

CO-REGOLAMENTAZIONE, NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTI
FONDAMENTALI: QUESTIONI DI FORMA E DI SOSTANZA

NADIA MACCABIANI*

Sommario

1. Premessa. – 2. La regolamentazione: aspetti di forma e di sostanza. – 2.1 Le dimensioni formali della regolamentazione. – 2.2. La dimensione sostanziale della regolamentazione. – 3. La “rincorsa” dell’Unione Europea nella disciplina delle nuove tecnologie. – 3.1. I codici di condotta nel GDPR. – 3.2. I codici di condotta nel DSA. – 3.3. Le norme armonizzate nell’AIA. – 4. Un legislatore in difficoltà? – 4.1. L’intensità dei “presidi” pubblicistici nella co-regolamentazione. – 4.2. La “proceduralizzazione” delle garanzie sottese alla riserva di legge.

Abstract

Starting from an overview of the formal and substantial scope of the sources of law, the paper deals with the regulatory strategies implemented by the European Union in reference to the new emerging technologies. More specifically, on the one hand, the paper aims at underling the substantial implications of co-regulation for the protection of fundamental rights; on the other hand, it aims at assessing the “safeguards” of public law relevance provided by the GDPR, the DSA and the AIA, in respect of the discretionary choices delivered by their “general clauses” to co-regulation.

Suggerimento di citazione

N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore Associato in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Brescia.
Contatto: nadia.maccabiani@unibs.it

1. Premessa

Iniziamo con due precisazioni, l'una di ordine etimologico, l'altra di natura metodologica. Quanto alla prima, nel corso dello scritto i termini regolamentazione, regolazione e normativa saranno utilizzati in modo interscambiabile, quali concetti di genere rispetto alla specie "legge", implicanti il riferimento ad atti che – secondo i tradizionali canoni – provengono da un'autorità pubblica e si propongono la finalità di plasmare il comportamento dei consociati per motivi di interesse generale¹. Pur prescindendo dalla disputa sui criteri identificativi degli atti normativi – formali o sostanziali, a seconda delle teorie accolte² –, assumerà tuttavia carattere dirimente, per quanto si cercherà nel prosieguo di argomentare (in particolare nel par. 3), la differenza tra "regola" e "norma", secondo l'insegnamento di Irti. La prima riferibile a «l'indicazione di un contegno tipico come mezzo per raggiungere uno scopo»³, appartenente quindi al mondo delle abilità tecniche; la seconda, tipicamente imperativa, inclusiva dei principi e delle clausole generali⁴. A quest'ultimo riguardo, ed al di là delle complessità definitorie⁵, va rammentato che le clausole generali solitamente rinviano a standard e modelli sociali⁶, aprendo in questo modo la porta ad una relazione ricorsiva tra regolatore e regolati⁷ oltre che ad uno spazio di

¹ R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame and Focal Questions*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, p. 6.

² A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, pp. 29 ss.

³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 61.

⁴ In conseguenza di quella che Irti definisce la «crisi della fattispecie», v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 19 ss.

⁵ Le clausole generali, al di là delle varie sfumature definitorie, sono in linea di principio intese quali «termini o sintagmi contenuti in uno o più enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una peculiare tecnica (normativa) di costruzione della fattispecie incentrata sulla indeterminatezza del testo della norma»; pertanto, una clausola generale è ad un tempo «nozione giuridica e di tecnica di normazione», cfr. E. FABIANI, *Clausola Generale (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, Milano, 2012, p. 190. Per un'analisi interdisciplinare in tema di clausole generali, v. R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2021.

⁶ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 63. Denuncia il rischio che le clausole generali possano aprire lo spazio ad interpretazioni che si traducono in una «deriva soggettivistica o... capricciosa ed autoritaria imposizione da parte dell'operatore di turno», A. RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, cit., p. 273.

⁷ A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013, p. 175, definisce icasticamente questo fenomeno di impiego da parte legislatore di clausole in bianco che lasciano spazio all'autonomia privata «the escape into general clauses», qualificato dal fatto che «at the legislative level... we can register a general attitude of avoiding detailed regulation based on case law, in favore of more flexible regulator instruments, such as general clauses, undefined legal concepts and 'blank' clauses».

discrezionalità ben più ampio rispetto al rinvio a pure regole tecniche⁸. Nello specifico, la ponderazione implicata può spingersi ben oltre la semplice scelta dei mezzi tecnici meglio idonei a raggiungere lo scopo (secondo il menzionato insegnamento di Irti nel rapporto tra regola e norma), per estendersi a bilanciamenti ben più complessi nonché, talora, a valutazioni di ordine politico⁹.

Rimanendo sempre nei confini etimologici, va altresì premesso che il riferimento alle *new emerging technologies* avrà di mira le tecnologie informatiche, per come potenziate in termini di capacità computazionali, disponibilità di dati e nuovi algoritmi di programmazione, con specifico riguardo al loro impiego per decisioni automatizzate da parte di sistemi di intelligenza artificiale e di piattaforme *online*. Ed è qui che si inserisce la seconda delle menzionate precisazioni, quella di natura metodologica. Al riguardo, il presente scritto non si propone di analizzare il contenuto della regolamentazione europea in materia di nuove tecnologie informatiche, se non nei limiti necessari per comprendere e ricostruire quali siano le modalità, *rectius* le strategie normative impiegate, e valutare se ed in che termini si rapportino alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. A tal fine, la riflessione non può non essere preliminarmente contestualizzata nel più ampio ambito delle fonti del diritto: non tanto per portare ulteriori argomenti a suffragio della loro dibattuta “crisi”, quanto per meglio mettere a fuoco le implicazioni – non solo formali, ma soprattutto sostanziali – delle fonti medesime e poter così testare se le tecniche regolatorie cui l’Unione Europea fa ricorso siano in grado di accoglierle.

2. La regolamentazione: aspetti di forma e di sostanza

La tematica delle strategie normative poste in essere dall’Unione Europea per la disciplina di alcune nuove tecnologie informatiche coinvolge (e presuppone)

⁸ Osserva come, in riferimento alla complessità dei compiti assunti dallo Stato, la legislazione parlamentare risulti inadeguata disegnando «quadri preliminari necessariamente incompiuti», G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 8, n. 3/2003, p. 465.

⁹ In merito al rapporto tra clausole generali e composizione di esigenze che sottendono diritti fondamentali, v. A. RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, cit., p. 309. In riferimento alle competenze tecniche che travalicano l’ambito loro proprio, spesso implicando valutazioni di ordine politico, cfr. G. DE MINICO, *Libertà e Copyright nella Costituzione e nel diritto dell’Unione*, in *Rivista Aic*, n. 1/2014, p. 2: «In altri termini, le Autorità in questo bilanciamento di interessi si comportano non diversamente da come farebbe il decisore politico. Come quest’ultimo, infatti, dispongono i beni secondo un ordine gerarchico, scelgono le condizioni, la tempistica e le modalità di protezione più opportune dei valori stessi; e, non diversamente da un policy-maker, capita che spostino l’ago della bilancia sensibilmente a vantaggio del bene reputato prioritario, con il sacrificio ingiustificato dell’altro. Nulla ci assicura dunque che la loro azione regolativa introduca nell’ordinamento una misura di composizione del conflitto equilibrata, anche se questo era proprio il risultato che ci era stato promesso con la creazione delle Autorità» indipendenti.

la più ampia tematica delle fonti del diritto¹⁰ ed il collegato dibattito sulla crisi del sistema delle fonti¹¹. I fattori cui – presumibilmente – sarebbe imputabile tale “crisi”, sono – come noto – plurimi. Ora di natura “sistemica”, legati all’evoluzione della forma di governo¹², al pluralismo degli ordinamenti giuridici¹³ ed al loro rapporto pretesamente reticolare¹⁴ (il che implica il moltiplicarsi della “tipologia” delle fonti¹⁵ e la presupposta modificazione dei criteri di ricostruzione delle medesime in “sistema”¹⁶); ora di ordine più specifico, quali le questioni di *drafting*¹⁷; ora di ordine fattuale, per esigenze connesse alla

¹⁰ P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009, p. 17, osserva che se di crisi si vuol parlare non è la crisi del diritto che viene in questione: «il diritto non è mai in crisi! Il diritto è una realtà di radici, è alle radici della società, appartiene alla fisiologia della società. In crisi sono i modi, le manifestazioni in cui noi abbiamo obbligato il diritto, cioè quelle manifestazioni che... si sogliono chiamare fonti del diritto».

¹¹ Quesito recentemente ulteriormente approfondito da R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti*, Milano, 2022. L’Autore osserva come la denunciata crisi delle fonti del diritto sia per lo più riconducibile all’inadeguatezza della «definizione stipulativa di sistema» (p. 64) e con esso alla necessità di recuperare la dommatica del concetto di fonte (pag. 35).

¹² P. CARETTI, *La “crisi” della legge parlamentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2010, p. 8, a fronte della lamentata crisi della legge, osserva: «Ma a me pare che in questo modo si sia finito per ribaltare esclusivamente sul terreno della produzione legislativa un problema (quello della governabilità ed efficienza) di carattere più generale e che può trovare soluzione su piani diversi, con conseguente appannamento dell’attenzione che è necessario prestare alle dinamiche proprie di una forma di governo parlamentare». In tema di condizionamenti reciproci tra sistema delle fonti, forma di governo e forma di Stato, A. D’ATENA, *Il sistema delle fonti come variabile “dipendente”*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2017, p. 2. A. RUGGERI, *E’ rimediabile il disordine delle fonti?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2010, p. 10, osserva: «L’importante è non perdere di vista che le sole operazioni dotate di senso... sono quelle che si dimostrano idonee ad accorciare la distanza, in atto invece vistosa e vieppiù crescente, tra l’ordine delle fonti e l’ordine delle istituzioni per un verso, il sistema dei finivalori costituzionali per un altro». In analoga direzione, A. SIMONCINI, *1998-2008: la fine della legge?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2009, editoriale.

¹³ A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in *associazione de icostituzionalisti.it*.

¹⁴ G. TEUBNER (a cura di), in *Global law without a State*, Aldershot- Brookfield, 1997, p. XIV, ritiene necessario «to rethink the traditional doctrine of sources of law», in quanto si assiste a fenomeni di decentralizzazione del «political law-making [that] moves away from its privileged place at the top of the norm-hierarchy and puts it on an equal footing with other types of social law-making. The replacement of frames, from hierarchy to heterarchy, allows for the recognition of other types of social rule production... here we find – parallel to political legislation – many forms of rule-making by ‘private government’ on a global scale which, in reality, have a highly ‘public’ character».

¹⁵ G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 8, n. 3/2003, pp. 461 ss.

¹⁶ E’ nota la teoria sulla de-tipizzazione delle fonti ed il criterio ordinatore della competenza sostenuta da F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del Diritto*, agg. I, 1998, Milano, pp. 561 ss.

¹⁷ *Ex plurimis*, M. AINIS, *La legge oscura – Come e perché non funziona*, Bari-Roma, 2010.

gestione delle varie emergenze¹⁸, tra cui, da ultimo, quella sanitaria¹⁹: la letteratura che tocca questi punti è sterminata²⁰. In ogni caso, al di là degli aspetti (e dei dati) che tradiscono la crisi del sistema delle fonti per come tradizionalmente inteso, ciò che – ai nostri fini – interessa è isolare se ed in che modo l’incrinatura, per come ulteriormente suffragata dalle strategie normative supportate dall’UE in riferimento alla disciplina dell’uso di alcune nuove tecnologie, vada oltre il binomio sovranità/fonti²¹. Se ed in che modo – quindi – tale incrinatura penetri il binomio fonti/garanzia dei diritti fondamentali. A questo scopo vengono quindi rammentate le implicazioni – non solo formali, ma altresì – sostanziali sottese alla tematica delle fonti del diritto. Ciò che si cercherà di abbozzare nei successivi due paragrafi.

2.1 Le dimensioni formali della regolamentazione

La regolamentazione di fattispecie e ambiti materiali da parte dello Stato si basa tradizionalmente su finalità di interesse pubblico²², entro un quadro

¹⁸ In merito si rinvia alla sezione speciale dell’*osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, di raccolta degli atti del *Convegno annuale dall’Associazione «Gruppo di Pisa» svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022 – Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, con le relazioni di A. CARDONE, A. LO CALZO, S. LIETO, A. ALBERTI, C. SICCARDI, I. MASSA PINTO, I.A. NICOTRA.*

¹⁹ In merito si rinvia al fascicolo speciale 2020, dell’*osservatoriosullefonti.it*, sul tema *Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19, con i contributi di S. BARONCELLI, R. BARTOLI, L. BUFONDI, P. CARETTI, A. CARDONE, E. CATELANI, G.L. CONTI, G. DE MINICO, U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, E. D’ORLANO, M.C. GRISOLIA, E. LONGO, N. LUPO, P. MILAZZO, G. MOBILIO, M. PICCHI, E. ROSSI, G. VERDE.*

²⁰ Ogni citazione in merito risulterebbe in questa sede inadeguata, basti il rinvio, quale tentativo di fare “il punto” del fenomeno a E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro “sistema” delle fonti*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2010, che rammenta: «E’, dunque, del tutto naturale che in una fase di crescente disarticolazione della sovranità statale e di sviluppo delle dinamiche connesse al pluralismo istituzionale quale quella che stiamo attraversando anche il “sistema” delle fonti (statali e di autonomia) sia sottoposto a tensioni in grado di innescare processi di trasformazione della prassi o, al limite, di elusione e rottura dello stesso modello costituzionale». Per una sintesi, B. PASTORE, *Sul disordine delle fonti del diritto (internazionale)*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Disordine delle fonti del diritto (internazionale) e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. XVII, n. 1/2017, pp. 15 ss.

