amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'intelligenza artificiale alla prova del diritto europeo: verso il diritto della paura?

di Giovanni Pesce

(Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università Internazionale Telematica "Uninettuno")

Sommario

1. Una premessa; - 2. L'*iter* di approvazione del regolamento europeo sulla IA; - 3. Ma cosa rappresenta l'IA per l'ordinamento europeo?; - 4. La relazione introduttiva individua quattro obiettivi della regolazione: la sicurezza, la certezza del diritto, la governance e lo sviluppo del mercato; - 5. Su un piano differente, sembra interessante la possibilità di autorizzare spazi di sperimentazione normativa; - 6. *Governance* della IA; - 7. Sin qui la panoramica sulle novità principali del regolamento; - 8. Non si notano significative novità nel regolamento; - 9. Tutto ciò che attiene al governo del rischio richiede decisioni prese in condizione di incertezza; - 10. Il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto; - 11. Contemperamento tra i vari interessi in gioco; - 12. Conclusioni.

Abstract

In the list of "five great objectives" established in art. 3, the Treaty on European Union (TEU) includes "scientific and technological progress" among the measures to be promoted in order to achieve a free, inclusive and competitive internal market. Our Constitution establishes that public administrations must ensure "the balance of budgets and the sustainability of public debt" (art. 97, paragraph 1, Constitution). It then identifies (in art. 97, paragraph 2) a legal reservation on the matter ("Public offices are organized according to legal provisions....") and also indicates the standards of conduct both for the apparatus and for the activities of the themselves carried out ("…so that the good performance and impartiality of the administration are ensured"). Although the theme of "technological development" is absent in the Constitution, obviously including that linked to AI, as a behavioral canon of the public administration, no one doubts that the public sector must use modern technologies, first and foremost AI (Avanzini, 2019). In particular, despite the absence of a regulatory framework, the administrative judge has no doubts about it, who has long considered the use of AI by the public administration to be constitutionally compatible.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Una premessa.

Nell'elenco dei "cinque grandi obiettivi" stabiliti all'art. 3, il Trattato sull'Unione Europea (TUE) include "*il progresso scientifico e tecnologico*" tra le misure da promuovere al fine di realizzare un mercato interno libero, inclusivo e concorrenziale. La nostra Costituzione stabilisce che le pubbliche amministrazioni devono assicurare "*l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*" (art. 97, comma 1, Cost.). Individua poi (all'art. 97, comma 2) una riserva di legge in materia ("*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*….") e indica altresì i canoni di comportamento sia per gli apparati sia per l'attività dagli stessi svolta ("*…in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*"). Per quanto sia assente nella Costituzione il tema dello "sviluppo tecnologico", compreso ovviamente quello legato all'IA, quale canone comportamentale della p.a., nessuno dubita però che il settore pubblico debba utilizzare le moderne tecnologie, in primo luogo l'IA (Avanzini, 2019). In particolare, pur in assenza di una cornice normativa, non ne dubita il giudice amministrativo, che da tempo ritiene compatibile sul piano costituzionale l'uso della IA da parte della p.a. (cfr. Cons. di Stato n. 881/2020, n. 2270/2019, n. 30/2020, n. 8472/2019; n. 7891/2021). Invero, se l'utilizzo dell'IA permette alla p.a. il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di risorse pubbliche, allora potrebbe essere già sufficiente considerare legittima sul piano costituzionale la scelta del legislatore e della stessa p.a. di organizzare i propri uffici utilizzando l'IA. Del resto, che l'IA, abbreviando i tempi dell'istruttoria attraverso l'elaborazione in tempi rapidissimi di milioni di dati, consenta riduzione dei costi dell'apparato pubblico appare un dato di fatto. Come è un dato di fatto che la sostituzione delle macchine con gli esseri umani genera, almeno di regola, un risparmio di costi. Si tratta del primo degli effetti legati all'uso delle tecnologie: maggiore efficienza, minori costi (Ciocca e Satta, 2008). All'efficienza legata al contenimento dei costi dovrebbe accompagnarsi un più accentuato profilo legato all'imparzialità dell'azione amministrativa. I benefici, specie nello svolgimento di attività ripetitive, vengono ottenuti escludendo interferenze dovute a negligenza del funzionario (essere umano) con conseguente maggior garanzia di imparzialità. Non a caso, la decisione completamente automatizzata affascina e suggerisce l'idea di una assoluta imparzialità, proprio perché ad essa è estraneo l'elemento umano (Le Sueur, 2016; Savona, 2018).

