal/responsabilita-civile-per-lai-gli-effetti-del-ritiro-della-proposta-di-direttiva/>.

¹¹⁵ A. CIAFARDONI, *The Responsibility in Automated Administrative Decisions*, cit., p. 156 e ss., in particolare: «if someone chooses to impose human participation in decision-making processes, as required by the Italian Constitution, then organic identification is (still) suitable to address the problems of imputation». Si veda anche: F. PANAGOPOULOU, *Algorithmic Decision-Making in Public Administration*, in *Journal of Public Administration*, Volume 6, Issue 1, 2024, 10.

¹¹⁶ A. ARESU, *Geopolitica dell’intelligenza artificiale*, cit., p. 84.

in difficoltà¹¹⁷. È essenziale che l'approccio dottrinale si inveri in proposte finalizzate al miglioramento dell'organizzazione del potere e che sia espressione di un rinnovato impegno civile. Abbiamo il dovere di rinvigorire i nostri sistemi fondati sulla *rule of law*, di farli evolvere verso forme capaci di rispondere con maggiore efficacia ai bisogni dei cittadini: abbiamo bisogno di un Legislatore più coraggioso, che "giochi in attacco"¹¹⁸.

L'auspicio di chi scrive è quello di dar vita a una nuova "realistica primavera" in cui si regoli non per depotenziare il sistema, bensì per abilitare innovazione, ricchezza, democrazia e nel cui futuro ci si possa «evolversi senza tradirsi»¹¹⁹.

¹¹⁷ Fra tutti: S. ISSACHAROFF, *op. cit.*; F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 6 (Nov. - Dec., 1997), 22-43.

¹¹⁸ Riproponiamo: «Yet the solution is not to slow down, but to decide together where we want to go. For this to happen, society needs to stop playing defence and start playing attack. The question is not whether, but how» in L. FLORIDI, *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, cit., p. 3.

¹¹⁹ R. IMPERIALI DI FRANCAVILLA, *Il diritto è educazione per vivere in comunità: l'eredità di Gaetano Filangieri*, collana cit., a cura di A. ARENA, p. XXI. In questa direzione anche F. PIROLO, *op. cit.*, p. 34: «Filangieri, anticipando le sfide della modernità, aveva intuito la necessità di conciliare tradizione e innovazione nel diritto vale a dire, di riformare il sistema giuridico conservandone le radici storiche».