²¹ In merito al rapporto tra sovranità popolare, partiti politici, assemblee rappresentative e sistema delle fonti, quale tratto che accumuna le posizioni di Crisafulli, Esposito e Paladin, cfr. G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in *associazione deicostituzionalisti.it*, p. 10.

²² Come sottolineato da M. FEINTUCK, *Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2013, p. 39, ed al di là del contesto costituzionale proprio dei diversi Stati, «regulation in certain fields should incorporate and give emphasis to values beyond those of market economics... The frame of reference of the market is too narrow to encompass properly a range of social and political values which are established in liberal democracies and can be seen as constitutional in nature». Su tali basi, l’Autore conclude affermando che «the real issue...is not so much the identification in general terms of where something we might call ‘the public interest’ lies... Rather, the crucial task is

costituzionalmente predefinito di bilanciamento tra libertà, diritti, valori e principi fondamentali, quali confini di scelte di ordine politico²³. Al di là delle situazioni di tutela della libertà e dei diritti individuali sia dal potere pubblico che da offese dolosamente o colposamente recate da privati²⁴, l'ulteriore finalità che ha storicamente ispirato la regolamentazione pubblica è la disciplina del mercato e, più nello specifico, salvo sfumature tra vari ordinamenti, l'esigenza di intervento statale a fronte delle c.d. *market failures*²⁵. Ha trovato quindi ingresso la retorica del *Regulatory State*, evoluto in varie tipologie e forme²⁶, anche in ragione del sorgere di nuovi e diversi rischi non necessariamente strettamente legati alle dinamiche del mercato²⁷, con conseguente coinvolgimento

that of establishing with adequate force and clarity the constitutional and democratic legitimacy of such claims, to allow them to be reasserted effectively above the clamour of proponents of the market» (p. 57).

²³ Sostiene una lettura non meramente formale, bensì assiologico-sostanziale del sistema delle fonti del diritto, con la Costituzione concepita quale «Carta dei valori fondanti l'ordine giuridico» aperta alle infiltrazioni prodotte dall'ordinamento sovranazionale ed internazionale e quindi ad una interpretazione evolutiva, per «una rinnovata teoria delle fonti, assiologicamente orientata e connotata da una crescente integrazione sovranazionale», A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella ricostruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Federalismi.it*, n. 9/2009, p. 16, che, nello specifico, sottolinea «Se si conviene a riguardo del fatto che il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali (e – non si dimentichi – dei doveri inderogabili, come li chiama la nostra Carta, essi pure fondamentali, siccome costitutivi, allo stesso titolo dei diritti, delle basi portanti dell'ordinamento), non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (*rectius*, come si vedrà, delle *norme*) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento».

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, p. 50, osserva come «un nucleo minimo di diritto forte, spesso presidiato dalla sanzione penale, non può dunque non esistere».

²⁵ R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999, pp. 9 ss.

²⁶ Come dimostra lo scritto di K. YEUNG, *The Regulatory State*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 76: «the high level of variation revealed by closer examination of the regulatory landscape in particular states and sectors makes it more difficult to regard the regulatory state as either a coherent or stable analytical construct... In short, it may be more apt to refer to multiple regulatory states, with their own distinctive characteristics and dynamics, rather than to speak of a single uniform regulatory state».

²⁷ R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame and Focal Questions*, cit., p. 9, ricordano che «while much academic reflection concerning regulatory intervention from the late 1970s onwards was animated by the need to respond to market failure, more recent academic reflection frames the overarching purpose of the regulatory enterprise in terms of 'managing risk'... This turn also reflects the need to account for the multiplicity of societal interests and values in the regulatory enterprise beyond market failure in narrow economic terms. Aligning regulation with the idea of 'risk governance' provides a more direct conceptual linkage between concerns about the 'risks' arising from technological innovation and concerns about the need to tame their trajectories». In merito va altresì ricordato come sia ormai diventato di uso corrente il riferimento alla società contemporanea come "*Risk Society*": U. BECK, *Risk Society – Toward a new modernity*, Monaco, 1992.

di competenze tecniche qualificate nell'adozione degli atti di regolazione²⁸. La scelta del “se” intervenire, attraverso una regolamentazione pubblica, è quindi latrice di ulteriori ambiti di scelta in merito agli “attori” della regolamentazione ed alle “modalità” ed “intensità” dell'intervento normativo²⁹.

Quanto agli attori, agli organi legittimati democraticamente (direttamente o indirettamente), classicamente depositari del potere normativo, si sono aggiunte, con l'avvento delle privatizzazioni e lo sviluppo del c.d. *Regulatory State*³⁰, le autorità indipendenti³¹ con tutte le presupposte e connesse implicazioni in termini di legittimazione³². Quanto alle “modalità” ed alla “intensità” con cui il legislatore può incidere sull'autonomia privata, le classiche norme etero-imposte, che si strutturano secondo il modello del *command and control* e quindi comportano l'intervento di sanzioni a fronte della loro violazione³³, sonno state, nel corso del tempo, integrate da strategie normative alternative³⁴.

²⁸ Sul nesso tra crisi della legge, esigenza di assicurare il buon funzionamento del mercato (peraltro sotto spinta dell'Unione Europea) e necessarie competenze tecniche, in una sorta di «cosmos tra pubblico e privato», R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti*, Milano, 2022, pp. 31-33.

²⁹ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2013, p. 7.

³⁰ G. MAJONE, *The Transformations of the regulatory State*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, Settembre 2010, p. 7, «The failure of public ownership as a mode of regulation favored the diffusion of an alternative mode whereby industries deemed to affect the public interest, such as public utilities, are left in, or are returned to, private hands but are subjects to rules developed and enforced by specialized agencies or commissions on the basis of a specific legislative mandate – statutory regulation. Such bodies are usually established by law as independent authorities, in the sense that they are allowed to operate outside the line of hierarchical control or oversight by the departments of central governments», realizzando così una separazione tra politica e competenze tecnico-specialistiche.

³¹ La dottrina in tema di legittimazione del potere regolatorio delle autorità indipendenti è vasta, basti il rinvio a M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del Diritto*, n. 4, 1997, pp. 678 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del Diritto*, n. 4, 1997, pp. 640 ss. Ritiene non qualificabili come fonti normative gli atti prodotti dalle Autorità indipendenti, R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti*, cit., p. 103.

³² Sulla possibilità di concepire la legittimazione democratica non solo come *input* e *output legitimacy*, come fatto da Fritz Scharpf, ma altresì come *throughput legitimacy*, cfr. V.A. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput'*, in *Political Studies*, Vol. 61, 2021, pp. 2

³³ A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 12, secondo cui «il sistema delle fonti complessivamente considerato si risolve... in uno strumento razionale mediante il quale vengono individuate le situazioni con riferimento alle quali l'ordinamento giuridico prescrive quale sia il comportamento che coloro che si trovano soggetti alla sua autorità debbono (o possono) tenere od omettere, rendendo così possibile controllare se un singolo individuo che si sia trovato di fronte ad una situazione prevista e regolata dal sistema stesso abbia rispettato oppure no e quali siano le conseguenze dell'eventuale inosservanza».

³⁴ R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999, pp. 34 ss. Gli Autori descrivono le diverse tecniche di regolamentazione facendo riferimento, oltre al *command and control*, all'auto-regolamentazione e alla co-regolamentazione, anche alla possibilità di disporre incentivi anziché sanzioni, alla regolamentazione preventiva (es. la

L'evoluzione ora sinteticamente richiamata, interseca il processo di globalizzazione³⁵, inteso quale collegamento globale e reticolare non solo degli Stati, ma altresì delle loro articolazioni amministrative interne, nonché degli operatori economico-finanziari e degli stessi membri della società civile³⁶. Tale fenomeno, nell'incrinare una categoria classica delle fonti del diritto (la loro territorialità)³⁷, ha altresì inciso ulteriormente sulla cerchia degli "attori" e delle "modalità" di regolazione. Sicché, oltre al diritto statale, sovranazionale ed internazionale, si discorre di diritto transnazionale, la cui definizione si ricava più in negativo, per differenziazione, che in positivo, unici connotati certi essendo il non ridursi al diritto internazionale o sovranazionale ed il coinvolgimento di

normativa sulla concorrenza), agli obblighi informativi previsti a tutela delle "parti deboli", al riconoscimento di diritti azionabili dai privati per finalità di interesse pubblico volte a far valere l'altrui responsabilità. A queste tecniche normative si aggiunge, in periodo più recente, la c.d. *nudge regulation*: a questo riguardo, prendendo spunto dalla *nudge theory* di R.H. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, gli studi si sono andati diffondendo anche nella dottrina italiana, sia in riferimento al contesto nazionale (A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021), che internazionale (D. RUSSO, *L'approccio "Nudge" nel diritto internazionale: una nuova frontiera del soft law*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, pp. 131 ss.).

³⁵ E. CANIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, pp. 105-106, osserva come stia «emergendo una comunità transnazionale – o forse più d'una – che... inaridisce i tradizionali canali della rappresentanza politica, incapaci di dominare il mutamento sociale, e ne produce altri, sovente impalpabili e carenti di legittimazione».

³⁶ S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2012, pp. 27-28, sottolinea come la *global polity* includa non solo il collegamento a rete tra gli Stati, ma anche la loro disaggregazione a livello di amministrazioni statali che interagiscono tra loro a livello globale, oltre che il coinvolgimento della società civile. Per gli aspetti problematici della co-amministrazione europea sul piano delle garanzie, cfr. B. MARCHETTI, *Al di là dello Stato: la europeizzazione e la globalizzazione dell'amministrazione italiana*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2021, p. 281.

³⁷ M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, 2011, p. 549, ricorda «due tipi di confini e distinzioni che sono stati messi in crisi, ridimensionati o addirittura travolti dalla globalizzazione: da una parte, i rigidi confini geografici tra gli Stati, che servivano a recintare lo spazio in cui essi potevano legittimamente esercitare il proprio potere "sovrano"; dall'altra, i confini concettuali posti dalle teorizzazioni relative all'architettura giuridica moderna». Inoltre, «la globalizzazione, configurando una nuova tendenza a fare spazio a percorsi giuridici più "naturali", ha accentuato il collegamento del diritto sia con la società, sia con l'economia» (p. 555). Del resto, come evidenziava A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, pp. 250 ss., già la sola diffusione della normazione tecnica ha contribuito ad erodere la sovranità statale.

parti private³⁸. Una prima tipologia di diritto riconosciuto come transnazionale è la *lex mercatoria*³⁹, cui dagli anni '90 si è andata aggiungendo la *lex*

³⁸ In merito si rinvia a R. TARCHI, *Diritto Transnazionale o Diritti Transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2021, p. 9, che osserva «le definizioni usate per distinguere gli ordinamenti transnazionali sono altrettanto vaghe; ci si limita a rilevare che essi si pongono in modo terzo rispetto agli ordinamenti tradizionali del sistema vestfaliano e di poter essere definiti solo in negativo, come ordinamenti non statali, non internazionali e, ancora, non necessariamente, globali, potendo operare anche solo con riferimento ad aree geografiche delimitate, oltre che essere costruiti in forme bilaterali, multilaterali o regionali. Su un punto si registra una convergenza di opinioni: vengono messe in crisi le dicotomie strutturali classiche, quali la distinzione tra diritto pubblico e privato, oltre a quella tra diritto nazionale e inter-nazionale, considerato che si interviene per disciplinare attività poste in essere in spazi nuovi, che si collocano ad un livello intermedio tra questi due ordini normativi propri della nostra tradizione giuridica... l'ipotesi più ricorrente è quella di ordinamenti spontanei, ad opera di comunità di operatori che hanno l'interesse di regolare i loro rapporti in condizioni di autonomia». Come evidenziato da P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2021, p.232, «Se la cifra del diritto transnazionale è divenuta quella di aggregare *corpora* di regole accomunate da un elemento (la transnazionalità, nell'accezione sopra riferita), il diritto transnazionale è andato configurandosi come una nozione atta a comprendere fenomeni produttivi di norme tra loro profondamente diversi: dato unico elemento di comunanza, i tratti differenziali sono, in effetti, quanto mai cospicui. Ad esempio, nel diritto transnazionale sono finiti per rifluire i regolamenti di organizzazioni sportive internazionali come le regole imposte da organismi finanziari, le regole che presiedono al funzionamento dell'*Internet* come accordi di valenza generale stipulati da e tra multinazionali. In buona sostanza, un caleidoscopio di forme di produzione; un caleidoscopio per il quale pro-porre una unitarietà di fondo risulta sempre più velleitario, non fosse altro per-ché gli ordinamenti – in senso romaniano – in cui le regole operano, non solo sono molteplici, ma neppure sono strutturalmente omogenei, per tacere del fatto che i soggetti che producono le regole sono parimenti disomogenei e che le tipologie di regole prodotte sono le più varie».

³⁹ Per il riferimento alla *lex mercatoria* come manifestazione del diritto transnazionale, cfr. P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956; B.M. CREMADES, S.L. PLEHN, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, in *Boston University International Law Journal*, vol. 2, n. 3/1984, pp. 317 ss. Nella dottrina italiana, F. GALGANO, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2009, p. 56, definisce la *lex mercatoria* moderna per comparazione e differenza con quella medioevale: «L'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*, che erano tali a loro volta perché in esse sedevano mercanti. Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati».