Gli algoritmi, dunque, promettono neutralità, razionalità ed obiettività. Utilizzare ove possibile l'algoritmo permette di sostituire la discrezionalità umana con un giudizio sintetico ritenuto, sia pure con varie sfumature problematiche, non contaminato dall'influenza del pregiudizio e le cui applicazioni sono vaste: dai contratti (Lo Sapio, 2023), al processo (Sunstein, 2018), all'organizzazione della

ISSN 2036-7821

macchina amministrativa (Pesce, 2021), al procedimento e alle decisioni (Otranto, 2018; Galetta e Corvalán, 2019; Di Martino, 2020; Orofino, 2020; Pesce, 2022).
Il dibattito sulla IA, su cui brevemente si è detto, deve oggi misurarsi con una precisa ed incisiva disciplina normativa di rango europeo, su cui si intende di seguito offrire una panoramica generale.

2. L'iter di approvazione del regolamento europeo sulla IA.

L'*iter* di approvazione del regolamento europeo sulla IA, con la proposta della Commissione UE del 2021[1] e la recentissima approvazione, con emendamenti, del Parlamento UE[2] è giunto alle battute finali. Non senza enfasi, si afferma nel sito della Commissione che l'UE ha varato la prima legge sulla IA[3].
Partiamo dalle definizioni. La nozione tradizionale individua l'Intelligenza Artificiale come la capacità di un *computer* digitale o di un *robot* controllato da un computer di svolgere compiti che di solito sono associati con i processi intellettuali più elevati, caratteristici degli umani: come l'abilità a ragionare, scoprire significati, generalizzare, o apprendere dall'esperienza del passato. Ad essa si ispira il regolamento, che definisce "sistema di intelligenza artificiale" un *software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono. Si rinvia, quindi, all'allegato I al regolamento, che declina: a) approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima *bayesiana*, metodi di ricerca e ottimizzazione.

3. Ma cosa rappresenta l'IA per l'ordinamento europeo?

Famiglie di tecnologie in rapida evoluzione in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali. L'uso dell'intelligenza artificiale, garantendo un miglioramento delle previsioni,

---

* Il presente contributo riproduce, con opportuni adattamenti, l'intervento dell'autore al convegno del 13 febbraio 2024 in Consiglio di Stato dal titolo: *Rule of Law e tecnologie emergenti: come regolare l'IA?*

[1] COM(2021) 206: Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO CHE STABILISCE REGOLE ARMONIZZATE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (LEGGE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE) E MODIFICA ALCUNI ATTI LEGISLATIVI DELL'UNIONE https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8115-2021-INIT/it/pdf

[2] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.html

[3] https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/regulatory-framework-ai

ISSN 2036-7821

l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione di servizi, può contribuire al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e all'economia europea (Torchia, 2023). Tale azione è particolarmente necessaria in settori ad alto impatto, tra i quali figurano quelli dei cambiamenti climatici, dell'ambiente e della sanità, il settore pubblico, la finanza, la mobilità, gli affari interni e l'agricoltura.

Nella proposta di emendamento al testo della Commissione (dicembre 2023), poi recepita nel teso finale, il Parlamento europeo illustra lo scopo della legge sulla intelligenza artificiale *"promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell'ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, sostenendo nel contempo l'innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno"*.

L'esigenza della tutela, all'interno della legge, è manifesta. Nel testo della Commissione la parola "protezione" ricorre 71 volte, la parola "innovazione" 16 volte, la parola "rischio" ben 353 volte; di libertà d'impresa e di scienze, invece, si parla una volta. I numeri sembrano significativi e non si prestano ad ulteriori commenti sull'approccio seguito dalla istituzione comunitaria nel regolare questa materia.

