

CONSIDERAZIONI DI SINTESI SUL RUOLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI NELLA REGOLAZIONE DELLE DECISIONI ALGORITMICHE*

GIOVANNI TARLI BARBIERI**

Sommario

1. Le ragioni di un Seminario tra presente e futuro. – 2. Le sfide del presente. – 3. Quale regolazione delle decisioni algoritmiche (nell’ottica delle autorità indipendenti)?

Abstract

Overview of the role of the independent administrative authorities in the regulation of algorithmic decisions

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione delle considerazioni di sintesi tenute al *webinar* “Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche” svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Firenze, nell’ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Firenze.
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

1. Le ragioni di un Seminario tra presente e futuro

Il seminario odierno offre un'occasione preziosa per riflettere su tematiche tanto rilevanti già nel momento presente (e ancora di più negli anni a venire) quanto ancora relativamente poco esplorate a livello dottrinale. L'indubbia qualità delle relazioni presentate e degli interventi dei *discussant* ha fatto emergere numerosi temi ma anche non pochi nodi problematici posti dalla regolazione delle decisioni algoritmiche nell'ottica dei poteri normativi delle autorità indipendenti.

In premessa, è già stato ricordato che questa nostra giornata si inserisce all'interno di un progetto di ricerca PRIN di cui Andrea Simoncini è il *principal investigator*¹: intendo esprimergli un ringraziamento perché, soprattutto grazie al suo impegno, il tema dell'intelligenza artificiale è divenuto centrale nelle attività di ricerca dei colleghi fiorentini, senza disperdere lo spirito e il metodo che da anni contraddistingue l'"Osservatorio sulle fonti", che privilegia uno studio della produzione normativa attento alle prassi e alle dinamiche reali delle fonti, delle trasformazioni in corso, del trattamento giuridico ad esse riservato dagli organi giurisdizionali e amministrativi, in non pochi casi avventurandosi anche in terreni in tutto o in parte incogniti.

Il punto merita di essere sottolineato anche perché l'"Osservatorio sulle fonti" compie quest'anno i suoi primi venticinque anni (il primo volume fu infatti pubblicato da Giappichelli nel 1996). Nella *Premessa* a tale primo volume Ugo De Siervo evidenziava il «moltiplicarsi» di nuovi tipi di fonti, creati dal legislatore o anche prodotti dalla prassi in materia e, tra queste, i «molteplici poteri normativi delle diverse autorità amministrative indipendenti»². Ricordo poi che il volume 2003-2004 fu dedicato interamente ai poteri normativi di queste ultime³: una comparazione tra i contributi pubblicati allora e le

¹ Si tratta del Progetto Prin 2017 Testo inglese *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law (SE.CO.R.E TECH) – L'impatto delle nuove tecnologie sui processi di auto- e co-regolazione: verso uno Stato di diritto tecnologico*.

² U. DE SIERVO, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, VII.

³ Sui poteri normativi delle Autorità indipendenti cfr. almeno S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Ets, Pisa, 1996; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, 148 ss.; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, agg. 2001; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002; G. GRASSO, *Le autorità amministrative della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 499 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2012; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*,

relazioni presentate nel presente Seminario contribuisce a misurare la distanza tra le problematiche del periodo attuale e quelle già allora chiaramente emerse⁴. Nell'introduzione Paolo Caretti individuava tre aspetti, considerati altrettanti spunti per ulteriori approfondimenti e una traccia utile per immaginare i futuri svolgimenti del modello di Autorità indipendente, ovvero:

a) il consistente sviluppo dei poteri normativi sostanziali delle Autorità, per cui anche quelle che sono formalmente titolari di soli poteri provvedimentali adottano nella prassi atti di tipo diverso, riconducibili all'area della normazione; si è parlato, in generale, di "fonti di fatto" "in quanto hanno la capacità di imporsi nell'ordinamento, perché promanano da soggetti quali, appunto, le Autorità amministrative indipendenti che, per la sola loro autorevolezza, possono incidere, tramite essi, sui propri settori di competenza⁵. In alcuni casi, si tratta di atti che sono ricondotti all'area della c.d. *soft law* che pongono, come è noto, rilevanti problemi teorici, «ancora più gravi quando il potere normativo atipico perde contatto con la legge istitutiva o attributiva dei poteri alla stessa autorità e il diritto così prodotto si estende oltre la cerchia dei soggetti (effetti *erga omnes*) che hanno partecipato alla redazione di tali atti e ai quali le norme si riferiscono»⁶;

b) la natura dei poteri normativi formali attribuiti alle Autorità, frequentemente riconducibili ad atti che, al di là delle atipicità procedurali, non sono meramente esecutivi o attuativi di disposizioni legislative «che spesso lasciano margini di discrezionalità così ampi all'Autorità, da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco»⁷. Non a caso, la dottrina si è divisa sul fondamento ultimo dei poteri normativi delle Autorità, che secondo alcuni si rinverrebbe comunque nella legge (ancorché in generiche attribuzioni legislative)⁸, per altri