*informatica*⁴⁰, ma viene talora inclusa anche la *lex sportiva*⁴¹. Si iscrive in questa prospettiva la dottrina relativa alla *transnational private regulation*, che abbraccia differenti tipologie di approcci, a seconda dei soggetti che partecipano ai regimi regolatori (imprese, organizzazioni non governative, organizzazioni internazionali o intergovernative, associazioni di portatori di interesse, esperti), dei modelli di *governance* seguiti e delle finalità perseguite⁴². Si inseriscono inoltre in questo solco le descrizioni dottrinali relative ai *legal hybrids*: con ciò

⁴⁰ G.L. CONTI, *La lex informatica*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2021, p. 318, nel sottolineare che «Con l'espressione "lex informatica" si allude al complesso insieme di norme che regolano la rete. Si tratta massimamente di norme invisibili a occhio nudo, nel senso che esse regolano dei fenomeni che si collocano al di là della percezione e della comprensione di coloro che ne subiscono le conseguenze», rammenta altresì che «La democrazia sulla rete, però, nella parte in cui guarda all'accesso e agli standard che consentono di sviluppare gli applicativi necessari per la comunicazione END TO END è amministrata da un complesso insieme di organismi (ICANN, W3C, IETF)», si tratta di organismi di diritto privato, il primo (ICANN) amministra gli indirizzi IP ed il Domain Name System, l'IETF definisce gli standard che consentono la comunicazione tra i vari nodi della rete, mentre l'W3C sviluppa i protocolli che consentono di integrare gli standard sviluppati dall'IETF nelle singole pagine web e applicazioni attraverso cui gli utenti usano la rete, oltre che definire la missione della "rete". In definitiva «Questi organismi possono essere considerati gli effettivi titolari del potere normativo sulla rete, perché complessivamente definiscono le regole (invisibili) che consentono la comunicazione fra i calcolatori connessi al web» (p. 326). In una realtà siffatta, la legittimazione di questi organismi deriva dall'adesione dei privati alle regole da loro definite, ma – così concepito – «il consenso, nella rete, si realizza come adesione volontaria a delle norme senza le quali la stessa comunità non può esistere, sicché l'individuo è posto nella secca alternativa...fra l'aderire e quindi accedere alla rete ovvero non aderire e quindi essere escluso dalla rete». Per di più la rete «è sempre più piattaforma in grado di svolgere una funzione di intermediazione fra i singoli e i loro bisogni di comunicazione, piattaforme che semplificano l'accesso e il reperimento delle informazioni ma che nello stesso tempo utilizzano standard e protocolli pubblici per costruire sistemi chiusi e caratterizzati dalla difficoltà di accesso al loro co-dice e alle loro caratteristiche più profonde, nelle quali si realizza uno scambio economico fra la privacy degli individui e l'accesso ai servizi offerti dalle piattaforme stesse» (p. 323). In definitiva, «La lex informatica non è solo il diritto della rete. È soprattutto il diritto della intersezione fra la rete e la realtà, definisce il modo con cui la rete modifica la realtà ma anche il modo con cui la realtà, o meglio: la sovranità, possono interagire con la rete» (p. 326).

⁴¹ S. BASTIANON, *La lex sportiva*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2021, p. 358, ricorda che «uno dei principali obiettivi che stanno alla base delle teorie favorevoli a sostenere l'esistenza di una *lex sportiva* è certamente quello di individuare un *corpus* di regole proprie del settore sportivo ed in quanto tale elemento fondante e costitutivo di un autonomo ordinamento giuridico dalla natura privata e dalla portata globale, frutto dell'accordo tra le varie federazioni sportive internazionali ed i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione».

⁴² E. CAFAGGI, *New foundations of Transnational private regulation*, in in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 89, sottolinea la "poliedricità" della nozione di *transnational private regulation* «TPR encompasses numerous regimes, reflecting the complexity of the private sphere. Some are mainly driven by industries; some are promoted by NGOs; others by the joint endeavour of industry and NGOs, often complemented by public intervention, giving rise to tripartite or multiparty agreements. While at first sight they are all governed by private actors, they pursue different objectives and incorporate multiple degrees of public interest, depending on the composition of their respective governance bodies and the effects they have on the general public. Plurality of interests often translates into different regulatory strategies or a concentration on different stages of the regulatory process».

avendo di mira categorie giuridiche che non appartengono alla concettualizzazione tradizionale del diritto pubblico o del diritto privato, risultando piuttosto una mescolanza tra tipiche modalità di azione di entrambi⁴³.

A livello di Unione Europea, quanto descritto trova sintesi e riflesso nella “dottrina” della Commissione europea sulla *Better Regulation* che – oltre al coinvolgimento consultivo degli *stakeholders* sin dall’*inception impact assessment*⁴⁴ – punta alla semplificazione legislativa, limitandola ai requisiti essenziali, ed apre la cerchia degli attori coinvolti ai privati, consacrando metodi alternativi di regolamentazione, *in primis* autoregolamentazione e co-regolamentazione⁴⁵. In questa prospettiva, la stessa identificazione di «alternative policy

⁴³ K. TUORI, *On legal hybrids*, in *EUI Working Papers – Law*, n. 31/2012, p. 67, «legal hybrids are legal phenomena which our inherited conceptual framework is unable to capture and to imprison in a determinate conceptual box», e, più nello specifico, «They are no longer tied to the nation-state legislator but attest to the *polycentrism* of legal sources and the *pluralism* of legal orders, perhaps even legal systems... Environmental law, medical and bio-law, information law, or sports law introduce breaches into the system based on the fundamental distinction between private and public law and gather together norms which, in traditional divisions, are dispersed across several fields. But this is not all. Besides norms issued by the domestic legislator, they include EU norms, as well as other norms of international or transnational origin. Finally, *soft law* material, such as recommendations or codes of good practice adopted by international and national organisations, also plays an important role in the self-conception of would-be new branches of law. Thus, not only can the new fields of law not be unequivocally inserted into the traditional system; they also renounce its nation-state premises and even question the very separateness of law from other social norms. Here we could perhaps speak of multiple hybridization» (p. 71).

⁴⁴ Sul punto cfr. M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della Commissione europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, pp. 1052 ss.

⁴⁵ L’accordo inter-istituzionale tra Commissione, Parlamento e Consiglio (2003/C 321/01) sul «Legiferare meglio» prevedeva che le istituzioni «riconoscono l’utilità di ricorrere, ove opportuno, qualora il trattato CE non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo, a meccanismi di regolamentazione alternativi», tra cui la co-regolamentazione e l’auto-regolamentazione. Nello specifico (par. 18), «Si intende per co-regolamentazione il meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall’autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni). Si può ricorrere a un tale meccanismo sulla base di criteri definiti nell’atto legislativo per assicurare che la legislazione sia adeguata ai problemi e ai settori interessati, alleggerire il lavoro legislativo concentrandolo sugli aspetti essenziali e beneficiare dell’esperienza dei soggetti interessati»; mentre (par. 22-23) «Per autoregolamentazione si intende la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali). In linea generale, tali iniziative autonome non presuppongono una presa di posizione da parte delle istituzioni, specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell’ambito dei trattati o in cui l’Unione non ha ancora legiferato. Nel quadro delle proprie responsabilità la Commissione esamina le prassi di autoregolamentazione onde verificarne la conformità con le disposizioni del trattato CE». Il riferimento a metodi alternativi di regolamentazione trova supporto nelle linee guida dell’OCSE – *Guidelines for Regulatory Quality and Performance*, 2005. Come sottolineato dalla dottrina, le consultazioni in sede di valutazione d’impatto, potrebbero essere utilizzate per sondare fattibilità ed efficacia di approcci regolamentari alternativi (la soluzione è profilata da C. BROWN, C. SCOTT, *Regulation, Public Law and Better Regulation*, in *European Public Law*, vol. 17, n. 3/2001, p. 471) e, tuttavia, la recente Comunicazione della

instruments»⁴⁶, volti ad “efficientare” il raggiungimento degli obiettivi proposti⁴⁷, è diventata uno *step* essenziale nella valutazione di impatto che la Commissione è tenuta ad espletare quando si propone di disciplinare un ambito⁴⁸.

Con specifico riguardo all’esigenza di regolamentare gli incrementali “rischi” legati all’evoluzione tecnologica, derivanti da prodotti, processi o da servizi, il solco tracciato dall’UE si è altresì qualificato per la normativa sulla standardizzazione, attraverso il «New Approach» prima (nel 1985)⁴⁹ ed il «New Legislative Framework» poi (nel 2008)⁵⁰. In quest’ottica, la fissazione dei requisiti essenziali è contenuta nella legislazione, mentre l’elaborazione delle specifiche tecniche è lasciata alle organizzazioni europee di normazione (enti di diritto privato contemplati nell’allegato I del Regolamento UE n. 1025/2012: CEN, CENELEC, ETSI)⁵¹. Le specifiche tecniche normate da questi organismi privati, pur essendo l’adesione volontaria, sono tuttavia suscettibili di produrre effetti giuridici, quali la presunzione di conformità derivante dalle norme

Commissione sul «Legiferare meglio» - COM(2021) 219, semplifica le procedure di consultazione, accorpandone delle fasi (cfr. M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della Commissione europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1063), anche con riguardo alle fasi preliminari dell’elaborazione delle tabelle di marcia, quando, essendo ancora aperta l’opzione degli strumenti normativi, le procedure di consultazione potrebbero indirizzarne la scelta.

⁴⁶ SWD(2015) 111 final, *Better Regulation Guidelines*, p. 23.

⁴⁷ Come espresso in *Better regulation for better results – An EU Agenda*, COM(2015) 215 final, p. 4, «Better regulation is not about "more" or "less" EU legislation... Better regulation is about making sure we actually deliver on the ambitious policy goals we have set ourselves».

⁴⁸ SWD(2015) 111 final, cit., p. 22.

⁴⁹ Risoluzione del Consiglio (85/C 136/01) del 7 maggio 1985 – *Orientamenti relativi ad una nuova Strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione*, che si fonda su quattro principi essenziali: 1) l’armonizzazione legislativa si limita all’approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza (o di altre esigenze di interesse collettivo) ai quali devono soddisfare i prodotti immessi sul mercato che, in tal caso, possono circolare liberamente nella Comunità; 2) agli organi competenti per la normalizzazione industriale è affidato il compito di elaborare le specifiche tecniche; 3) l’adesione a tali specifiche tecniche è volontario; 4) le amministrazioni sono allo stesso tempo obbligate a riconoscere ai prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate una presunta conformità ai «requisiti essenziali» fissati dalla direttiva.

⁵⁰ Decisione n. 768/2008/CE volta a definire «il quadro comune di principi generali e di disposizioni di riferimento per l’elaborazione della normativa comunitaria di armonizzazione delle condizioni per la commercializzazione dei prodotti» (Art. 2, c. 1).

⁵¹ La dottrina ha definito gli organismi di normalizzazione come «soggetti privati esercenti pubbliche funzioni»: F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 375, come già osservato da A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 262. Quanto alla questione della legittimazione di tali organismi cui viene nella sostanza delegata una funzione normativa, cfr. L. SENDEN, *Towards a More Holistic Legitimacy Approach to Technical Standardisation in the EU*, in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 20 ss.

armonizzate, elaborate su espressa richiesta della Commissione e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea⁵².

In questo *framework*, si iscrive – da ultimo – l'esigenza di far fronte, dal punto di vista normativo, al rapido sviluppo delle tecnologie emergenti, che sfruttano algoritmicamente la massa di dati in circolazione (*Big Data*) nonché la potenza di calcolo per finalità predittive, valutative, decisionali (*data mining*), e che, così operando, sono suscettibili di incidere su diritti e principi fondamentali⁵³. Accettata l'eredità del *better regulation approach*, l'Unione europea, anche in questo caso, sembra voler portare avanti quella che in dottrina è stata definita una «sorta di “disruption”» dei «metodi e strumenti giuridici tradizionali... supera[ti] da parte di altre forme di regolazione»⁵⁴. Il punto verrà ripreso nel par. 3.

La prospettiva sin qui assunta integra un rapido *excursus* – di natura essenzialmente formale e procedurale – relativo a tecniche normative che esulano dai canoni tradizionali delle fonti statali del diritto. Non solo e non tanto perché si riferiscono ad un ambito territoriale che trascende i confini dello Stato, ma altresì perché se, come precisato in premessa, l'attività normativa è di provenienza pubblicistica, queste strategie normative coinvolgono invece soggetti privati ed adottano approcci alternativi al *command and control*, attraverso pratiche di autoregolamentazione e co-regolamentazione. Certo è che, dal punto di vista del diritto pubblico, la “breccia” in questo modo aperta nel sistema tradizionale delle fonti sarebbe limitata, se risultassero incisi solo aspetti di forma e di procedura. Ma, com'è persino scontato rammentare, nel diritto costituzionale, al di là della forma giace la sostanza. Giacciono quindi i diritti e le libertà fondamentali non ugualmente garantiti da una tecnica regolatoria piuttosto che da un'altra o da un “regolatore” piuttosto che da altri. Di questo si

⁵² Le procedure di normalizzazione possono essere inserite in un processo di co-regolamentazione o auto-regolamentazione (cfr. B.VAN LEEUWEN, *European Standardisation of services and its impact on private law – Paradoxes of convergence*, Oxford-Portland, 2017, p. 40 ss.) volto a produrre convergenza a livello europeo (cfr. H.W. MICKLITZ, *A self-sufficient european private law – A viable concept?*, in *EUI Working Papers – Law*, n. 31/2012, pp. 5 ss.).

⁵³ In questo senso è significativo lo scritto di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e future delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63 ss. Sempre sul tema dei rischi che i sistemi di intelligenza artificiale possono comportare per libertà e diritti fondamentali, al di là del diritto alla protezione di dati personali, cfr. F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza Artificiale*; A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*; A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza Artificiale e Diritto: una rivoluzione?*, Vol. I, Bologna, 2022, pp. 111 ss.

⁵⁴ G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, p. 404.

tratterà brevemente nel paragrafo successivo, anticipando quanto si andrà poi sviluppando in seguito: la “latitudine” del rischio sotteso alla accennata “disruption” del sistema tradizionale delle fonti del diritto in riferimento agli spazi regolatori lasciati aperti dall’UE nel suo approccio alle *new emerging technologies*.