L'oggetto della protezione è sui valori essenziali della società: la salute, la sicurezza dei diritti fondamentali, la democrazia, lo Stato di diritto e l'ambiente; ma protezione da cosa? La risposta è nello stesso testo: dagli "effetti nocivi" (non tutti ben identificati, per la verità) dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione. Ma forse dovremmo chiederci protezione da chi, se è vero che dietro ogni macchina c'è sempre un essere umano. J. Kaplan ha spiegato perché, a proposito di IA, usare il termine "intelligenza" sia fuorviante: a suo avviso i dispositivi basati sull'IA, anche se sono in grado di svolgere perfettamente molti compiti in autonomia, non sono realmente intelligenti, poiché non sono dei veri esseri senzienti, dotati di autocoscienza e capacità di ragionare (Kaplan, 2017).

4. La relazione introduttiva individua quattro obiettivi della regolazione: la sicurezza, la certezza del diritto, la governance e lo sviluppo del mercato.

La base giuridica dell'intervento si rinviene nell'art. 114 del Trattato di funzionamento e dunque nelle misure atte a sostenere il mercato interno. Lo strumento prescelto è il regolamento e con ciò si esprime l'esigenza di una regolazione di carattere orizzontale che vincolerà cittadini, imprese, Stati, senza necessità di ulteriore implementazione, fatta salva quella di dettaglio: si ritiene che questa scelta sia funzionale allo scopo di prevenire possibili conflitti normativi o

ISSN 2036-7821

incertezza giuridica, ma anche a garantire un livello uniforme di regolazione finalizzato a proiettare l'Unione europea quale leader nel contesto globale.
L'approccio è basato sul parametro del rischio e dei codici di condotta che dovranno assumere i fornitori[4] di IA.
I rischi provengono, in teoria, da quattro elementi: l'opacità dell'algoritmo, la complessità, la dipendenza dai dati e il comportamento autonomo della macchina. Ciascuno di essi caratterizza, da tempo, il dibattito sulla IA (Pasquale, 2015; Pesce, 2021), giunto sino alle aule della giustizia amministrativa, se è vero che il Consiglio di Stato ha già inteso ridimensionare il deficit informativo della "scatola nera" con un forte richiamo alla trasparenza della "formula tecnica" rappresentata dall'algoritmo, che deve essere corredata da spiegazioni in grado di tradurla nella "regola giuridica" comprensibile (sentenza n. 2270/2019, che subordina la legittimità dell'uso di tecnologie emergenti da parte della PA a precise condizioni di trasparenza del codice sorgente).
Più in dettaglio, il titolo II del Regolamento distingue tra rischio inaccettabile, rischio alto, rischio basso o minimo. La distribuzione del rischio riflette i poteri dell'amministrazione di autorizzare, vietare o autorizzare con prescrizioni i sistemi di IA.
Non è accettabile l'uso dell'intelligenza artificiale che si risolve in pratiche contrarie ai valori dell'Unione, magari perché è in grado di violare i diritti fondamentali. Viene portato come esempio specifico quello delle tecniche subliminali di manipolazione delle persone o lo scoring sociale praticato dalla p.a.; altro esempio è quello del riconoscimento biometrico in tempo reale da parte dell'autorità pubblica in spazi aperti (salvo eccezioni collegate alle attività investigative e attività di indagine).
Peraltro, in assenza di catalogo, viene da chiedersi se spetti alla p.a. stabilire di volta in volta cosa sia inaccettabile. Il punto sembra aperto.
I sistemi ad alto rischio per salute, democrazia, etc., sono ammessi subordinatamente al rispetto di determinati requisiti e previa valutazione di conformità. Viene richiesta sempre la presenza dell'essere umano, per cui chi propone modelli del genere deve assicurare che il sistema sia sempre e comunque governato dall'umano e non dalla stessa macchina. In questa riserva di umanità (Gallone, 2023) riecheggia l'art. 22 del GDPR n. 679/2016, secondo cui l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona (Civitarese Matteucci, 2019; Resta, 2019).

[4] Come descritto nell'art. 3 del Regolamento, per fornitore si deve intendere "*una persona fisica o giuridica, un'autorita`pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalita`generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalita`generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito*".