Giappichelli, Torino, 2018; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴ P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁵ F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice*, cit.

⁶ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 63 cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul punto.

⁷ P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., XV. Si sono anzi avvicinati i rapporti tra leggi e regolamenti delle Autorità indipendenti a quelli esistenti tra atti normativi (o di indirizzo) e provvedimenti giurisdizionali, con la differenza che gli atti normativi delle Autorità indipendenti hanno efficacia *erga omnes* e non *inter partes*: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*. Seconda edizione, *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 600.

⁸ Sul tema, M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 279 ss.

nei compiti di regolazione attribuiti alle stesse⁹, o, ma il punto è evidentemente controverso, sull'art. 117, comma 6, Cost.¹⁰, ovvero ancora sul riconoscimento di poteri impliciti delle stesse Autorità¹¹: da queste diverse ricostruzioni derivano altresì diverse qualificazioni degli atti normativi in questione, per alcuni assimilabili a regolamenti “quasi indipendenti”¹² o “per obiettivi”¹³ ovvero ancora a quelli di delegificazione (secondo un modello diverso rispetto a quello dell'art. 17 della legge n. 400/1988)¹⁴;

c) la messa in atto, anche laddove non formalmente imposte, di procedure partecipate per l'adozione degli atti normativi delle Autorità «con conseguenze rilevanti non solo sulla ponderazione dei diversi interessi in gioco, ma anche sul versante del controllo sulla correttezza dell'esercizio del relativo potere di regolazione dei medesimi»¹⁵.

In questo senso, la Corte costituzionale e il Consiglio di Stato si sono riferiti, in forme diverse, a una legalità procedurale che legittimerebbe i poteri in esame¹⁶. In particolare, nella sent. n. 69/2017 della Corte costituzionale si legge che «poiché la *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. è contenere la discrezionalità dell'amministrazione e prevenirne gli arbitrii “a garanzia della

⁹ Per tutti, R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, n. 1, disponibile all'indirizzo www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

¹⁰ Così, invece, G. GRASSO, *Le autorità amministrative della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 229 ss. Tale tesi presuppone evidentemente l'accoglimento della tesi (non scontata ma fatta propria a livello di prassi) che tale disposizione confermi il carattere di categoria aperta delle fonti secondarie: sul punto, V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 2009, n. 19.

¹¹ In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto, F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo istituzionale ed autarchia comunitaria*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 25; G. MORBIDELLI, *I poteri impliciti: recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2015, 223 ss.

¹² Così, S. FOÀ, *I regolamenti*, cit., 133; S. FREGO LUPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 2002, 140 ss.

¹³ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 116 ss.

¹⁴ Peraltro, come è stato giustamente affermato, negli atti normativi delle Autorità convivono frequentemente disposizioni che intrattengono un diverso rapporto con la legge: F. POLITI, *Regolamenti*, cit., 4. Sembra escluso, alla luce dei principi sulla produzione normativa quali si deducono in primo luogo dalla Costituzione, che gli atti normativi delle Autorità indipendenti siano assimilabili ad atti con forza di legge: sul punto, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi giallo»*, Il Mulino, Bologna, 2000, 31.

¹⁵ P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit.

¹⁶ Cfr. già Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2006, n. 216; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto, per tutti, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, 383; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Giappichelli, Torino, 2009, 140 ss.

libertà e proprietà individuale” (sentenza n. 70 del 1960), questa Corte ha altresì affermato che l’eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati “elementi o moduli procedimentali” (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) – specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) – o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996). / La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell’art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti» (cfr. anche sent. n. 41/2013)¹⁷. Da parte sua, il Consiglio di Stato ha affermato che «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell’attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all’assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull’assetto del mercato»¹⁸.

