L'EUROPA E LA REGOLAZIONE GIURIDICA DEL DIGITALE. UNA CRITICA*

di Tommaso Edoardo Frosini**

Sommario. 1. Quale futuro digitale dell'Europa? – 2. *Ubi societas technologica*, *ibi ius*. – 3. L'algoritmo e i suoi nemici.

1. Quale futuro digitale dell'Europa? Voglio provare a scrutare il paesaggio giuridico europeo che si sta venendo a delineare con l'avvento della Intelligenza Artificiale (d'ora in poi IA). Quale disciplina che studia «se» e «in che modo» si riproducono i processi mentali più complessi mediante l'uso di un *computer*, attraverso due percorsi complementari: da un lato la IA cerca di avvicinare il funzionamento dei *computer* alle capacità della intelligenza umana, dall'altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana. Da qui, la definizione, già utilizzata, del *computer* come *simia hominis*.
Quello della IA è un tema che sta riscuotendo enorme successo teorico tra i cultori delle scienze sociali, e non meno tra i giuristi, al quale corrisponde un altrettanto successo, in termini però di utilizzo e sperimentazione scientifica, all'interno delle c.d. «scienze dure». Su questo aspetto, che separa la teoria dalla pratica, tornerò più avanti. Dal punto di vista della teoria (giuridica) va però ricordato – a dispetto di quanti ignorano gli scritti del passato, convinti di essere dei novelli Marco Polo che scoprono il nuovo mondo della scienza giuridica – che il tema era già stato oggetto di analisi, davvero profetica, in un volume del 1968, il primo in Italia e tra i primi in Europa, il quale, nell'indagare sulla cibernetica e il diritto, dedicava il primo capitolo a «il diritto artificiale», contrapponendolo al «diritto naturale»[1]. Dove veniva chiarito come il diritto artificiale produrrebbe un ragionamento perfettamente obiettivo, anzi totalmente tecnicizzato: un'intelligenza priva di passioni, per dirla con le parole di Aristotele, e quindi ispirata a una pura razionalità.
Oggi non sono cambiati i temi e quindi i problemi, sebbene si siano notevolmente ampliati, piuttosto è cambiato lo scenario sul quale si proietta l'orizzonte giuridico dell'Internet nella sua applicazione attraverso la IA. Infatti: i giuristi, soprattutto a seguito dell'attivismo normativo della Commissione UE, hanno oggi la possibilità di studiare il fenomeno delle piattaforme digitali dal punto di vista della regolazione giuridica, e quindi come il diritto europeo ha codificato le situazioni che vanno a impattare con larga parte di ciò che si manifesta sulla rete Internet. Con l'ambizione di volere «plasmare il futuro digitale dell'Europa», come dichiarato dalla Commissione europea, che ha pure precisato di non

* *Sottoposto a referaggio.*
** Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.
[1] Cfr. V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*, ed. Comunità, Milano 1968 (ora anche in *open access*: https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2023/09/cibevufr.pdf).

volere così rallentare lo sviluppo tecnologico del continente ma adeguarlo ai valori fondanti dell'Europa. Con regolamento n. 2016/679, infatti, si è codificato il sistema di protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*: GDPR); poi si è provveduto a varare il regolamento n. 2022/1925 sul *Digital Market Act* e quello n. 2022/2065 sul *Digital Services Act*. Di recente, è stato varato financo il regolamento n. 2024/1689 sulla *Artificial Intellingence Act*. Un attivismo normativo che pone, da subito, un interrogativo: è davvero opportuno legiferare in maniera puntuale e specifica sui dati personali e commerciali, che si producono nelle piattaforme digitali? Posto che il progresso tecnologico è talmente veloce e cangiante, che ciò che si è normato oggi difficilmente potrà avere uguale efficacia domani. E poi: ha senso legiferare in maniera normativamente massiccia e straripante? Si prenda, a esempio, il regolamento sull'intelligenza artificiale (n. 2024/1689), che si spalma su 89 «considerando», 85 articoli di cui, almeno uno, il 4, di 44 paragrafi e 9 allegati[2]. Non è facile districarsi nella boscaglia normativa nemmeno per l'intelligenza umana, anche quella di un giurista avvezzo alla interpretazione delle norme. Invece: un regolamento su una materia davvero strategica per la UE e non solo (posto che la IA si andrà a usare e applicare, da cittadini e imprese europee, in giro per il mondo, quindi oltre la perimetrazione normativa eurounitaria) dovrebbe, a mio avviso, essere sorretto da una disciplina normativa «sostenibile», con l'intento di riuscire a bilanciare interessi e concezioni diversificate, ponendosi quale primario obiettivo quello di non inibire la ricerca e lo sviluppo della IA, tenuto conto della sua importanza per la crescita economica e per l'implementazione della ricerca scientifica, a cominciare da quella medica, dove l'impatto della IA si sta rivelando determinante per la diagnosi e la terapia di una serie di patologie. La normativa europea dovrebbe essere altresì flessibile e adattabile ai cambiamenti; con l'obiettivo di creare e formare un diritto della IA *stable but not still*.

In tal modo, si potrà giungere a una sorta di ordine giuridico del digitale: ordine da intendersi non come comando piuttosto come precetto, che dispone di compiere (o di non compiere) un certo tipo di azioni[3]. Pertanto, il problema va impostato e risolto sul terreno pratico dell'esperienza giuridica; si deve cioè esaminare, se si tratta o no di un fatto, che si verifica nel mondo delle azioni degli uomini in società, dove è dato constatare l'esistenza del diritto, quello costituzionale in particolare.