ISSN 2036-7821

Dal regolamento si ricava che ciò che determina la classificazione del rischio è la finalità del sistema di intelligenza artificiale, e qui possono ricorrere varie ipotesi: i) i sistemi che sono componenti di sicurezza di prodotti già soggetti a valutazioni di conformità ex ante (prodotti comunque ritenuti già di per sé potenzialmente pericolosi, che però possono esserlo ancora di più in presenza di sistemi di intelligenza artificiale: vedi allegato II del regolamento), oppure altri sistemi di intelligenza artificiale che sono indicati all'allegato III del regolamento. E' chiaro che, per come è strutturato il sistema normativo, questo regime individua un considerevole margine di discrezionalità nella autorità deputata a raccogliere le richieste di autorizzazione.
Infine, i sistemi a basso rischio (per esempio, la chat GPT) sono quelli per i quali c'è un obbligo di semplice notifica.
Gli studiosi del diritto amministrativo troveranno nel regolamento molti sistemi di IA di possibile interesse per l'efficacia ed efficienza della p.a. che il regolamento classifica, tuttavia, "ad alto rischio" e, dunque, soggetti ad autorizzazione, tra i quali: i) i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi; ii) i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati per valutare un rischio (compresi un rischio per la sicurezza, un rischio di immigrazione irregolare o un rischio per la salute) posto da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro; iii) i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami per quanto riguarda l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale status.

5. Su un piano differente, sembra interessante la possibilità di autorizzare spazi di sperimentazione normativa.
Ne parla l'articolo 53 del regolamento. Le *regulatory sandbox*, esplorate in altri sistemi giuridici (Allen, 2019) ma ancora poco da noi (Di Porto e Signorelli, 2022), dovrebbero rappresentare un modello di regolazione agevolata per le imprese che operano nei settori delle tecnologie emergenti (le cd. start up innovative) che intendono verificare la appetibilità per il mercato di nuovi prodotti in un contesto, però, di regole amministrative semplificate quanto all'accesso ed al controllo. Si tratta di una idea di ambiente dove soggetti privati, nell'ambito del cd. dialogo regolatorio con la p.a., dovrebbero sviluppare, provare e convalidare i sistemi di intelligenza artificiale innovativi prima della loro immissione sul mercato (Lo Sapio, 2022). Di conseguenza, le *regulatory sandbox* devono essere preventivamente approvate da autorità competenti e la relativa funzione dovrebbe essere quella di adottare una disciplina provvisoria e temporanea, derogatoria rispetto al quadro generale già

ISSN 2036-7821

approvato. In tal modo si confida che, nell'ambito della cornice generale, si possano attivare degli utili e continui spazi di auto-sperimentazione che produrranno, di conseguenza, un aggiornamento continuo delle tecniche di intelligenza artificiale sotto il controllo della mano pubblica. Il nostro ordinamento già conosce sulla carta fattispecie analoghe: si pensi al Decreto del MEF 30 aprile 2021, n. 100 sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione FinTech, ove l'ammissione alla sperimentazione è soggetta alla condizione che l'attività soddisfi alcuni requisiti, come ad esempio un elevato grado di innovazione legata all'impiego di nuove tecnologie che possa contribuire ad offrire servizi, prodotti o processi nei settori bancario, finanziario o assicurativo realmente nuovi e diversi rispetto a quelli già presenti sul mercato.

6. Governance della IA.

La restante parte del regolamento, per quanto qui rileva, si occupa della *governance* della IA, cioè delle autorità chiamate a vigilare e controllare questo complesso apparato normativo (Torchia, 2023). I piani sono due: un livello europeo, con un ufficio (l'ufficio per l'IA: art. 64 del regolamento) e un Comitato europeo (art. 64) appositamente creati; un livello nazionale, da definire da ogni Stato membro, con il compito di mantenere un dialogo costante con le istituzioni UE. Più precisamente, avuto riguardo alla distinzione che è stata fatta sopra tra sistemi ad alto e a basso rischio, l'autorità di controllo è titolare di competenze generali relative all'attuazione del regolamento e al coordinamento delle attività affidate allo Stato membro ed è il punto di raccordo con la Commissione; l'autorità di notifica invece è competente per la valutazione e la notifica degli organismi di valutazione di conformità e del relativo monitoraggio. Si prevede anche un'autorità di vigilanza del mercato che è competente per certificare i prodotti e per vigilare sui sistemi di intelligenza artificiale nel loro effettivo utilizzo.