2.2. La dimensione sostanziale della regolamentazione

Nel paradigma del costituzionalismo moderno, come detto, la “forma” è anche “sostanza”, o, per meglio dire con le parole di autorevole dottrina, «nel paradigma costituzionale... le *ragioni del diritto* storicamente elaborate dalla riflessione filosofica sulla giustizia e dalla conseguente progettazione politica sono state incorporate, sotto forma di principi e diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, quali *ragioni nel diritto*», entrambe – a loro volta – razionalizzate entro certe “forme” dei sistemi normativi, dalle più semplici alle maggiormente complesse⁵⁵.

Ne consegue pianamente che le modalità con cui è congegnato il sistema delle fonti del diritto non ha portata meramente formale e procedurale, essendo «materia di diritto costituzionale»⁵⁶, in quanto «ogni sistema di fonti normative è il riflesso dello specifico rapporto tra società civile e pubblici poteri (forma di stato) e del rapporto tra i poteri pubblici dello stato (forma di governo)»⁵⁷.

In effetti, non deve dimenticarsi, che «le fonti costituzionali sulla produzione normativa esprimono scelte e valori fondamentali per il nostro assetto democratico predisponendo strumenti quali le riserve di legge, il principio di legalità, la stessa disciplina delle procedure deliberative. Non possiamo ignorare che prevedere che solo la legge del parlamento possa apportare limiti alle libertà costituzionali, imporre un parametro legale all’azione dell’Amministrazione, delimitare in Costituzione il procedimento legislativo, il potere di autoregolamentazione del Parlamento ed il potere legislativo del Governo, proteggere, infine, con maggioranze speciali la modifica delle norme costituzionali, son tutti principi certamente di natura organizzativa, ma posti dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali e a garanzia di un certo livello essenziale di partecipazione delle minoranze alle procedure decisionali. E’, quindi, altrettanto evidente che la valutazione dell’assetto odierno del sistema delle fonti non potrà che risentire ed influenzare il giudizio più generale che oggi è

⁵⁵ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, Bari-Roma, 2021, p. 6.

⁵⁶ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 35: «la disciplina delle fonti deve ritenersi materialmente costituzionale».

⁵⁷ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 15.

possibile esprimere sulla effettività della tutela costituzionale dei diritti e sulla qualità della democrazia»⁵⁸.

La dottrina maggioritaria pertanto – a fronte di scenari di pluralismo ordinamentale, di articolazione caotica degli atti normativi e dei conseguenti interrogativi sull’attualità della categoria concettuale “sistema delle fonti del diritto”⁵⁹ – ritiene di dover ribadire «l’assoluta necessità... del sistema delle fonti» in quanto in esse «troviamo le garanzie ed i limiti delle varie situazioni soggettive, nonché le regole di funzionamento delle diverse istituzioni; in loro assenza o insufficienza, si riafferma pericolosamente il mero potere dei diversi soggetti politici, sociali od economici comunque dominanti»⁶⁰.

Come a dire, le fonti del diritto consustanziano i confini e la portata del principio di costituzionalità e del principio di legalità, realizzano quindi una garanzia, oltre che formale-procedimentale, di natura sostanziale, che viene senz’altro minata laddove si realizzi «l’intrusione di grandi soggetti economici privati nei processi di decisione politica... e perfino l’adozione diretta di scelte politiche da parte dei primi», ciò che non può essere ridotto «a casi di innocenti intrecci fra poteri pubblici e privati», investendo «piuttosto il volto democratico del costituzionalismo»⁶¹. Si consustanzierebbe – in questo modo – una duplice e contestuale crisi, relativa sia alla dimensione formale che sostanziale della legalità e della democrazia, tra le cui principali manifestazioni si trova appunto la deriva «della forma pubblica della normazione eteronoma... sostituita dalle forme privatistiche» con conseguente «vuoto di legalità»⁶².

Se così è, come pare, la tendenza, assecondata dal fenomeno della globalizzazione, che trova istituzioni “resilienti”, ossia flessibili a fronte del potere privato, e che pertanto si assestano ad un «più basso tasso di normatività»⁶³, aprendo, per converso, lo spazio a modalità di regolamentazione meno formali seppur dotate di elevata effettività⁶⁴, non può che far sorgere perplessità ed

⁵⁸ A. SIMONCINI, *1998-2008: la fine della legge?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2009, editoriale.

⁵⁹ In questo senso le pubblicazioni di F. MODUGNO, A. PIZZORUSSO, A. RUGGERI, *E’ possibile ancora parlare di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, pp. 3 ss.

⁶⁰ U. DE SIERVO, *Perché occuparsi ancora delle fonti del diritto?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2015, p. 3.

⁶¹ C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 187.

⁶² L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., pp. 194-195.

⁶³ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente – Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 58.

⁶⁴ In merito, S. RODOTÀ, *Technology and regulation: a two-way discourse*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 30, definisce tale processo in questi termini «a juridification with a low formal intensity and a high effectiveness impact». Come notato da B. PASTORE, *Sul disordine delle fonti del diritto*

incertezze dal punto di vista costituzionalistico. Tale tendenza sembra infatti rientrare tra le principali manifestazioni di «crisi dello stato costituzionale»⁶⁵, declinante lungo il versante di un “capovolgimento” delle modalità classiche di produzione del diritto⁶⁶, ed ergendo perciò soggetti privati a “regolatori”.

Del resto, la stessa Unione Europea ha dimostrato di aver ben presenti i pericoli sottesi alla “remissività” verso la regolamentazione privata, tant’è che nell’accordo inter-istituzionale del 2003 sul «Legiferare meglio», pur incentivando co-regolamentazione e auto-regolamentazione, ne ha tuttavia chiaramente delineato i confini, bandendone l’applicazione laddove siano «in gioco i diritti fondamentali o scelte politiche importanti»⁶⁷; ma analoga statuizione non è stata replicata nel successivo accordo inter-istituzionale del 2015⁶⁸.

E’ il processo citato irreversibile?⁶⁹ In altri termini, gli Stati necessariamente si trovano a dover subire questa sempre maggiore invadenza dei “poteri privati” in sfere di regolamentazione pubblica, in ragione di fenomeni transnazionali che sfuggono alla loro limitata capacità di “prensione”⁷⁰? Oppure sono gli Stati,

(*inter*)nazionale, cit., p. 23, «la normatività risulta, così, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità... I gradi di normatività, pertanto, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all’uso, all’applicabilità, all’accettazione e all’osservanza delle regole giuridiche. *Soft law* e *hard law* convivono come plessi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico».

⁶⁵ Mutuando l’espressione da A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 93.

⁶⁶ Mutuando questa volta l’espressione da A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto – Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, pp. 26 e 66, ove l’Autore sottolinea la tendenza «alla dilatazione della regolazione tecnica anche verso ambiti, un tempo, più “politici” e discrezionali», osservando coerentemente che «non v’è ormai ambito della normazione tecnica, industriale e non, che non finisca per trascinare nella tutela di diritti fondamentali o interessi costituzionali come l’ambiente, la sicurezza, la salute, la difesa del consumatore, la tutela della concorrenza». Come osservato da N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 18, il rapporto tra diritto e tecnica si inverte quando i regolati, ossia «la tecno-economia vuole farsi, essa stessa, normativa, e determinare il contenuto del diritto» con tendenza alla «s-confinatezza».

⁶⁷ Accordo inter-istituzionale, 2003/C 321/01, cit., par. 17.

⁶⁸ In merito, si rinvia all’osservazione critica di M. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Politics*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 1231 che sottolinea come ciò metta in questione il rispetto del *rule of law* ed il connesso controllo giurisdizionale.

⁶⁹ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 201, ritiene che la crisi odierna dello Stato nazionale sia «radicale e irreversibile».

⁷⁰ E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, cit., p. 114, osserva come l’erosione della sovranità statale sia imputabile alla «difficoltà di governare comunità sempre più complesse»; e M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, pp. 161 e 164, individua le cause dell’attuale crisi dello stato democratico e sovrano in «due fenomeni paralleli e interconnessi: la dissoluzione del legame fra economia e territorio e la sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali e sovranazionali sempre più forti e numerose» all’interno delle quali funziona «una politica nuova, ma certo ben poco soddisfacente in termini di rendimento democratico; una politica che ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato, e nella quale si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno alcuni di essi...), di potenti

con le loro scelte politiche, che hanno creato i presupposti primi del processo medesimo?⁷¹ Ed ancora, quale può essere l'atteggiamento del costituzionalista a fronte di questa «emersione incontrollata... di poteri selvaggi e di nuove sovranità senza più né limiti o confini», una sorta di «"nuovo medioevo" istituzionale... governato da un nuovo diritto che si afferma senza più una univoca razionalità ed il cui ordine è definito da diverse "costituzioni civili" a centralità variabili»⁷². Seguendo la medietà classica, può forse dirsi che lo sforzo del giurista e, nello specifico, del costituzionalista, sta' nel «trovare un equilibrio tra il descrivere supinamente quel che accade e il trincerarsi nella categorie abituali pretendendo che sia la realtà a seguirle»⁷³. Si tratta insomma, al di là dell'indagine sulle cause prime del processo in atto, di tenere dritta la barra delle categorie fondamentali, sia pure interpretandole e rivisitandole alla luce dei «contesti concreti... non [potendo] evitare di fare i conti con le trasformazioni sociali, politiche e culturali»⁷⁴, senza con ciò scivolare verso lo snaturamento dell'essenziale funzione che – secondo la tradizione propria del costituzionalismo moderno – erge il diritto pubblico e le istituzioni che lo rendono operativo a garanti del riconoscimento e della protezione della dignità umana in tutte le sue proiezioni, con specifico riguardo ai diritti ed alle libertà fondamentali.

In questo ruolo, se l'azione degli Stati, singolarmente presi, non sembra poter bastare, dovendo trattare fenomeni spesso a-territoriali o trasversali – che tutti riguardano –, è la necessità di collaborazione entro i confini di

tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici (primi fra tutti quelli della comunicazione e dell'informazione».

⁷¹ Come espresso da S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in *rivistaic.it*, n. 4/2013, p. 3, è la globalizzazione che dipende dallo Stato e non viceversa; L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2019, p. 323, osserva che «Non sono solo quindi le istituzioni del *Washington Consensus* (FMI, Banca Mondiale, OMC) a spingere verso l'autonomia del mercato globale, ma gli Stati stessi che, da un lato, ampliano le libertà e le garanzie delle imprese straniere, eliminano le barriere legali, contabili e tecniche alle transazioni transfrontaliere, ma, dall'altro, favoriscono la proliferazione di agenti privati che generano regole e norme per gestire domini un tempo esclusivamente in mano allo Stato». M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, in particolare nei capitoli II e III, sottolinea come le istituzioni sovranazionali dell'economia siano in realtà strumenti creati dagli Stati per affrontare questioni che li trascendono, sicché gli Stati rimangono comunque i principali attori sulla scena internazionale.

⁷² G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021, pp. 26-27.

⁷³ In tal senso il dialogo "socratico" tra M. DANI e F. PALERMO, *Della governance e di altri demoni (un dialogo)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2003, p. 788. Come osserva M. FIORAVANTI, *Fine o Metamorfofi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2010, p. 53, a fronte della crisi dei «paradigmi della modernità», con particolare riguardo alla sovranità statale ed alle sue manifestazioni attraverso il diritto (identificati dall'Autore con il paradigma hobbesiano e weberiano), «la reazione non dovrebbe essere, come qualche volta accade, quella di ricusare la realtà difforme dal parametro, ma piuttosto quella di mettere in discussione la pretesa del parametro stesso di essere universale, di valere cioè come modello di riferimento in ogni epoca, compresa la nostra».

⁷⁴ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 34.

organizzazioni sovranazionali «formate da componenti almeno minimamente omogenee»⁷⁵, che si impone, per rendere efficace un'azione sinergica di natura garantista⁷⁶. Non bastano certo la sanzione ed il riconoscimento formale, a livello sovranazionale, di diritti, dovendo questi essere resi operativi da una serie di “presidi” di ordine pubblicistico in grado di intervenire non solo e non tanto *ex post*, per riparare l'eventuale provocata lesione, ma necessariamente *ex ante*, stante l'elevato rischio, non solo individuale, ma altresì collettivo, derivante dall'impiego delle *new emerging technologies* in relazione alle libertà e diritti fondamentali.

Si tratta ora di valutare se la ricomposizione *ex ante* del rischio, lungo la via tracciata dall'Unione europea attraverso il ricorso a varie tecniche regolatorie, risulti lastricata da adeguati “presidi” di natura pubblicistica.

3. La “rincorsa” dell'Unione Europea nella disciplina delle nuove tecnologie

È noto che la tecnologia è in rapida evoluzione, con sviluppi esponenziali in termini di capacità computazionali e di modelli algoritmici per la programmazione dei sistemi informatici, così come è altrettanto noto che – secondo le leggi di Kranzberg – la tecnologia non è né buona né in sé cattiva, ma non è neppure neutrale, tutto dipendendo da come e per quali fini viene impiegata⁷⁷. Da qui lo sforzo del legislatore europeo di gestire un fenomeno che per sua intrinseca e strutturale conformazione trascende i confini nazionali, di disciplinarne le implicazioni, in primo luogo in termini di contenimento dei rischi per diritti e libertà fondamentali.

In questo tentativo il legislatore si scontra con una “tensione”, quella tradizionale tra legge e tecnologia⁷⁸: non solo la prima fatica a tenere il passo della rapida evoluzione della seconda⁷⁹, rischiando, una volta entrata in vigore, di

⁷⁵ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, p. 187.

⁷⁶ Come sottolineato da C. BERGONZINI, “Prova a prendermi”: *ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, p. 26, «il livello di normazione necessario... è senza dubbio europeo... Quindi normativa europea, e dotata di diretta applicabilità, per non lasciare agli Stati la tentazione di assecondare interessi economici particolari, in un settore peraltro tradizionalmente cruciale come la tutela della concorrenza».