In questa sede non è possibile indagare i problemi posti dall’affermazione di una “legalità procedurale” surrogatoria (anche se, sembrerebbe di capire solo “in certa misura”) di quella sostanziale sul piano dei principi ordinatori della produzione normativa¹⁹ e, soprattutto, alla luce dei valori fondamentali del nostro ordinamento, a cominciare dal principio democratico²⁰.

¹⁷ *Considerato in diritto*, n. 7.2.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁹ Si è parlato di una incisione dei principi che sovrintendono al mantenimento dell’ordinamento giuridico come insieme di norme il più possibile ordinato, conoscibile, prevedibile, facilmente applicabile: E. GROSSO, *Riconoscimento di poteri normativi “di fatto” alle Autorità Amministrative Indipendenti*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 76-77.

²⁰ In particolare, occorre scongiurare il rischio che una legalità procedurale finisca per favorire o addirittura esaltare interessi “forti”. Non a caso, anche la dottrina favorevole a tale estensione del principio di legalità sottolinea che la partecipazione è «qualcosa di diverso dal limitato ingresso di interessi particolari quale normalmente avviene nel procedimento amministrativo, rappresentando

Efficacemente si è parlato di una “legittimazione dal basso” dei poteri normativi in questione, essenzialmente per almeno due motivi: perché l’attribuzione del potere è finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare e di conseguenza i regolamenti emanati debbono ricavare «le regole dall’oggetto da regolare»; perché, come accennato, la regolazione dello specifico segmento di mercato verso cui si rivolge la competenza del soggetto regolatore è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori economici che agiscono in quel segmento, in una prospettiva di osmosi tra pubblico e privato che è «dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni»²¹.

Da quanto si è detto, emerge comunque la «*irresistibile* attrazione nell’ambito dei poteri delle Autorità di funzioni di tipo normativo, quasi che queste ne costituissero in qualche modo un connotato necessario» e sul punto si è osservato che «se questo elemento dovesse essere confermato dalla prassi futura, probabilmente la denuncia della loro “atipicità” procedimentale e sostanziale, e il tentativo di ricondurle ai criteri ordinari che disciplinano i rapporti tra le diverse fonti normative potrebbero rivelarsi improduttivi, proprio perché non tengono nel dovuto conto l’“atipicità” complessiva del modello»²².

In ogni caso, anche l’“erompere”²³ dei poteri normativi delle autorità indipendenti ha contribuito e non poco a quella *débâcle* del potere regolamentare del Governo di cui ha parlato recentemente Beniamino Caravita²⁴.

piuttosto una discussione pubblica sull’opportunità dei adottare una determinata disciplina»: M. MANNETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 298.

²¹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 31 ss. (la citazione è a p. 32).

²² P. CARETTI, *Introduzione*, cit. In questo senso, è stato affermato che risulta difficile inquadrare i poteri normativi delle Autorità indipendenti nel sistema tradizionale delle fonti «poiché il rapporto che si stabilisce fra essi e la legge, oppure tra essi e le fonti secondarie può essere riportato con difficoltà ai rapporti fondati sulla gerarchia o sulla competenza, anche se certamente non è escluso che rapporti siffatti possano essere regolati da atti normativi di questo genere»: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 600.

²³ Per dirla con A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1997.

²⁴ B. CARAVITA, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *Federalismi*, rinvenibile all’indirizzo www.federalismi.it, numero speciale 2/2017, in particolare p. 3, secondo il quale «l’accerchiamento della potestà regolamentare statale avviene poi anche per vie laterali. Così come le autorità amministrative indipendenti – la cui autonomia è garantita a livello costituzionale interno, quando non anche a livello di diritto europeo (cfr. da ultimo, CGUE, sentenza 26 luglio 2017, causa C-560/15) – hanno eroso gli spazi tradizionalmente riservati alle amministrazioni pubbliche, altrettanto è successo – inevitabilmente – nel sistema delle fonti. Atti normativi o variamente paranormativi delle diverse autorità [...] – riducono, o addirittura nullificano gli spazi per l’esercizio – quanto meno per un esercizio ordinato – della potestà secondaria».

In generale si è escluso che i regolamenti delle autorità indipendenti possano dirsi subordinati ai regolamenti governativi: per tutti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 345.

2. Le sfide del presente

Rispetto a questi punti, ancora attuali, la contemporaneità pone sfide ulteriori alle Autorità indipendenti e all'esercizio in concreto dei loro poteri regolatori.