Il descritto apparato, naturalmente, deve essere armonizzato con le regole nazionali per far sì che la *governance* sia funzionante. Nel nostro ordinamento, come sappiamo, già esistono varie autorità di controllo e di vigilanza e si tratterà di capire se assegnare nuove funzioni ad autorità esistenti o se istituire nuove autorità. Da questo punto di vista, dovendo comunque mantenere un ruolo di indipendenza, l'autorità nazionale deve essere svincolata da autorità in qualche modo riconducibili al Governo, come è attualmente per l'Agenzia Italia digitale o per l'Agenzia per la cybersecurity. E allora, stando così le cose, occorre istituire nuovi soggetti cui assegnare queste nuove funzioni secondo un criterio di specialità. Una forma di raccordo bisognerà comunque trovarla, non fosse altro perché esistono già soggetti (ad es., il Garante per la protezione dei dati personali; l'Autorità garante della

ISSN 2036-7821

concorrenza) che vigilano specificamente su settori di confine e su ambiti di attività e di mercato di cui si occupa il regolamento.
In tal senso l'opportunità dell'istituzione di un apposito comitato interministeriale sembra rappresentare un interessante strumento per il governo interno dell'IA[5].
Per quanto attiene alle norme sulle Agenzie, non si notano particolari novità, se non che si continua con la proliferazione di un *management* della conoscenza, per quanto necessario.

7. Sin qui la panoramica sulle novità principali del regolamento.
Ora appare utile soffermarsi su alcuni elementi specifici che possono trarsi dal regolamento.
Anzitutto, il primo tema, se si vuole, è di politica del diritto ed attiene alla scelta di regolare. Non è naturalmente una scelta condivisa da tutti. Secondo alcuni la proposta di regolamento in realtà avrebbe il sapore più che altro di una introduzione di misure protezionistiche (il che sarebbe paradossale), se è vero che l'intelligenza artificiale non è qualcosa che è possibile controllare o disciplinare limitatamente ad una specifica area geografica: non è, cioè, un prodotto come un altro. La critica prosegue ricordando che, se proprio si vuole procedere con la regolazione delle tecnologie emergenti, come la IA, questa deve essere estesa a livello globale e vedere coinvolti i principali *attori* cioè Stati Uniti, Cina, India. Diversamente si rischia di creare delle barriere all'ingresso e comunque di dirottare capitali verso mercati dove, invece, le regole sono più attenuate; anche perché, di regole, il testo europeo, tra articoli, "considerando", rinvii e allegati, ne contiene davvero tante (180 "considerando", 113 articoli e XIII allegati): nonostante i buoni propositi di presentare un testo leggero. La questione della regolazione dell'intelligenza artificiale e della concorrenza globale rimane, dunque, un tema irrisolto e potrebbe creare delle frizioni tra l'Europa e le altre grandi potenze economiche che hanno approcci regolatori differenti (Donati, 2022).
Questa diversità regolatoria, che abbiamo visto in Europa essere caratterizzata da un rigido sistema orizzontale, non è per esempio condivisa dalla strategia statunitense, che ha un approccio precauzionale molto limitato, perché ritiene che ciò possa inibire lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (Di Porto, 2022). Però, a voler essere *pars costruens*, è anche possibile che la stessa regolamentazione europea possa

[5] Il disegno di legge A.C. 1577, recante "*Norme per il coordinamento e la programmazione della politica nazionale in materia di intelligenza artificiale e innovazione digitale e istituzione di un Comitato interministeriale*", presentato il 29 novembre 2023 ed attualmente in prima lettura alla Camera, sembra valorizzare l'intelligenza artificiale come materia autonoma e non circoscritta ai profili di digitalizzazione. Attualmente, infatti, ad occuparsi dell'IA sono il Sottosegretario per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, oltre alle Agenzie per il digitale ed al Comitato interministeriale per la transizione digitale.

ISSN 2036-7821

rappresentare un punto di riferimento per gli altri Stati e quindi possa spingere gli stessi a utilizzare, almeno in parte, gli stessi standard.