⁷⁷ M. KRANZBERG, *Technology and History: «Kranzberg's Laws»*, in *Technology and Culture*, vol. 27, n. 3/1986, pp. 544 ss.

⁷⁸ R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame and Focal Questions*, cit., p. 8, «because technological innovation frequently disrupts existing regulatory forms, frameworks and capacities, it often prompts claims that regulatory legitimacy has been undermined as a result, usually accompanied by calls for some kind of regulatory reform, but sometimes generating innovation in the regulatory enterprise itself».

⁷⁹ Sulla «fast-moving technology and lengthy lawmaking» see E. PALMERINI, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 16.

risultare già obsoleta⁸⁰; non solo il legislatore spesso non è dotato (o non ha il tempo materiale per dotarsi, vista la rapidità dell'evoluzione tecnologica) della conoscenze tecnico-specialistiche necessarie per meglio penetrare i meandri del fenomeno in atto, ma altresì, a fronte di situazioni non del tutto conoscibili e comprensibili nella loro portata, corre il rischio di cadere nella tentazione di un eccesso di precauzione⁸¹, e quindi o di vietare o di iper-regolamentare, così soffocando sul nascere l'innovazione e, con essa, la crescita sociale ed economica che ne potrebbe derivare⁸². Già questo basta per avere contezza della difficoltà di trovare “il giusto mezzo”, ed il corretto equilibrio nella decisione dell'*an, quomodo e quantum* di regolamentazione di questioni tanto complesse, ancor più complesse laddove vadano a toccare temi etici⁸³, particolarmente sollecitati dai possibili impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale⁸⁴.

Entro queste coordinate, l'attenzione va ora dirigendosi verso l'impostazione seguita dall'Unione europea in merito alla regolamentazione delle nuove tecnologie informatiche. Come già anticipato, essa si pone senz'altro in linea di coerenza con il “*better regulation approach*” ed il “*new approach*” deponendo, non a caso, per l'implementazione ed il rafforzamento del solco che conduce

⁸⁰ R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame and Focal Questions*, cit., p. 13, «The essential problem is that the regulatory governance challenges would be more graspable if only the world would stand still» but «even if that were possible, all this takes far too much time. While we are consulting and considering in this idealized way, the world has move on: our target technology has matured, new technologies have emerged, and our regulatory environment has been further disrupted and destabilized».

⁸¹ A. STIRLING, *Precaution in the governance of technology*, in BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., pp. 645 ss., rammenta come il principio di precauzione possa sottendere rischi che derivano da effettive incertezze scientifiche, ma la portata del rischio possa altresì essere connessa alla sua percezione socio-politica: allo scopo, l'Autore elabora un *framework* per una ragionevole e proporzionata valutazione di rischi e incertezze. Nello specifico, a p. 647, osserva che «With more recent worldwide growth in practice of 'evidence-based policy', the challenges posed by scientific uncertainties have become increasingly salient – and uncomfortable. Although one reaction is to diminish or deny the inconvenient intractability of uncertainty to which precaution is a response, another is to seek to address them more fully and openly».

⁸² Sulle difficoltà relative alla elaborazione di una normativa “fit for purpose”, cfr. G.N. MANDEL, *Legal evolution in response to technological change*, in BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., pp. 225 ss.

⁸³ L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical*, in *Philosophy & Technology*, n. 32/2019, p. 187, ricorda che «today, the debate on the ethical impact and implications of digital technologies has reached the front pages of newspapers. This is understandable: digital technologies—from web-based services to Artificial Intelligence (AI) solutions—increasingly affect the daily lives of billions of people, so there are many hopes but also concerns about their design, development, and deployment».

⁸⁴ Cfr. il documento del Gruppo di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, pubblicato in data 8 aprile 2019.

alla co-regolamentazione⁸⁵. Nello specifico, depongono in tale direzione i codici di condotta, contemplati sia dal Regolamento (UE) n. 679/2016 sulla protezione dei dati (GDPR), che dal Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Service Act-DSA), nonché le norme armonizzate cui rinvia la proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (AIA)⁸⁶.

Si tratta di ipotesi di «deleghe di competenze nei confronti di attori privati»⁸⁷. In riferimento ad esse può trovare applicazione quanto argomentato dalla giurisprudenza europea: trattasi di misure di attuazione e applicazione di atti di diritto dell'Unione, quindi parti esse stesse del diritto europeo⁸⁸, legittime purché suscettibili di mantenersi entro i limiti tracciati dalla dottrina *Meroni*⁸⁹. In tal senso, la sentenza *Elliott* ha sottolineato come «sebbene l'elaborazione di... [una] norma armonizzata sia indubbiamente attribuita ad un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali... realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione»⁹⁰. Questa interpretazione, unitamente a quella della sentenza *Meroni*, porta a concludere che solo una delega di stretta esecuzione cade entro i confini del rispetto dell'equilibrio istituzionale e delle garanzie ad esso sottese, con conseguente divieto di «delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che

⁸⁵ Come osserva M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1334, «Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, questo complessivo fenomeno sta manifestando implicazioni significative... Innanzitutto, la regolazione privata, pur utilizzata nel contesto di differenti settori materiali (come, ad es., quello della sicurezza alimentare, dell'advertising, della politica ambientale, della politica sociale, ecc.), di recente si sta affermando soprattutto nella disciplina delle nuove tecnologie. Poiché la disciplina di settori relativi all'innovazione tecnologica esige un grado di expertise e competenze tecniche possedute essenzialmente da quegli stessi soggetti privati che devono essere regolati, si ritiene che una regolazione efficace non possa prescindere dal loro coinvolgimento». Secondo G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e I rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, p. 415, «La co-regulation, d'altro canto, può rappresentare il mezzo più idoneo per soddisfare la necessità che il diritto si riappropri degli spazi che gli spettano nell'assunzione della decisione pubblica a contenuto e valenza tecnica. Essa, cioè, costituisce il tentativo forse più adeguato per contemperare le ragioni della tecnica e della sua incessante innovazione, le quali di per sé non costituiscono certo un disvalore, con la pretesa delle norme giuridiche di orientarle soprattutto verso i valori costituzionali».

⁸⁶ COM(2021) 206 final – *Proposta di Regolamento europeo del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*.

⁸⁷ M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, cit., p. 1337.

⁸⁸ Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, par. 34 (*Elliott*).

⁸⁹ Corte di Giustizia, 13 giugno 1958, C-9/56 (*Meroni*).

⁹⁰ Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, par. 43.

il Trattato ha istituito»⁹¹. Tuttavia, se questi sono i limiti che la giurisprudenza europea ha stabilito per il legittimo esercizio di potere normativo delegato, sembra difficile riscontrarne il rispetto da parte dei rinvii che le menzionate normative comportano ai codici di condotta ed alle norme armonizzate, come, nel prosieguo, si cercherà di argomentare.

3.1. I codici di condotta nel GDPR

Come noto, il GDPR ha rappresentato un «cambiamento culturale», rispetto alla precedente Direttiva 95/46/CE, sostituendo alla logica dell'adempimento formale un approccio preventivo, fondato sul principio di *accountability*⁹². Su queste basi ha trovato terreno fertile la previsione dei codici di condotta⁹³ che ha segnato la via della «condivisione del lavoro normativo»⁹⁴ tra il potere pubblico e le categorie rappresentative dei titolari e dei responsabili del trattamento ed assunto una funzione integrativa⁹⁵ rispetto alle «larghe maglie» lasciate aperte dal GDPR⁹⁶.

⁹¹ Corte di Giustizia, 13 giugno 1958, C-9/56, p. 41. In tale sentenza viene quindi tracciata la distinzione tra «poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante» e delega di poteri discrezionali «che comporti una ampia libertà di valutazione ed att[a] ad esprimere... col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante... un vero spostamento di responsabilità».

⁹² L. CALIFANO, *Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 34.

⁹³ Come spiegato da S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 162.

⁹⁴ Queste le parole di G. DE MINICO, *Art. 12*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2007, p. 272, che denuncia tale tecnica normativa come deviante dai principi del diritto pubblico.

⁹⁵ Sulla funzione integrativa dei codici di condotta, come strumenti di *soft law*, rispetto alle previsioni legislative, cfr. E. STRADELLA, *Approaches for regulating robotic technologies: lessons learned and concluding remarks*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 346.

⁹⁶ Osserva che il GDPR si esprime «attraverso un linguaggio per principi», così dimostrando di «avere consapevolezza dell'eccedenza della vita rispetto alle regole», C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 102. In simile direzione, M. RUBECHI, *La transizione verso il nuovo sistema delle fonti europee di protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 391, che sottolinea lo sforzo del GDPR «dal punto di vista della tecnica della tutela del diritto [di] coniugare il massimo grado di autonomia discrezionale per i titolari di trattamento... con il massimo grado di tutela per gli interessati» e, analogamente, nel

Ai sensi dell'art. 40, c. 2, il Codice viene elaborato da soggetti privati su stimolo di organismi pubblici (autorità di controllo, comitato europeo per la protezione dei dati, commissione europea), nonché da questi valutato (avendo la competenza ad esprimere un parere) ed approvato se ritenuto conforme al GDPR (Art. 40, cc. 5-8). È altresì disposta la possibilità, per i codici valutati dal comitato europeo in quanto riferiti a trattamenti distribuiti in diversi Stati, di acquisire validità generale sul territorio dell'Unione mediante atto di esecuzione della Commissione (Art. 40, c. 9).

Quella dei codici di condotta rappresenta un'ipotesi di co-regolamentazione o *enforced self-regulation*⁹⁷ o *meta-regulation*⁹⁸, volta a proceduralizzare e formalizzare ulteriormente il principio di *accountability*⁹⁹ nella gestione di rischi connessi al trattamento dei dati. In quest'ambito i codici di condotta sono destinati a divenire ancor più significati e rilevanti per i casi di trattamento dati automatizzato, che, per espressa previsione del GDPR, comportano un "rischio elevato" per le posizioni giuridiche soggettive¹⁰⁰. A questo riguardo desta perplessità il fatto che risulti rimessa al codice la definizione di una serie di previsioni solo enunciate dal Regolamento e che nella sostanza si traducono in vere e proprie clausole generali. Nello specifico, è, tra l'altro, devoluta al codice di condotta la definizione delle caratteristiche di correttezza e trasparenza del trattamento, particolarmente rilevanti laddove il trattamento sia automatizzato e quindi esponga a "rischi elevati" i diritti e le libertà fondamentali (cfr. art. 35). A tal riguardo, come statuito nel considerando 98, la "mission" dei codici consiste nel «calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone». Nella sostanza, quindi, sono chiamati a "bilanciare"

rapporto con gli Stati, di coniugare le esigenze di armonizzazione con «le esigenze differenziate delle diverse società».

⁹⁷ R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, cit., pp. 39-40, «self-regulation can be classified as 'enforced' when it is subject to a form of governmental structuring or oversight... [i.e.] organizations make their own rules but have to submit them to public agencies for approval».

⁹⁸ C. COGLIANESE, E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 156, «Meta-regulation involves efforts by governmental authorities to promote and oversee self-regulation».

⁹⁹ S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 169, ove si afferma che «il legislatore europeo, nel positivizzare il ricorso alla certificazione volontaria e nel rafforzare i codici di condotta, ha riempito di ulteriore significato il principio di responsabilizzazione».

¹⁰⁰ Il c.d. rischio elevato, ai sensi dell'art. 35, GDPR che comporta la necessità di procedere ad una valutazione d'impatto. Quanto ai rischi (individuali e collettivi) per libertà e diritti fondamentali implicati dall'uso delle nuove tecnologie, in particolare dai sistemi di intelligenza artificiale e dalle connesse tecniche di *machine learning*, basti il rinvio a A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e future delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63 ss.

interessi confliggenti con diritti fondamentali e, pertanto, ad entrare nel merito di valutazioni di natura tipicamente pubblicistica.

Siamo senz'altro di fronte ad una regolamentazione di procedure, modalità organizzative e gestionali tipiche delle fasi del *risk assessment* e del *risk management*, in quanto tali proficuamente rimesse a privati che godono del *know-how* tipico degli operatori del settore. Ma si versa altresì in ipotesi di coinvolgimento di valutazioni di natura tutt'altro che tecnica, relative a diritti e libertà fondamentali, ossia al “cuore” di quella che tradizionalmente è l'attività normativa di origine pubblicistica. Il che desta ancor più perplessità laddove si rammenti che tali codici sono elaborati dalle organizzazioni dei rappresentanti le categorie dei titolari e responsabili del trattamento, mentre – non nel testo del GDPR ma – solo nel considerando 99 si fa cenno all'auspicio che tali organizzazioni provvedano a consultare (in sede di predisposizione del codice) gli interessati ed a tener conto delle loro opinioni. La partecipazione delle “parti deboli” è pertanto declassata ad eventualità, rimessa alla discrezionalità della “parte forte” (i titolari e responsabili del trattamento)¹⁰¹. Di più. Le perplessità aumentano laddove si richiamino gli effetti giuridici dell'adesione e dell'applicazione del codice di condotta approvato, potendo valere come prova «per dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare del trattamento»¹⁰², con specifico riguardo alla sicurezza dei trattamenti in riferimento ai rischi per i diritti e le libertà fondamentali¹⁰³ ed al trasferimento dei dati presso paesi terzi¹⁰⁴.

Quello riportato è un caso significativo di riempimento di “clausole generali” (o concetti giuridici indeterminati che dir si voglia) attraverso il rinvio alla regolamentazione di natura privata ed è icastico di quanto risulti labile il confine tra regola tecnica e norma giuridica quando siano implicate valutazioni che hanno riguardo a diritti fondamentali.

3.2. I codici di condotta nel DSA

L'art. 45 del DSA dispone, al comma 2, l'invito della Commissione alle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (così come altre piattaforme ed i

¹⁰¹ In tal senso, cfr. S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p.164.