Infatti, l'imponente evoluzione tecnologica cui assistiamo, come giustamente notato, in particolare, da Elia Cremona, a cominciare dall'erompere, nell'ambiente digitale, dei nuovi poteri privati – le grandi piattaforme padrone degli algoritmi più intelligenti del mondo – «trasforma i mercati, rovescia paradigmi consolidati e impone all'ordinamento, talora di usare strumenti vecchi per fini nuovi, altre volte di concepire strumenti del tutto nuovi»²⁵, anche e soprattutto sul terreno dell'attività normativa.

Sul punto, mi sia consentito di ricordare che lo stesso Paolo Grossi, come è noto assai critico sull'assolutismo giuridico di uno Stato che pretende di produrre e monopolizzare il diritto, ha colto lucidamente il rischio che, nella «estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo», alla vecchia arroganza del potere politico si possa sostituire «l'arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio»: per cui, se questo «è il momento di rivincita della prassi nella percezione e invenzione di assetti giuridici novissimi, è questo anche il momento in cui percezioni e invenzioni [...] vanno ordinate in una intelaiatura di 'principii' dalla complessa valenza, che è insieme tecnico-giuridica, culturale, etica»²⁶.

Più in generale, gli sviluppi tecnologici, e, in questo ambito, le decisioni algoritmiche costituiscono un fenomeno che mette in crisi e costringe a rivedere categorie tradizionali, a partire dal concetto stesso di fonte del diritto e di produzione normativa, abbandonando pigrizie intellettuali che ripropongano stancamente schemi che necessitano ormai inevitabilmente di aggiornamenti, senza però cadere nella tentazione opposta di ritenere che le coordinate ordinarie fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate²⁷. In questo senso, non si possono non richiamare le connessioni tra assetto delle fonti e le fondamentali scelte in materia di forma di Stato e della forma di governo, vista, in particolare, la connessione tra i poteri delle Autorità

²⁵ Si veda, in questo senso, il contributo di CREMONA presente in questo *Speciale*, 881.

²⁶ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis* pronunciata il 24 ottobre 2005 nella Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, 55.

²⁷ Spunti in questo senso, ancora nel lavoro di CREMONA. Si è evidenziato criticamente sul punto che il problema dell'esercizio di fatto di poteri normativi da parte delle autorità indipendenti «non sembra affatto il mero frutto di sciattezza, disordine mentale, confusione o ignoranza [...] Sembra al contrario il risultato di una vera e propria messa in discussione (da taluni coerentemente perseguita e giustificata) di uno dei fondamentali principi con i quali lo Stato moderno ha inteso risolvere il problema della "unità del sistema giuridico, inteso come insieme ordinato di regole di diritto oggettivo"»: E. GROSSO, *Riconoscimento*, cit., 77.

indipendenti e i diritti fondamentali dei singoli ma anche dei gruppi²⁸ e quindi la rilevanza istituzionale degli stessi.

In questo senso, come è noto, assai densa di contenuti problematici è la stessa nozione di “regolazione”, la quale, comportando l’attribuzione alla singola Autorità di molteplici poteri, normativi, amministrativi, di risoluzione di conflitti, solo considerata nella sua “interezza” consente di essere apprezzata come funzione e come funzione complessa²⁹, che, come ricordato anche dal Consiglio di Stato nel pregevole parere del 2017 sullo schema di d.p.c.m. relativo alla “Disciplina sull’analisi dell’impatto della regolamentazione, la verifica dell’impatto della regolamentazione e la consultazione” «nel nostro ordinamento giuridico, si è andato progressivamente connotando nel senso di individuare in modo specifico gli atti generali a contenuto normativo delle Autorità amministrative indipendenti (AGCOM, AEEGSI, ART, ANAC)»³⁰.

Peraltro, proprio nel caso delle Autorità indipendenti si tratta di una “regolazione integrata verticale” derivante dall’intreccio delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri e dal fatto che le stesse Autorità si stanno evolvendo sempre più nella direzione di organi “misti” o “bifronti”, collegati cioè tanto all’asse delle istituzioni nazionali che a quello delle istituzioni europee, in una logica in cui esse assumono sempre più il carattere di anelli di trasmissione del diritto euro-unitario nel diritto interno³¹.