8. Non si notano significative novità nel regolamento.

Ciò detto, sul piano più strettamente giuridico, non si notano significative novità nel regolamento, nel senso che l'approccio orientato al rischio è ormai connaturato alla legislazione dell'Unione europea in determinate materie (Savona, 2013). Siamo, cioè, nel pieno del governo del rischio, con tutte le conseguenze legate alla società del rischio, alla percezione del rischio e alle sue distorsioni o, se vogliamo, anche alla cultura del rischio. In questo campo da tempo la strada è stata tracciata, anzitutto, dai sociologi tedeschi (Beck 1986; Luhmann 1991), che hanno messo in evidenza le caratteristiche della società contemporanea quale "società planetaria del rischio". Luhmann, in particolare, nella sua "Sociologia del rischio" evidenzia che l'enfasi con cui il dibattito sul rischio porta a ritenere eventi estremamente improbabili ma catastrofici non spiega però, quanto al progresso tecnologico, perché la società attuale, che pure rispetto alla società del passato governa meglio catastrofi naturali o epidemie, tuttavia vede rischi enormi nella tecnologia. La sua risposta, certo affascinante, sarebbe nel fatto che oggi si identificano le cause scatenanti delle sciagure più temute in persone o in organizzazioni o, meglio, in decisioni che a queste fanno capo. Dalla paura per la natura si passa alla paura per la tecnica.

La ricostruzione più compiuta del rischio si deve alla dottrina del diritto pubblico tedesco. I giuristi tedeschi per primi hanno, in qualche misura, teorizzato la rilevanza del governo del rischio con il relativo trattamento giuridico. Sarebbe interessante, ma non è questa la sede, ripercorrere tutta l'elaborazione del governo del rischio, che parte in realtà dalla nozione giuridica di pericolo, era utilizzata nell'ambito del diritto di polizia (giudizio di tipo prognostico che giustifica l'azione dei pubblici poteri), sino a quando il principio di precauzione non ha trovato una sua dignità autonoma, imponendo di ridurre al minimo le possibilità del rischio e anche se non si prova un danno concreto. In questo senso è, per esempio, la legge federale tedesca del 1974 sulla protezione delle immissioni in materia ambientale, che si ritiene il capostipite del principio di precauzione. Quindi, il presupposto che legittima le misure preventive non è più il pericolo, ma il rischio. Si può notare tuttavia una peculiarità. Mentre nel governo del rischio ambientale, il principio di precauzione è stato invocato per limitare l'uomo, reo di danneggiare l'ambiente, nel caso dell'IA il principio di precauzione viene immaginato in senso diametralmente opposto: in nome della "riserva di umanità" si pone un freno allo sviluppo tecnologico. Il principio si delinea, però, sempre secondo lo stesso schema: un approccio antropocentrico che conduce a decisioni in cui, l'ambiente come l'IA, sono

ISSN 2036-7821

strumentali a rassicurare gli esseri umani, che si tratti della sopravvivenza della specie o della sua supremazia sulle macchine.

9. Tutto ciò che attiene al governo del rischio richiede decisioni prese in condizione di incertezza (Schmidt-Assman, 2004).

Rischio e incertezza vanno di pari passo, quest'ultima legata essenzialmente a *deficit* cognitivi, a situazioni di non conoscenza. Secondo la dottrina tedesca il diritto del rischio si caratterizza per un'anticipazione dell'intervento pubblico, purché sussista base legislativa adeguata, limitativo della sfera individuale rispetto al modello tradizionale del diritto di polizia: quest'ultima si fonda generalmente su un giudizio di probabilità, mentre il primo su una prognosi incerta (Di Fabio, 1994). Questa impostazione trova avallo nella Corte costituzionale tedesca, che giustifica l'intervento dello Stato in situazioni di incertezza con il dovere di protezione dei diritti fondamentali (vita, dignità umana, salute). Si veda la sentenza Kalkar del 1978 sulla legge sull'uso pacifico del nucleare.

E questi sono gli elementi (il substrato) che caratterizzano anche il regolamento sulla IA. Lo strumento dell'autorizzazione per controllare i rischi legati all'impiego dell'intelligenza artificiale, come si può facilmente vedere leggendo le pratiche vietate e quelle ammesse (ad alto rischio; a basso rischio), rimanda a dei concetti giuridici indeterminati, quali il rapporto rischio-beneficio, l'effetto inaccettabile o accettabile, il rischio controllato, l'intelligenza artificiale affidabile e così via. Siamo in pieno diritto amministrativo del rischio (Kock, 2003; Savona, 2013), per il quale l'amministrazione istituita *ex lege* (regolamento UE) individua, valuta e controlla i rischi che sorgono dalle pratiche di IA e secondo il collaudato paradigma della "decisione sul rischio".