¹⁰² Considerando 81, Regolamento 679/2016/UE.

¹⁰³ Art. 32, cc. 1 e 3, Regolamento 679/2016/UE.

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 46, c. 2, Regolamento 679/2016/UE possono costituire «garanzie adeguate di cui al paragrafo 1 senza necessitare di autorizzazioni specifiche da parte di un'autorità di controllo», tra l'altro, l'adesione ad «un codice di condotta approvato a norma dell'articolo 40, unitamente all'impegno vincolante ed esecutivo da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento nel paese terzo ad applicare le garanzie adeguate, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati».

service providers, nonché le autorità competenti, le parti interessate e le organizzazioni della società civile), a partecipare all'elaborazione di codici di condotta «qualora emerga un rischio sistemico significativo», intendendosi per tale, ai sensi dell'art. 34, c. 1, la diffusione di contenuti illegali *online*, il prodursi di effetti negativi, attuali o prevedibili, sui diritti fondamentali, sul dibattito civico, i processi elettorali, la sicurezza pubblica, la violenza di genere, la protezione della salute pubblica e dei minori, il benessere fisico e mentale della persona.

Trattasi di ambiti che, con ogni evidenza, rivestono tradizionale rilevanza pubblicistica¹⁰⁵ e rispetto ai quali il codice di condotta gode di margini di manovra alquanto flessibili, viste le clausole generali con cui il DSA suggerisce i criteri per l'attenuazione dei rischi sistemici (art. 35, c. 1). A tal riguardo, rinvia infatti, genericamente, a «misure... ragionevoli, proporzionate ed efficaci», tra cui, quelle di «adeguamento dei sistemi di moderazione dei contenuti o di raccomandazione», di «adeguamento della progettazione, delle caratteristiche o del funzionamento dei loro servizi», di «rafforzamento dei processi interni... per quanto riguarda il rilevamento dei rischi sistemici». Tuttavia, i criteri sulla base di quali "l'adeguamento" possa considerarsi ragionevole, proporzionato ed efficace non trovano ulteriore specificazione¹⁰⁶. Non solo. L'adesione e il rispetto dei codici di condotta da parte di piattaforme o motori di ricerca di dimensione molto grandi può essere considerato misura adeguata di attenuazione dei rischi¹⁰⁷. Già questo basta per capire, anche in questo caso, la labilità

¹⁰⁵ Osserva come non sia scontato che il DSA possa risolvere tutti i nodi al centro del dibattito, «come quello sulla natura para-pubblicistica di alcune piattaforme e della qualificazione di Internet come *public forum*», M. BASSINI, *L'unione europea al grande passo: verso una regolamentazione di mercati e servizi digitali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 227.

¹⁰⁶ Come osservato da G. DE MINICO, *Fundamental rights, european digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws*, n. 1/2021, pp. 20-21, «Since these acts refer to the co-regulation model, it is appropriate to verify whether a co-regulation's regime actually occurs, characterized by a hierarchical distribution of the normative power between public and private sources. Otherwise, something else is taking place, which carries only the name of co-regulation. In this respect, the three above mentioned acts present an old vice affecting the European legislation namely not taking a well-defined and courageous position. In fact, the DSA... provided that, in principle, private codes of conduct would be ancillary to the European regulation in progress. This would imply, if translated into the typical language of the sources of law, that the codes of conduct are only lawful when they are *secundum legem* (where "legem" means the European regulation); while the codes *prater legem* should be considered unlawful. However, the *de facto* situation is far from implementing this model. The DSA and the Resolution refrain from laying down the basic rules to which the private soft law has to conform. In other terms, the constituent elements of an illegal conduct are not established by the EU norms, as the latter merely deal with the distribution of competences. They say who is entitled to issue the rules, but not how these rules should regulate the relevant conducts between people. EU norms do not have a directly prescriptive effect on the *inter partes* relations, because this task is delegated to the private self-regulation». In merito, parla di «inediti compiti paranormativi» assunti dalle *Big Tech* attraverso i codici di condotta, M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 107.

¹⁰⁷ Cfr. il considerando 104.

del vincolo giuridico e – per converso – il raggio d’azione del codice di condotta, in materie che, in quanto portatrici di rischi sistemici significativi per libertà e diritti fondamentali, sono di sostanziale rilievo costituzionale¹⁰⁸. Di più. Al di là dei rischi sistemici, ai codici di condotta è rimessa tutta una serie interventi a tutela di particolari vulnerabilità, tra cui, la garanzia dell’accessibilità ai siti *online* nei confronti delle persone con disabilità, assicurando che «le informazioni siano presentate in modo percepibile, utilizzabile, comprensibile e solido»¹⁰⁹, nonché l’adozione di «misure atte a proteggere i minori dai contenuti che potrebbero nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale»¹¹⁰. Inoltre, con riguardo ai codici di condotta sulla pubblicità *online*, è loro rimesso il compito di «sostenere e integrare gli obblighi di trasparenza relativi alla pubblicità», incluse «misure volte a garantire che le informazioni significative sulla monetizzazione dei dati siano adeguatamente condivise lungo tutta la catena del valore»¹¹¹. Tutto ciò rende contezza dell’ampio raggio di manovra lasciato al “rule-making” delle piattaforme¹¹², e per converso, dell’affievolimento delle garanzie di ordine pubblicistico per i diritti e le libertà fondamentali, che si limitano a “laschi” parametri di “adeguatezza”.

¹⁰⁸ Che i codici di condotta insistano su “materia costituzionale” è del resto intrinseco nella natura dei soggetti regolati, ossia le piattaforme digitali che, come plurime volte sottolineato in dottrina, sono diventate veri e propri poteri privati, nonché dalla tipologia delle attività dalle stesse svolte che, nella sostanza, ne fanno dei veri e propri gestori di “spazi pubblici”: cfr. *ex plurimis*, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, pp. 196-197: «Sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l’esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull’originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese in questione sono riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento. Rimane il fatto che dal punto di vista dell’ordinamento generale, e del diritto costituzionale in particolare, i *social media* – quando non vengano usati per comunicazioni riservate – possono tendenzialmente equipararsi o ad un *public forum*, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un *massmedium*, che attribuisce all’esercente il potere di selezionare, nell’esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione. Nessuno dei due regimi è però, almeno per il momento, giuridicamente viabile, perché le piattaforme vogliono esercitare ed esercitano poteri di controllo sui messaggi (secondo le proprie regole, e talvolta anche in base ad un’impropria delega dei poteri pubblici), ma non vogliono e non possono essere equiparate ad editori, in quanto le norme statunitensi ed europee (sia pure in termini diversi) escludono espressamente la loro responsabilità per i messaggi illeciti diffusi». Rileva quindi «l’intento politico della Commissione di utilizzare il *Digital Services Act* come strumento giuridico al fine di ridurre gli spazi di potere privato e l’impatto di determinazioni private sui valori democratici europei», O. POLLICINO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in <https://www.medialaws.eu/verso-il-digital-services-act-problemi-e-prospettive-presentazione-del-simposio/>.

¹⁰⁹ Cfr. il considerando 105.

¹¹⁰ Cfr. il considerando 89.

¹¹¹ Cfr. il considerando 107.

¹¹² R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, pp. 1390-1391.

3.3. Le norme armonizzate nell’AIA

È noto che il tema dell’intelligenza artificiale occupa un terreno alquanto scivoloso dal punto di vista etico, nonché dei principi e diritti fondamentali. Lo dimostrano le iniziative europee che si sono succedute negli ultimi anni, convergendo tutte sulla «necessità di assicurare che il progresso tecnologico si svolga in armonia con le esigenze di tutela individuali e collettive, nel rispetto di una dimensione antropocentrica»¹¹³. Con questa dichiarata “necessità” sembra però stridere l’approccio «multi-stakeholder» volto al coinvolgimento, nell’elaborazione regolatoria, attraverso forme di auto-regolamentazione e co-regolamentazione, «dei diversi soggetti che rivestono un ruolo cruciale nel funzionamento della tecnologia»¹¹⁴. Ciò che ben si presta per contenuti di natura tecnica, ma meno per quelli che presuppongono fondamentali «scelte di policy»¹¹⁵, com’è il caso dell’intelligenza artificiale.

La proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale mutua questo approccio¹¹⁶, pur dimostrandosi ben consapevole dell’esigenza di proteggere diritti e libertà fondamentali sia individuali che collettivi¹¹⁷, messi a

¹¹³ A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2019, p. 209, precisano altresì che: «Sottesa a larga parte dei documenti in parola è una generale preoccupazione affinché lo sviluppo dei moderni sistemi di intelligenza artificiale e delle tecnologie algoritmiche si svolga in armonia con la tutela dei diritti e delle libertà individuali. Vi è una diffusa percezione circa gli innumerevoli vantaggi che l’implementazione di queste tecnologie può recare entro una varietà di settori (dalla giustizia alla pubblica amministrazione, passando per l’esecuzione degli impegni contrattuali). Ad essa si accompagna la ferma consapevolezza in ordine alla necessità di conservare una funzionalizzazione dei loro utilizzi alla salvaguardia della dignità umana e dei diritti».

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ A. MONICA, *Regulating AI and the key-role of standard in the co-regulation of ICT: EU, Member States and private entities*, in *MediaLaws*, n. 3/2021, pp. 145 ss.

¹¹⁷ COM(2021) 206 final, par. 3.5: «L’utilizzo dell’IA con le sue caratteristiche specifiche (ad esempio opacità, complessità, dipendenza dai dati, comportamento autonomo) può incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea...: il diritto alla dignità umana (articolo 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8), alla non discriminazione (articolo 21) e alla parità tra donne e uomini (articolo 23). Essa mira a prevenire un effetto dissuasivo sui diritti alla libertà di espressione (articolo 11) e alla libertà di riunione (articolo 12), nonché ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa (articoli 47 e 48), così come il principio generale di buona amministrazione. La presente proposta inciderà inoltre positivamente, secondo quanto applicabile in determinati settori, sui diritti di una serie di gruppi speciali, quali i diritti dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31), un livello elevato di protezione dei consumatori (articolo 38), i diritti del minore (articolo 24) e l’inserimento delle persone con disabilità (articolo 26). Rilevante è anche il diritto a un livello elevato di tutela dell’ambiente e al miglioramento della sua qualità (articolo 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone». Per un approfondimento sui diritti fondamentali coinvolti dall’uso dei sistemi di IA, cfr. F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull’intelligenza Artificiale*; A. ADINOLFI, *L’intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo*

repentaglio da quelli che sono definiti sistemi ad alto rischio. Dall'art. 7 della proposta di regolamento si evince che tali sistemi (ad alto rischio) «presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali». In riferimento ad essi, l'art. 40 rinvia alle norme armonizzate¹¹⁸ disponendo la classica presunzione di conformità¹¹⁹. Ora, se queste norme fossero destinate ad integrare mere specifiche tecniche, le perplessità, dal punto di vista costituzionale, sarebbero senz'altro limitate. Ma così non è. E così non è, non solo per l'alta sensibilità dell'ambito sotteso all'uso delle nuove ed emergenti tecnologie¹²⁰, ma altresì per l'ampio margine di manovra lasciato agli organismi europei di normazione, come denunciato dalla dottrina: «Title III, Chapter 2 AIA contains an extensive list of essential requirements which must be observed before high-risk AI system is put on the market... all of these requirements are worded in a rather broad way. Instead of formulating the requirements for high-risk AI itself, the AIA defines only essential requirements, whereas the details are left to standards elaborated by the European Standardization Organisations (ESOs)... however... the standardization of AI systems is not a matter of purely technical decisions. Rather, a series of legal and ethical decisions must be made»¹²¹. Il che revoca ulteriormente in dubbio

dell'Unione, cit.; A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune note critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, cit.

¹¹⁸ Le norme o *standards* possono essere fissate in forma vincolante dal potere pubblico mediante strumenti del diritto pubblico, ma la loro elaborazione può essere lasciata "al mercato", in tal caso l'adesione agli *standards* è volontaria e produrrà semmai effetti in sede probatoria, sulla conformità ai requisiti legislativi di un prodotto, processo o servizio; od ancora, la loro elaborazione può essere espressamente richiesta da istituzioni pubbliche, com'è il caso per le norme armonizzate europee, secondo cui la Commissione fissa i requisiti previa consultazione delle organizzazioni europee di normazione e poi ne demanda l'elaborazione a quest'ultime. Se la Commissione ritiene la norma da queste consegnata conforme alla richiesta, procede alla sua pubblicazione sulla GUCE come norma armonizzata, suscettibile di produrre la presunzione di conformità (cfr. Art. 10, Regolamento (UE) n. 1025/2012. Per un approfondimento sulle tipologie, la natura e l'origine delle norme, si rinvia a C. SCOTT, *Standard-setting in Regulatory Regimes*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2020, pp. 104 ss. Per la differenza tra le norme sui prodotti e quelle sui servizi, implicanti valutazioni di natura più strettamente tecnico-scientifica le prime e coinvolgenti preferenze socio-culturali e quindi maggiormente politiche le seconde, cfr. B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of services and its impact on private law – Paradoxes of convergence*, cit., pp. 54-57.

¹¹⁹ Come del resto disposto dall'art. 10, c. 6, Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea.

¹²⁰ La stessa Commissione europea espressamente ammette che «more than ever», in un mondo di nuove ed emergenti tecnologie, «standards do not only have to deal with technical components, but also incorporate core UE democratic values and interests, as well as green and social principles»: COM(2022) 31 final – *An EU Strategy on Standardisation – Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, p. 4.

¹²¹ M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the*

il ruolo degli organismi europei di normazione¹²², uscendone, per converso, rafforzate le connesse perplessità alimentate dalla carenza di legittimazione¹²³, dalla limitata trasparenza e partecipazione¹²⁴, dalla limitata accessibilità¹²⁵, dal difetto di controllo giurisdizionale¹²⁶ e dall'illegittima delega di potere normativo¹²⁷.