A livello dell’Unione europea sono emersi anche nel presente Seminario riferimenti alla nuova strategia che potrebbe delinearci a seguito della pubblicazione, nell’aprile scorso, della «proposta di regolamento sull’approccio europeo all’Intelligenza Artificiale [COM(2021) 206 final]», che individua il primo, organico quadro giuridico europeo sul tema; è stato altresì pubblicato un nuovo piano coordinato sull’Intelligenza Artificiale 2021 [COM(2021) 205 final] per rafforzare nel contempo l’adozione degli strumenti dell’intelligenza

²⁸ Il punto è sottolineato in più contributi ma non si può non rinviare qui ai fondamentali scritti di Alessandro PIZZORUSSO: tra questi, in particolare, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, 217 ss.

²⁹ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002, 265. Tale nozione abbraccia, in senso ampio, «un’attività comprensiva di potestà diverse, prescrittive, di vigilanza e controllo, e sanzionatorie, non riconducibile ai tradizionali poteri dello Stato, che si svolge, quando si estrinseca in regolamenti o atti amministrativi generali, in attuazione di norme legislative interne o di norme di diritto dell’Unione europea»: A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, 212 che si richiama a G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645.

³⁰ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2007, n. 1458, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pp. 3-4.

³¹ In questo senso, in particolare, E. CHELI, *Parlamento e Autorità indipendenti*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2000. Il Parlamento*. Atti del XV Convegno Annuale, Firenze, 12-13-14 ottobre 2000, Cedam, Padova, 2001, 329. Sul punto, tra i lavori presentati in questo seminario, cfr. in particolare, i contributi di MASCIOTTA e CATERINA.

artificiale e gli investimenti e l'innovazione nel settore in tutta l'UE. È infine prevista l'adozione di un regolamento sulle macchine [COM(2021) 202 final], che dovrebbe stabilire i requisiti di sicurezza dei prodotti, sostituendo l'attuale "Direttiva Macchine" n. 2006/42/CE³².

Le innovazioni che emergono da tale percorso di riforma appaiono assai rilevanti: come è stato detto con riferimento alla proposta di regolamento relativo all'intelligenza artificiale, si tratta di «una proposta di natura paracostituzionale, volta a regolare e limitare poteri che si sono consolidati nel tempo e che pur essendo poteri di fatto, non sono meno significativi di quelli legali» e di un «tentativo di regolamentazione dell'impiego dell'IA in un unico quadro giuridico», passando «da una logica frammentaria e settoriale, riguardante singoli usi o singole tecnologie ad una prospettiva di regolazione generale» che non emarginerebbe del tutto l'esercizio delle potestà normative degli Stati membri, con particolare riferimento all'organizzazione interna del sistema di vigilanza e del mercato e all'adozione di misure per promuovere l'innovazione³³.

Da qui, la necessità di una "regolazione integrata orizzontale" che chiama in causa l'esercizio di poteri normativi a livello interno tra diversi soggetti. Questa esigenza di integrazione orizzontale pone l'esigenza di raccordi anche tra il Parlamento e le diverse autorità indipendenti ma anche tra queste ultime: nel primo senso nelle relazioni si è alluso persuasivamente alla rilevanza istituzionale delle indagini conoscitive³⁴ ma non solo. Infatti, le sfide poste dall'intelligenza artificiale (ma per la verità non solo da quest'ultima) dovrebbero indurre a riflettere sulla necessità di ripensare i procedimenti di formazione delle fonti tradizionali, soprattutto laddove si tratti di discipline a elevato contenuto tecnico-scientifico³⁵. Sul punto, appare ancora di grande attualità la fondamentale intuizione secondo la quale «per quanto concerne le *attività di collaborazione* svolte dalle Autorità verso il Parlamento potrebbe essere utile pensare ad una estensione delle forme di segnalazione e consultazione attualmente previste solo per casi particolari o con riferimento a singole Autorità, introducendo nei regolamenti parlamentari un apposito capo dedicato alle Autorità indipendenti

³² Si deve peraltro ricordare, sul piano normativo, anche il recente documento della Commissione europea: «Legiferare meglio: unire le forze per legiferare meglio nell'UE e prepararsi al futuro» [COM (2021) 219 final] nella quale si allude a più riprese all'esigenza che la normativa e le politiche europee «siano adeguate alle esigenze future e favorevoli all'innovazione» (par. 5.2.), e sostengano la trasformazione digitale (in particolare, par. 6).

³³ A. PAJNO, *Introduzione allo studio della proposta della Commissione europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 2021, n. 12, pp. 2-3.

³⁴ In questo senso è la relazione di TORREGIANI.