Il diritto del rischio presuppone quindi decisioni caratterizzate da forti deficit cognitivi e si ricorre, infatti, al governo del rischio quando non è possibile un giudizio di probabilità fondato sull'esperienza o su una regola scientifica sicura. Questo tipo di decisioni hanno dei tratti comuni: il coinvolgimento degli esperti tecnico scientifici; un bilanciamento di interessi contrapposti guidati da giudizi di valore e cioè da discrezionalità; una motivazione che non si fonda sull'esistenza di un nesso causale tra azione e danno; una temporaneità delle decisioni assunte e la rivedibilità delle stesse in qualsiasi momento. Gli esempi sono disseminati: dalla vigilanza farmaceutica alla sicurezza alimentare o chimica al controllo delle emissioni inquinanti: sono tutti esempi di amministrazione fondata sul rischio e quindi amministrazione e diritto del rischio.

Ogni governo del rischio, fondato sul concetto di *risk assessment* come base della regolazione, viene criticato perché può sovrastimare i rischi (i cosiddetti falsi positivi) o perché al contrario può indurre a sottovalutarli (falsi negativi), con la conseguenza

ISSN 2036-7821

di legittimare delle decisioni che limitano l'attività o prodotti che si rivelano innocui e di consentire attività di prodotti che si dimostrano dannosi, cose che non accadono le une e le altre in maniera così rara. Cioè in definitiva, direbbe Luhmann, anche evitare di correre rischi o cercare di controllare il rischio è, a sua volta, un comportamento rischioso, non potendosi mai prevedere la futura evoluzione della scienza e della società.
L'attività di *risk assessment* è stata già sottoposta al vaglio dei giudici e in particolare del giudice comunitario, che ha posto in evidenza la necessità di una garanzia procedurale forte per consentire una valutazione il più esaustiva possibile -ma pur sempre sulla base di pareri scientifici- perché soltanto una garanzia procedurale di questo tipo può consentire all'autorità politica di stimare se il livello del rischio si possa reputare accettabile (sentenza Trib. I grado Pfizer T13/99).

10. Il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto.
Ancora, occorre ricordare che il diritto ha sempre risolto il problema della decisione in condizione di incertezza facendo ricorso a presunzioni che rendono certo un fatto incerto. Il diritto del rischio mutua dal processo le regole sull'onere della prova per rendere certo un fatto incerto. In altre parole, come sappiamo, il procedimento amministrativo deve essere concluso in ogni caso in tempi relativamente certi (Corso, 2022), per cui non si può rinviare all'infinito la decisione, specie in una materia come l'IA, in attesa che tutto ciò che è incerto diventi certo. Quindi, la regola sull'onere della prova viene utilizzata come sistema per sbloccare un procedimento che altrimenti rischierebbe di andare avanti all'infinito. Precisamente, l'onere della prova viene messo a carico degli operatori economici, i quali devono provare l'esercizio di una libertà che in questo caso è la libertà di impresa o di scienza o, se vogliamo, provare che essa non costituisce una minaccia per altri beni giuridici, quali la salute, i diritti fondamentali, etc.
Questa modalità di risolvere una questione, invero molto delicata (De Leonardis, 2012), è stata già avallata dal giudice comunitario (Trib. I grado 26/11/2002 T 74/00) che legittima, sulla base del principio di precauzione, un criterio basato sulla inversione dell'onere della prova; quindi, non sta all'amministrazione, che pure controlla, verifica, vigila e regola, stabilire ciò che non è conforme a principi di precauzione ma è il soggetto della cui libertà si tratta che ha l'onere di provarlo. In definitiva, si richiede all'operatore economico di dare la prova che si può immettere sul mercato un prodotto di intelligenza artificiale non nocivo.
Le questioni sopra indicate non sono comunque secondarie perché lo stesso giudice europeo ha stabilito alcuni limiti, a proposito della ripartizione dell'onere della prova di pericolosità, prova di innocuità, etc., in più di qualche caso. Il Tribunale ha

ISSN 2036-7821

stabilito, per esempio, che gli Stati membri, per giustificare una restrizione alla libera circolazione delle merci, non possono limitarsi ad un generico riferimento all'esistenza di rischi per la salute, ma devono dimostrare attraverso un'approfondita valutazione -caso per caso- se gli effetti di quel prodotto comportino un rischio reale per la salute (Trib. I grado, 28 /1/2005, causa 158/03). Ancora, è stato stabilito che contrasta con il principio di proporzionalità una norma statale che imponga ad un'impresa importatrice l'onere di provare la innocuità del prodotto che si intende commercializzare (CGUE 14/7/1983 C-174/82, Sandoz).