Robotics and AI Law Society (RAILS), in *Multidisciplinary Scientific Journal*, n. 4/2021, p. 594. Analogamente, è stato rilevato da M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act—Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, n. 4/2021, p. 105, che «the Draft AI Act's value-laden nature might plant a constitutional bomb under the New Legislative Framework. Even 'technical' safety standards entail value-laden choices».

¹²² Sottolinea la necessità di trovare «nella attuale fase storica... nuovi equilibri tra la dimensione pubblica e quella privata», S. DENITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?*, in *federalismi.it*, n. 19/22, p. 82.

¹²³ L. SENDEN, *Towards a More Holistic Legitimacy Approach to Technical Standardisation in the EU*, in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 20 ss.

¹²⁴ Fa riferimento alla possibilità di applicare i principi di diritto amministrativo, in termini di trasparenza e partecipazione, all'elaborazione degli *standards*, M. ELIANTONIO, *Private Actors, Public Authorities and the Relevance of Public Law in the Process of European Standardisation*, in *European Public Law*, Vol. 24, n. 3/2018, p. 485.

¹²⁵ Le norme sono coperte da *copyright* e pertanto accessibili a pagamento. La Commissione europea ha tuttavia recentemente auspicato che gli ESOs possano rendere accessibili gratuitamente le norme, cfr. COM(2022) 31 final - *An EU Strategy on Standardisation – Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, p. 4.

¹²⁶ La sentenza Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, rende chiara la propria competenza in riferimento alle norme europee armonizzate nell'ambito del giudizio preliminare di interpretazione o validità, in quanto «sebbene l'elaborazione di tale norma armonizzata sia indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti da tale direttiva, realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione, e i suoi effetti giuridici sono soggetti alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei suoi riferimenti nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, serie C» (così recita il par. 43 della sentenza Elliott). Pertanto, la competenza interpretativa della Corte si estende ad atti di organi diversi da «istituzioni, organi o organismi dell'Unione» e che purtuttavia rivestono «la natura di misure di attuazione o applicazione di un atto di diritto dell'Unione», essendo altresì non dirimente «il fatto che un atto di diritto dell'Unione sia privo di effetti obbligatori», a fronte della produzione di effetti giuridici quali la presunzione di conformità (parr. 34, 35 e 40). Rimane invece controversa la possibilità di sottoporre gli *standards* ad azione diretta di annullamento, secondo l'art. 263 TFUE, che limita il ricorso ad atti prodotti da organi, organismi o agenzie dell'Unione, cfr. sul punto, anche il relazione all'oscillare delle posizioni della Corte, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *The Contradictory Approach of the CJEU to the Judicial Review of Standards: A Love-Hate Relationship?*, in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, cit., pp. 104-105.

¹²⁷ A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 197, ricorda come questa forma di delega sia stata variamente definite: «as hidden attribution of regulative power to private subjects, material delegation, *de facto* delegation, dissembled allocation of regulative responsibility».

Anche in questo caso, come nei precedenti due, i confini che delimitano l'ambito d'azione normativa degli organismi privati risulta quindi assai diluito: la proposta di regolamento sull'IA, in riferimento ai sistemi ad alto rischio, si riduce all'elencazione degli adempimenti di ordine procedurale da applicare nelle fasi del *risk assessment* e *risk management* ed a disporre "l'adeguatezza" e "l'appropriatezza" delle misure (cfr. articoli 9-15). Cadendo nuovamente nell'impiego di clausole generali (o concetti giuridici indeterminati), e consegnando, per conseguenza, alle successive determinazioni del regolatore privato il compito di sostanziale protezione dei diritti e libertà fondamentali.

4. Un legislatore in difficoltà?

Le menzionate ipotesi tradiscono senza dubbio la difficoltà del legislatore ad appropriarsi stabilmente di una materia, seguendo i classici canoni della tipicità e della certezza del diritto¹²⁸. Non è un caso che le previsioni normative citate (da quelle contenute nel GDPR, al DSA, al AIA), si attestino ad un livello di genericità di non poco conto, snodandosi attraverso previsioni che, senza voler toccare la controversa distinzione tra regole e principi¹²⁹, si sostanziano spesso in clausole generali per il cui tramite il diritto si riempie di quelle che autorevole dottrina ha definito «situazioni di vita» la cui concretizzazione è rimessa al «soggettivismo vitalistico»¹³⁰. Ora, in situazioni come quelle regolamentate dagli atti indicati, il soggettivismo vitalistico è riferibile alle organizzazioni di diritto privato cui è riconosciuto il margine d'azione che, prendendo forma attraverso codici di condotta o *standards*, è suscettibile di produrre effetti giuridici sia per coloro che intendendo aderirvi che per coloro che non vi aderiscono. Come a dire, il parametro scelto da alcuni, giunge a valere per molti e, soprattutto, non solo per i molti appartenenti al "settore", ma per le parti deboli, nella cui sfera giuridica la scelta è suscettibile di incidenza. Siamo di fronte ad uno spostamento dell'asse della riserva di legge/principio di legalità¹³¹? Un

¹²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio – Intervista su etica e diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 89 ss.

¹²⁹ Secondo la ricostruzione di L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 146 anche i principi (tra cui quello di uguaglianza ed i diritti fondamentali) sono regole e, nello specifico, sono regole tetico-deontiche, in quanto tali suscettibili di applicazione a fronte di loro violazioni. Mantiene la distinzione tra principi e regole G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149, fondandola – tra l'altro – sulla diversa intensità applicativa nel senso che «alle regole "si ubbidisce", e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che contengono» mentre «ai principi... "si aderisce" e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti». Per una distinzione, nel diritto internazionale, tra principi generali e regole, si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali – Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2010, pp. 153 ss.

¹³⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 8-9.

¹³¹ Sull'evoluzione del significato classico della riserva di legge, intesa come garanzia politico-democratica (nella dialettica Parlamento-Governo), come garanzia di legalità dell'atto applicativo

assottigliarsi del *Rule of Law* e dello Stato di diritto?¹³². Un sottrarsi del diritto alla «domanda di riconoscimento e integrazione dei deboli» a fronte della «istanza di chiusura identitaria dei forti»?¹³³

Per tenere la barra dritta, va innanzitutto senz'altro recuperata e valorizzata la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, non tanto nel senso kelseniano della eteronomia e autonomia nella produzione delle norme, quanto nel senso del «ruolo insostituibile di garanzia che... la sfera pubblica è chiamata a svolgere a tutela degli interessi generali, dei diritti fondamentali, delle stesse sfere private»¹³⁴. Tanto appurato e – oserei dire, tanto scontato – rimane da vedere come estendere tale garanzia al piano transnazionale, entro il quale si sta' giocando la partita. Siamo evidentemente di fronte a quella che la dottrina ha definito «responsabilità al bivio... non essendo gli Stati più in grado di assumere il loro ruolo di garanti del principio di responsabilità dinanzi... [a] molteplici rischi», trattandosi quindi di realizzare una «ri-articolazione di responsabilità pubbliche e private» che tengano conto della nuova distribuzione dei rispettivi poteri¹³⁵.

(amministrativo o giudiziario o espressione di altri organi ed enti dotati di autonomia), quindi come garanzia dell'uguaglianza formale, e garanzia dei diritti e delle libertà; così come sulla crisi della tradizionale portata della riserva di legge che «si riconnette strettamente con la perdita di ruolo politico e decisionale del Parlamento, cui ormai sempre più sono sottratte le scelte veramente decisive della nostra società. Basti pensare alle decisioni prese in sede internazionale e soprattutto comunitaria che poi finiscono coll'imporre immediatamente o per il tramite di atti governativi nell'ordinamento interno; ovvero alle decisioni delle autorità amministrative preposte al governo dell'economia (Ministero del tesoro, Banca d'Italia, Commissione nazionale per le società e la borsa; ecc.) capaci di determinare, con provvedimenti completamente svincolati da indicazioni legislative, spostamenti d'interessi economici di grandissimo rilievo»: R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di Legge (voce)*, vol. XL, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, pp. 1207 ss. In merito allo spostamento dalla legalità alla «interlegalità», a sua volta riferita al diritto più che alla legge formale, cfr. E. CHITI, A. MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Bologna, 2022, p. 19, «al diritto ancora chiuso nei sistemi statali si affianca e si mescola un diritto aperto ed esposto, sfornito di un "proprio" pubblico, dotato solo di una platea di variabili destinatari, e che governa secondo imperativi di funzionamento interi settori... Gli Stati hanno un ruolo importante non solo nell'implementare le discipline comuni regionali o globali ma anche nel provvedere ragioni sostanziali per limitare le ingerenze ingiustificabili e arbitrarie. Ed è questo che traduce i termini descrittivi della legalità in quelli di una inevitabile interlegalità».

¹³² Per una ricostruzione del *rule of law* e del rapporto con lo Stato di diritto, cfr. G. COGLIANDRO, *Rule of Law – La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano, 2012, pp. 105 ss.

¹³³ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio – Intervista su etica e diritto*, cit., p. 106.

¹³⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Bari-Roma, 2007, p. 803.

¹³⁵ A. SUPLOT, *La sovranità del limite – Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Milano-Udine, 2020, pp. 123-124. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., p. 34, si è espresso in questi termini «Al diritto «macchina dell'obbedienza» oggi si affianca sempre più di frequente il diritto «regola di conformazione». Questo diritto non richiede obbedienza. Esso organizza i modi dell'osservanza in maniera diversa, spingendo i destinatari a conformarsi oppure creando sistemi di convenienze che inducono al consenso con le prescrizioni delle norme. Si pensi a tutta la discussione sulle norme vincolanti e al soft law. Si aggiunga che le classi politiche, per esigenze varie, in larga misura dettate dallo sviluppo delle istituzioni

E, in effetti, l'Unione Europea ha elaborato uno strumentario lungo il cui asse ha inteso ri-articolare la responsabilità tra pubblico e privato, “calcolando” e mettendo a frutto il rischio di “cattura del regolatore” pubblico da parte di poteri privati dominanti. È così che l'andamento della ri-articolazione di responsabilità si traduce nel tentativo di porre il “regolatore” privato al servizio di finalità pubblicistiche, mediante una serie di “presidi”. In questi termini l'UE, nel prendere atto della effettività della pratica della regolamentazione privata¹³⁶, tanto più in settori complessi come quelli delle nuove tecnologie, cerca di “sfruttarne” il rendimento, sforzandosi di non declinare verso una passiva ricezione dei “dettami” del privato. E ciò fa attraverso alcune “salvaguardie”, di ordine pubblicistico, che ora si passano in rassegna.

4.1. L'intensità dei “presidi” pubblicistici nella co-regolamentazione

La “gittata” delle salvaguardie di ordine pubblicistico a fronte del rinvio a codici di condotta e norme armonizzate sembra stia seguendo un percorso incrementale, prendendo le mosse dal GDPR, passando attraverso il DSA per giungere all'AIA. E questo percorso incrementale sembra porsi in rapporto proporzionale alla presa di coscienza del legislatore europeo dei “nuovi” rischi cui le tecnologie espongono diritti e libertà fondamentali.

Nello specifico, il codice di condotta cui rinvia il GDPR segna un piccolo passo in tale direzione. Se le previsioni della Direttiva 46/95 (art. 27) disponevano la *possibilità* di sottoporre i codici di condotta elaborati dalle associazioni rappresentative dei responsabili all'approvazione dell'autorità di controllo o del Gruppo *ex art.* 29, l'art. 40 del GDPR dispone che gli organismi rappresentativi delle categorie dei titolari o responsabili che intendano elaborare (o modificare o prorogare) il codice di condotta *lo sottopongano* all'autorità di controllo o al comitato europeo, aggiungendo altresì – per i codici che riguardano trattamenti in vari Stati – che la Commissione europea possa attribuire validità generale mediante atti di esecuzione (adottati secondo la procedura in comitologia *ex art.* 93, c. 2). Si rafforza quindi, per il tramite del rinvio al meccanismo di coerenza di cui all'art. 63, il collegamento reticolare tra le autorità di controllo, attraverso l'istituzionalizzazione della loro collaborazione in sede di comitato europeo per la protezione dei dati¹³⁷, a cui le autorità nazionali

democratiche, mirano sempre più a ordinare i poteri pubblici nazionali come *enabling States*, fondati sulla collaborazione con i cittadini, con mutui diritti e responsabilità».

¹³⁶ Sul punto della effettività di queste forme di regolazione privata, cfr. A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology*, cit., pp. 172 ss.

¹³⁷ Per il rafforzamento del ruolo del Comitato europeo per la protezione dei dati, rispetto al precedente ruolo del Gruppo *ex Art.* 29 di cui alla Direttiva 46/95/CE, cfr. N. MARSCH, *Networks of*

sono tenute a sottoporre il codice di condotta nell'ipotesi in cui il trattamento abbia luogo in diversi Stati, ed al cui parere sono vincolate¹³⁸. Tuttavia, il GDPR lascia aperta la possibilità che la vigilanza sul rispetto dei codici di condotta possa essere devoluta ad organismi privati accreditati dall'autorità di controllo in base a requisiti di competenza ed indipendenza¹³⁹.