³⁵ In questo senso è il contributo di PAGNANELLI. Rilevanti spunti, sul tema, sono rintracciabili in A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editore Scientifica, Napoli, 2018.

[...]. L'estensione degli apporti collaborativi delle Autorità alle funzioni parlamentari potrebbe, in particolare, favorire il coordinamento – attualmente del tutto inesistente, ancorché sicuramente necessario – tra la legislazione adottata dalle Camere e la regolazione sviluppata, negli stessi settori, delle varie Autorità»³⁶.

Con riferimento all'adozione di regolamenti governativi, poi, già *de iure condito* l'apporto consultivo delle autorità indipendenti è già radicato, soprattutto con riferimento ai regolamenti ministeriali³⁷.

Come accennato, però, le peculiarità della regolazione delle decisioni algoritmiche chiama in causa la necessità anche di strumenti di coordinamento tra diverse Autorità indipendenti: Matteo Giannelli allude nel suo contributo alla necessità di un coordinamento permanente tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali, in modo da superare la natura settoriale delle competenze e coniugare i poteri e gli istituti anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo e di tutela della *privacy*³⁸.

3. Quale regolazione delle decisioni algoritmiche (nell'ottica delle autorità indipendenti)?

La regolazione delle decisioni algoritmiche pone non pochi problemi, con riferimento quantomeno all'identificazione degli atti e al contenuto dell'attività regolatoria.

Sul primo punto, come si è già osservato a proposito del concetto stesso di regolazione, in questa materia abbondano gli atti atipici³⁹, in non pochi casi veri e propri atti normativi⁴⁰, delle Autorità indipendenti, ma non solo (si pensi agli atti della Commissione europea, in materia di trattamento di dati non personali)⁴¹. In questo senso, si assiste, soprattutto in alcuni ambiti, a una sorta di “fungibilità” tra atti regolamentari e atti atipici, nel senso che i primi talvolta sono adottati a seguito dei secondi.

È nota sul punto la distinzione tra attività di eteronormazione, co-regolamentazione, auto-regolamentazione, che peraltro nella prassi sono spesso

³⁶ E. CHELI, *Parlamento e Autorità indipendenti*, cit., 327.

³⁷ Con riferimento alla produzione regolamentare a partire dal 2016 l'intervento consultivo delle autorità indipendenti ha riguardato complessivamente 5 regolamenti governativi in senso stretto su un totale di 56 e 23 regolamenti ministeriali su un totale di 177 (il dato comprende anche i casi di apporti consultivi di Anac e Banca d'Italia).

³⁸ Si veda, in particolare, il contributo di GIANNELLI.

³⁹ Sul punto, sull'ammissibilità di atti normativi oltre quelli previsti dalla Costituzione, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 806 ss.

⁴⁰ Per mutuare un'espressione di G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 16 ss.

⁴¹ Sui quali si veda il contributo di Torregiani.

intrecciate⁴² e utilizzate talvolta con confini poco chiari e con dubbi circa il ricorso all'una o all'altra⁴³.

Sul piano dei contenuti, si è parlato di un'attività regolatoria "a rincorsa"⁴⁴, tendenzialmente precaria⁴⁵.

Sul punto non si può non richiamare l'art. 23 della legge n. 262/2005 testualmente riferito ai provvedimenti aventi natura regolamentare o a contenuto generale (e ciò, come detto, a dimostrazione della scivolosità ormai nella prassi di tali due categorie) della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP. Secondo quanto previsto da tale disposizione, gli atti in questione:

a) debbono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono;

b) debbono essere accompagnati da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori;

c) sono sottoposti a revisione, almeno ogni tre anni, del contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Come è stato giustamente osservato, i tre principi così introdotti nel loro insieme erano estranei al nostro ordinamento, risultando mutuati da indicazioni dell'OCSE e dell'Unione europea e in questo senso «non avrebbero mai potuto essere invocati ad integrazione ex post della legalità degli atti delle autorità di vigilanza, se non ci fosse stato l'intervento del legislatore»⁴⁶.

Con riferimento in particolare alla revisione degli atti si è osservato persuasivamente che «la provvisorietà esalta l'elasticità complessiva della disciplina,

⁴² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 282.

⁴³ Così, i contributi di TORREGIANI e GIANNELLI. Sul punto, per tutti, F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003, 10 ss.

⁴⁴ Così il contributo di CREMONA.