11. Contemperamento tra i vari interessi in gioco.

Volendo tirare le fila, potremmo dire che dal ricorso al principio di proporzionalità potrebbe farsi discendere un contemperamento tra i vari interessi in gioco, nel senso che l'azione dei pubblici poteri restrittiva della sfera individuale, anche nel contesto della regolamentazione della intelligenza artificiale, deve essere strettamente necessaria alla tutela dell'obiettivo perseguito. E che sia particolarmente pertinente questa giurisprudenza nel nostro caso lo dimostrano le disposizioni disseminate nel regolamento che rimettono al privato l'onere di provare che, per esempio, l'attività l'intelligenza artificiale non abbia effetti inaccettabili per l'uomo.

Da qui, una tutt'altro che scontata soluzione delle questioni che recherà con sé inevitabilmente il regolamento europeo sulla IA.

D'altra parte, se così non fosse si giungerebbe ad una norma che impone a chi presenta l'istanza, in questo caso di commercializzazione di un'intelligenza artificiale, una prova negativa qual è quella dell'assenza di effetti inaccettabili: una situazione che direbbero i processualisti si risolve in una *probatio diabolica*.

Norme, quindi, di questo tipo, che subordinano cioè il rilascio dell'autorizzazione alla condizione generica che si sia approvata l'utilità di una sostanza, finirebbero probabilmente per premiare lo *status quo*, per frenare l'innovazione e allo stesso tempo per conferire all'amministrazione un largo potere discrezionale che finirebbe per configurarsi come un vero arbitrio.

12. Conclusioni.

Per concludere, alcune domande. La posizione assunta dall'UE è evidente, ma fino a che punto è sostenibile nel lungo termine? Cioè, riesce la regolazione ad anticipare i problemi dell'IA oppure li razionalizza *a posteriori*? Il modello regolatorio prescelto non rischia di neutralizzare lo scopo stesso del regolamento, che rimarrebbe sempre un passo indietro rispetto alla realtà dell'evoluzione tecnologica e alla ormai conclamata inafferrabilità dell'IA (Han, 2023)?

Questi dubbi, forse, sembrano suggerire che è meglio consegnare nelle mani della giurisdizione la vera effettività della regolazione. Ma, in questo contesto, come si

ISSN 2036-7821

inserisce la giurisdizione? Anche sul fronte dell'amministrazione della giustizia, dunque del processo, le novità non saranno di poco conto, al pari dei problemi, se è vero che tra i sistemi di IA ad alto rischio, il regolamento annovera anche quelli "*destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti*". E' poi chiaro che se venisse progettato e autorizzato un sistema di intelligenza artificiale che possa far emergere i fatti tramite tecniche la cui "la verità" sia ritenuta più oggettiva del passato (ciò che non è escluso a priori se si legge l'allegato II al Regolamento), detto sistema sarebbe di ausilio evidente per la dimostrazione dei vizi di eccesso di potere, sotto le diverse tipologie previste dal codice del processo, ma d'altra parte inaugurerà uno scenario dai contorni piuttosto foschi, in quanto il giudice potrebbe essere tentato di risolvere la controversia proprio per raggiungere la verità senza alcuna mediazione e addirittura avvalendosi di sistemi automatici per accertamento dei fatti (Pajno, 2022).

La verità è che non è agevole introdurre norme in questa materia. Certamente ebbe vita più facile il grande architetto greco Ippòdamo da Mileto, che nel sesto secolo A.C. fu il primo a introdurre ordine e regolarità nella progettazione delle città; a dotarle di strade e di simboli che poi sono stati universalmente utilizzati. E, tuttavia, la città ideale di Ippòdamo non doveva superare i 10.000 abitanti. Si capisce bene che regolare l'intelligenza artificiale non è la stessa cosa, ma si comprende anche che la cifra di ogni evoluzione sta nel grado di imprevedibilità che porta con sè.

La speranza è che non si inauguri una stagione caratterizzata non più dal diritto del rischio ma dal governo e dal diritto della paura.

ISSN 2036-7821