Il *Digital Service Act* fa un passo oltre. All'art. 45, c. 2, statuisce che, a fronte di rischi sistemici significativi¹⁴⁰ che interessano diverse piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, la Commissione possa invitare sia le piattaforme che i service providers che le pertinenti autorità competenti, nonché le organizzazioni della società civile e le altre parti interessate a partecipare all'elaborazione dei codici di condotta. Non solo è ampliata la sfera dei soggetti destinatari dell'invito (inclusendo le associazioni rappresentative dei beneficiari della regolamentazione), ma – in ogni caso – la Commissione assume un ruolo maggiormente pro-attivo rispetto a quello previsto dal GDPR: sia attraverso il riferimento all'espreso "invito" anziché al mero "incoraggiamento" rivolto agli operatori di settore per l'elaborazione del codice, sia perché si dice che le piattaforme "partecipano" all'elaborazione, laddove invece il GDPR prevede che le associazioni rappresentative dei titolari e responsabili del trattamento "elaborano" il codice. Non solo. L'art. 45, c. 3, implementa ulteriormente il ruolo di garanzia di Commissione e comitato europeo per i servizi digitali¹⁴¹ nell'assicurare determinati contenuti al codice, tra cui la chiara definizione degli obiettivi e dei relativi indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicators* - KPI)¹⁴². Coerentemente, l'art. 45, c. 4, intesta sempre a Commissione e

Supervisory Bodies for Information Management in the European Administrative Union, in *European Public Law*, Vol. 20, n. 1, 2014, p. 138

¹³⁸ Cfr. il combinato disposto degli artt. 64, c. 1, lett. b) e 65, c. 1, lett. c), Regolamento 679/2016/UE.

¹³⁹ Art. 41, Regolamento 679/2016/UE:

¹⁴⁰ Ai sensi dell'art. 34, c. 1, DSA sono rischi sistemici quelli riconducibili al funzionamento ed uso dei servizi delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi con particolare riguardo a quelli relativi a: a) la diffusione di contenuti illegali; b) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta; c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica; d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona.

¹⁴¹ Trattasi del Comitato europeo per i servizi digitali istituito dall'art. 61 del DSA quale gruppo indipendente composto dai coordinatori dei servizi digitali per la vigilanza sui prestatori di tali servizi.

¹⁴² In merito il comma 3 dell'art. 45 del DSA dispone che «la Commissione e il comitato mirano a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i relativi obiettivi, contengano indicatori

comitato il potere di valutare e monitorare il raggiungimento degli obiettivi fissati nel Codice, misurandoli alla stregua dei KPI, invitando i firmatari del codice ad adottare le misure necessarie per l'ipotesi di inottemperanza sistematica. Analoghi meccanismi di partecipazione "rinforzata" sono previsti dal DSA anche per il codice di condotta per la pubblicità *online*, rispetto al quale la Commissione può «invitare l'Agenzia per i diritti fondamentali o il garante europeo della protezione dei dati a esprimere i loro pareri sul rispettivo codice di condotta»¹⁴³ e si adopera per garantire «che i codici di condotta perseguano un'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte», assicurandosi inoltre che abbiano determinati contenuti volti a garantire la trasparenza rispetto a determinate informazioni¹⁴⁴.

Va altresì rammentato, ad ulteriore supporto della natura rinforzata dell'invito che la Commissione rivolge alle piattaforme a partecipare alla elaborazione di un codice di condotta, che, secondo quanto previsto dal considerando 104, il rifiuto di adesione all'invito a partecipare all'elaborazione dei codici, senza adeguata motivazione, può deporre nella direzione di una violazione degli obblighi contemplati dal DSA. Sempre poi nell'ottica di un intervento rinforzato nell'elaborazione dei codici di condotta, è stabilito che «il comitato dovrebbe contribuire al conseguimento di una prospettiva comune dell'Unione riguardo all'applicazione coerente del... regolamento» anche attraverso la «redazione dei pertinenti modelli e codici di condotta»¹⁴⁵.

La proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AIA), a sua volta, supporta ulteriormente le esigenze di "presidio pubblicistico". Nel richiamare le norme armonizzate per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio (Art. 40), suscettibili di produrre la presunzione di conformità ai requisiti essenziali

chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, compresi i cittadini, a livello di Unione». Sull'importanza dei *Key Performance Indicators*, quale «elemento cruciale» nella co-regolamentazione «perché nessun codice di condotta può essere preso sul serio se non ha criteri seri e rigorosi per verificare se e come gli impegni assunti dai firmatari vengono poi tradotti in azioni concrete», cfr. O. POLLICINO, *Il nuovo Codice europeo contro la disinformazione*, in *lavoce.info*, 8 settembre 2022, p. 2.

¹⁴³ Cfr. il considerando 107, DSA.

¹⁴⁴ Articolo 46, c. 2, DSA: «La Commissione mira a garantire che i codici di condotta perseguano un'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, nonché un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità online, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione della vita privata e dei dati personali. La Commissione mira ad assicurare che i codici di condotta abbiano ad oggetto almeno: a) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai destinatari del servizio per quanto riguarda le prescrizioni di cui all'articolo 26, paragrafo 1, lettere b), c) e d); b) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai registri a norma dell'articolo 39; c) informazioni significative sulla monetizzazione dei dati».

¹⁴⁵ Cfr. il considerando 132.

di cui al capo II del regolamento stesso, stabilisce tuttavia – all’art. 41 – che laddove insufficienti «o... vi sia la necessità di rispondere a specifiche preoccupazioni in materia di sicurezza o di diritti fondamentali», la Commissione può intervenire mediante atti di esecuzione stabilendo essa stessa le specifiche comuni attuative dei requisiti di cui al capo II del regolamento.

In questi termini, sembra che il potere pubblico europeo, attraverso l’intervento della Commissione e di organismi indipendenti (il comitato europeo per la protezione dei dati ed il comitato per i servizi digitali) che istituzionalizzano il raccordo tra organi nazionali di controllo (in materia di protezione dei dati o di servizi digitali), cerchi di potenziare il proprio monitoraggio sulla sfera delle scelte regolamentari che le clausole generali contenute nella legislazione consegnano ai privati. Dal parere sulla conformità ed approvazione del codice previsti dal GDPR, al ruolo maggiormente attivo e di stretto monitoraggio, attraverso specifici indicatori, implementato dal DSA, per giungere alla possibilità di un intervento diretto della Commissione in luogo del deferimento a norme armonizzate laddove siano in questione diritti fondamentali: questi i termini del crescendo di salvaguardie di ordine pubblicistico volto – per converso – a tradursi in un restringimento dell’ambito di manovra dell’autonomia privata.

L’UE non rinuncia quindi alla collaborazione con il privato, per ragioni essenzialmente legate alla competenza/conoscenza del settore da regolare nonché per connesse ragioni di effettività della normativa, tanto più rilevanti in ambiti complessi come le nuove tecnologie. Intende tuttavia ritagliarsi un ruolo di garanzia preventiva, a tutela dell’interesse pubblico, in particolare laddove i rischi non siano più unicamente “individuali”, riferiti all’interessato portatore dei dati personali (secondo la prospettiva del GDPR), bensì collettivi, qualificati ora “rischi sistemici significativi” sui diritti, sulla democrazia e sulla sicurezza prodotti da piattaforme o motori di ricerca di dimensioni molto grandi (per come disposto dall’art. 34, c. 1, DSA), ora “alti rischi” di danno per la salute, la sicurezza, o i diritti fondamentali derivanti da sistemi di intelligenza artificiale (art. 7, c. 1, AIA).

Questa la via scelta dall’UE per «regolare i nuovi regolatori»¹⁴⁶, per recuperare il *Rule of Law* mediante la ricostruzione del «pubblico attraverso il diritto»¹⁴⁷, indirizzando, coordinando e monitorando il potere privato secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà, ragionevolezza e *accountability*, tipici della dimensione pubblicistica¹⁴⁸, applicandoli – in questi casi – ai rapporti di “collaborazione normativa” pubblico/privato.

¹⁴⁶ Mutuando l’espressione da L. AMMANNATI, *I ‘signori’ nell’era dell’algoritmo*, in *Diritto Pubblico*, No. 2/2021, par. 3.

¹⁴⁷ In questi termini, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? – Il Rule of Law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, p. 195.

¹⁴⁸ S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, cit., pp. 42 ss.

4.2. La “proceduralizzazione” delle garanzie sottese alla riserva di legge

L'intervento ora descritto del potere pubblico (par. 4.1) si pone quindi in termini di presidio procedurale dello spazio di discrezionalità lasciato ai codici di condotta (come fatto, in termini più labili dal GDPR e, in termini rinforzati, dal DSA). In tal senso si presta ad essere concepito quale ulteriore implementazione della dottrina del *digital constitutionalism*¹⁴⁹, che trova nelle garanzie procedurali¹⁵⁰ il baluardo contro “abusi di potere” da parte di poteri privati e che, nel caso della co-regolamentazione, verrebbero declinate sotto forma di “sorveglianza” della Commissione e delle autorità di controllo sia *ex ante* che *ex post* rispetto all'adozione dei codici.

Ora, pare legittimo chiedersi se garanzie così congegnate soddisfino le esigenze costituzionali di tutela dei diritti fondamentali. In merito, se è difficile traslare al piano sovranazionale gli aspetti formali della riserva di legge¹⁵¹, è tuttavia possibile traslarne la *ratio* sostanziale, in termini di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁵². Nello specifico, per quanto la materia regolata sia complessa ed in continua evoluzione e per quanto la co-regolamentazione sia presidiata dalla sorveglianza *ex ante* ed *ex post* di autorità pubbliche (Commissione, autorità di controllo), ciò non può tuttavia declinare lungo l'esclusivo crinale di salvaguardie procedurali. Queste integrano senz'altro una condizione di garanzia essenziale, ma non sufficiente. Le procedure necessitano di essere ancorate a monte ad un *bedrock* di criteri normativi adeguatamente definiti, tanto più laddove, come nei casi in questione, siano coinvolti rischi “elevati” per diritti e libertà fondamentali. Un preliminare “*safe harbour*”, quindi, che non può che risolversi nello sforzo del legislatore di dare maggiore consistenza a quelle che altrimenti rimangono mere clausole generali che consegnano al successivo e “casistico” contatto “negoziale” tra pubblico e privato la sostanza di veri e propri bilanciamenti tra istanze confliggenti di stampo costituzionale.

¹⁴⁹ O. POLLICINO, *L'impatto dell'IA sul diritto e sui diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, p. 492; E. CELESTE, G. DE GREGORIO, *Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR*, in *Global Privacy Law Review*, Vol. 3, n. 1/2022, p. 16.

¹⁵⁰ In modo del resto analogo a quanto avviene anche nei confronti delle autorità indipendenti, quando la fonte di legittimazione viene rinvenuta in adempimenti e controlli di ordine procedimentale, cfr. M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, cit..

¹⁵¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 187 ss.

¹⁵² R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, pp. 256 ss.

Ciò che si vuol dire è che in ragione della latitudine dei diritti e delle libertà coinvolti (non a caso le fonti europee discorrono di “rischio sistemico” – DSA – e di “alto rischio” – AIA –), uno sforzo di prioritaria definizione, nella normativa di origine pubblicistica (i.e. regolamenti dell’Unione Europea), dei criteri volti a calibrare con maggiore precisione l’intensità della tutela dei diritti fondamentali coinvolti, dovrebbe imporsi. Andrebbero quindi recuperati, a livello di Unione Europea, sia l’accordo inter-istituzionale sul legiferare meglio del 2003 che escludeva dalla co-regolamentazione ipotesi in cui fossero coinvolti diritti fondamentali o scelte politiche rilevanti, che l’originaria portata della giurisprudenza della Corte di Giustizia laddove, con le sentenze *Meroni* ed *Elliott*, intendeva tracciare limiti ben precisi ai poteri delegati ad organi e soggetti ulteriori rispetto alle istituzioni europee.

La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale sembra prendere contezza della problematica nello stabilire che nell’ipotesi in cui sussistano preoccupazioni per la sicurezza o i diritti fondamentali, la Commissione possa regolamentare i requisiti dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, togliendo – conseguentemente – spazio agli organismi europei di normazione. Tuttavia, la relativa valutazione in merito alla sussistenza di tali «specifiche preoccupazioni» è rimessa alla valutazione discrezionale della Commissione medesima: forse anche qui, qualche criterio maggiormente definito, essendo in gioco interessi fondamentali, poteva essere stabilito a monte, nella legislazione. Che poi ed in ogni caso possa eccepirsi che la Commissione, così come le autorità di controllo, non soddisfano i tradizionali canoni della legittimazione democratica è altra e ben nota questione, nella quale non si vuole ora entrare, avendo lo scritto altra finalità. Nello specifico, ciò che, ai nostri limitati fini, rileva è evidenziare che, a fronte della deriva “privatistica” nella regolamentazione, le istituzioni pubbliche stanno – forse – provando a “mettersi in marcia per... riacciuffare il corso della storia”¹⁵³.

Si tratta in definitiva di recuperare il «dominio del diritto»¹⁵⁴, tanto più laddove – come nei casi trattati – siano in gioco diritti fondamentali. Il dominio, quindi, di un diritto che nonostante l’ipertrofico presente¹⁵⁵, sia suscettibile di “applicazione”¹⁵⁶ anziché limitato ad evanescenti clausole generali. Evitando quindi di aprire il campo a bilanciamenti rimessi alla “negoiazione” *ex post*

¹⁵³ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 40.

¹⁵⁴ N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 20. Analogamente, come osservato da M. FIORAVANTI, *Fine o Metamorfosi?*, cit., p. 62, si assiste al «disporsi degli interessi economici su una scala di fatto non raggiungibile con gli strumenti del diritto e della politica, laddove non c’è più un diritto da costruire, ma soltanto una tecnica da esplicitare. Il diritto ha a lungo combattuto con l’arbitrio politico. Fino a quando esisterà, continuerà questa battaglia. Ma oggi il suo avversario principale non è più quello. Risiede piuttosto nella forza planetaria della tecnica e dell’economia».

¹⁵⁵ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente – Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., p. 8.

¹⁵⁶ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 146

con i poteri privati, ed evitando, per conseguenza, di lasciare sforniti di un minimo di prioritarie certezze giuridiche i soggetti sui quali i menzionati “elevati” rischi ricadono.