⁴⁵ Caratteristica, quest'ultima, che connota anche la legislazione: in questo senso, E. LONGO, *La legge precaria*, cit. Non a caso, tale autore dedica un apposito paragrafo all'attività normativa delle Autorità indipendenti, in quanto considerata uno dei punti di osservazione rilevanti della «precarizzazione legislativa» (pp. 60 ss.).

⁴⁶ M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 294.

e allo stesso tempo ne attenua inevitabilmente la portata normativa, che è legata alla stabilità e/o infinita ripetibilità della previsione»⁴⁷.

Anche la motivazione costituisce un elemento di grande interesse, che deve essere apprezzato non solo alla luce del principio di partecipazione ma anche, come è noto, alla legittimazione delle Autorità indipendenti⁴⁸.

Peraltro, in questo senso, proprio l'assimilabilità tra regolamenti e atti amministrativi generali, presupposta già dall'art. 23 della legge n. 262/2005 e pienamente riscontrabile nella prassi con riferimento alla regolazione algoritmica contribuisce a spiegare questa previsione; e d'altra parte, è controverso che la stabilità delle prescrizioni costituisca un elemento essenziale dell'attività normativa⁴⁹.

Ciò detto, sempre sul piano dei contenuti nella regolazione delle decisioni algoritmiche un ruolo centrale non può non essere riconosciuto ai principi, come detto, di diversa origine (europea; nazionale), di diverso rango (anche costituzionale), già largamente affermati a livello normativo e giurisprudenziale⁵⁰.

La rilevanza dei principi proprio con riferimento all'esercizio dei poteri normativi delle Autorità indipendenti è stata affermata da quella parte della dottrina che ha evidenziato come, proprio con riferimento all'attività normativa delle Autorità indipendenti che regolino materie o fattispecie che avrebbero richiesto l'intervento di una fonte primaria (e si dubita della loro compatibilità con una fonte di livello superiore che regoli la stessa materia), «l'alternativa che si pone (ove non si ritenga il provvedimento illegittimo) è tra individuare il principio o la regola, costituzionale o comunitaria di cui esso costituisca attuazione e valutare la possibilità di pervenire, confrontando i due complessi normativi che in qualche modo vengono reciprocamente ad interferire, ad una qualche forma di loro coordinamento o bilanciamento che consenta di superare il motivo di contrasto»⁵¹.

Tuttavia, circa la sufficienza dei principi a regolare le fattispecie in questione è lecito avanzare almeno alcuni dubbi.

⁴⁷ M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 300.

⁴⁸ Per tutti, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 202 ss. In generale, sulla motivazione degli atti normativi cfr. almeno, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 2008; A.G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁴⁹ *Contra*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 15-16.

⁵⁰ Una possibile svolta in questo senso è data dalla recente proposta di regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale, che potrebbe aprire nuove prospettive.

⁵¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 597.

In primo luogo, tali dubbi riguardano la “stabilità” dei principi (o quantomeno della loro latitudine) alla luce degli sviluppi tecnologici che peraltro rendono talvolta precocemente obsolete anche le stesse definizioni normative⁵².

In secondo luogo, essi appaiono inadeguati a disciplinare fattispecie che richiederebbero una regolazione tendenzialmente più analitica, a seconda delle potenzialità lesive di diritti fondamentali, come si evince anche dai riferimenti comparatistici, invero assai utili, valorizzati in alcuni contributi⁵³. In particolare, i principi non paiono idonei a colmare lacune normative anche in settori specifici.

Il contributo di Bagni evidenzia questo problema con riferimento all’uso degli algoritmi nel mercato del credito: si tratta di un aspetto rilevante, perché anche da parte di altri autori si è messa in evidenza la necessità di una normativa non solo «come strumento “difensivo” per limitare i rischi e aiutare la collettività a proteggersi da abusi e fenomeni criminosi» ma anche «come uno strumento per indirizzare i comportamenti delle imprese verso soluzioni più sicure e sostenibili e proteggere gli operatori più responsabili dalla concorrenza sleale di quelli meno virtuosi»⁵⁴.

⁵² Spunti, in questo senso, nei contributi di MASCIOTTA e TORREGIANI.

⁵³ Oltre all’introduzione di SIMONCINI, si vedano i contributi di CATERINA, CREMONA e MASCIOTTA.

⁵⁴ A. PERRAZZELLI, *Le iniziative regolamentari per il Fintech: a che punto siamo?*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all’indirizzo www.astrid-online.it, 2021, n. 9, p. 1.