Certo, sullo sfondo, con riferimento all'attivismo normativo UE, c'è un tema, che evoca riflessioni giusfilosofiche rappresentabili con la dottrina del «diritto minimale», onde evitare che la legislazione possa rischiare di essere un congegno liberticida e così l'eccesso di leggi rende difficile, tra l'altro, una lineare e libera iniziativa economica. Una riflessione che ben si adatta al digitale, quale volano della crescita economica, occupazionale e sociale. Vale la pena ricordare come più di 30 Paesi nel mondo – fin dal 2017 il Canada, il Giappone, la Cina e la Finlandia – hanno previsto e poi adottato una strategia nazionale per lo sviluppo dei sistemi di IA: a conferma di come la maggior parte delle economie sviluppate attribuisca alla IA un significato e un valore davvero rivoluzionario, che incide significativamente sulla crescita economica, sociale, occupazionale e culturale del Paese.

2. **Ubi societas technologica, ibi ius.** Le nuove frontiere del diritto e dei diritti oggi sono rappresentate dalle potenzialità della IA, ovvero dalla enorme capacità di raccogliere, sistematizzare ed elaborare dati per produrre algoritmi in grado di trovare soluzioni «intelligenti» per risolvere problemi, oppure per assumere decisioni autonomamente e

[2] Su cui, v. T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, C. Camardi (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale*, Padova 2022.

[3] Cfr. T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2023.

imparzialmente. Dati che riguardano persone, ma anche beni, servizi, merci, capacità produttive, che possono essere scambiati, creando così un vero e proprio mercato dei dati. E possono essere soprattutto elaborati, in tal modo finiscono con il creare situazioni ambientali, apprendere elementi conoscitivi e risolvere soluzioni a problemi, in maniera velocissima, che le capacità intellettive umane non riuscirebbero a fare altrettanto. Si è così avverata la profezia di J.W. Goethe, espressa nel *Faust* a inizi Ottocento: «E così ci sarà un pensatore, che costruirà un cervello che sappia pensare esattamente» (atto II, versi 6869-6870).

La IA impatta su tutte le scienze del sapere umano declinandole artificialmente. Anche il diritto, che dovrà sempre più rimodularsi nei suoi paradigmi, tenendo conto dell'uso degli algoritmi per concorrere a migliorare le pronunce giurisdizionali ovvero per elaborare neutrali atti amministrativi, per citare solo alcuni esempi. Certo, il diritto già da tempo è entrato nella società tecnologica con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche, sostanziali e processuali, nel vasto mondo della tecnologia e suoi derivati, in particolare la rete Internet. Pertanto, si potrebbe riformulare l'antico brocardo latino con *ubi societas technologica, ibi ius*. Si assiste, a seguito dell'affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e un'espansione dei diritti. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei «nuovi diritti», i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro «tono costituzionale», che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa, anche attraverso quella che ho chiamato una «interpretazione tecnologicamente orientata»[4]. Purtuttavia bisogna essere consapevoli dei rischi di presunti vizi di incostituzionalità delle leggi, che prevedono e prescrivono l'uso della IA, eventualmente riferibili alla c.d. «discriminazione algoritmica». La quale determinerebbe un algoritmo strutturalmente incostituzionale, uno scenario cioè paragonabile alla fallacia naturalistica di Hume, con riferimento al giusnaturalismo: l'errore di derivare dall'essere (della realtà sociale, spesso ingiusta o distorta) il dover essere. Pertanto, la protezione dei beni costituzionali deve essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche. Il parametro per giudicare i fenomeni della IA è la costituzione, e più in generale il costituzionalismo, specie nella parte in cui prevede e tutela la pari dignità della persona umana (art. 3 Cost. it., art. 1 Carta dei diritti UE). Come è stato scritto, «la vera frontiera è la sua sindacabilità. Dunque, all'algoritmo deve essere possibile fare accesso, deve essere conoscibile, deve essere sindacabile per controllare sulla base di quali dati, di quali informazioni, di quale presentazione del problema è stato avviato il suo funzionamento»[5].

Da qui, allora, l'esigenza di elaborare una dottrina della «precauzione costituzionale», ispirata alle situazioni ambientali e così delineata: «la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell'impiego della tecnologia (inclusa l'intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo»[6]. Pertanto, la protezione dei beni costituzionali deve essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche. Il parametro per giudicare i fenomeni della IA è la costituzione, e più in generale il costituzionalismo, specie nella parte in cui prevede e tutela la pari dignità della persona umana (art. 3 Cost. it., art. 1 Carta dei diritti UE).

Tutto vero, tutto giusto. Si avverte però l'impressione, che la preoccupazione dei rischi di incostituzionalità dell'algoritmo siano derivati dal volere leggere i problemi con gli occhiali

[4] T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 465 ss.
[5] Così B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, ora in Id., *Letture di diritto costituzionale*, Torino 2020.
[6] A. Simoncini, *L'algoritmo* incostituzionale*: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano 2022, 199.

Issn 2421-0528

del giurista domestico. La questione non è nazionale ma mondiale, anche perché la IA è già operativa in diversi Paesi dove è radicato il costituzionalismo e dove la dignità umana gode di sicura tutela. Quindi, il problema laddove emergesse verrebbe risolto attraverso le consolidate procedure di garanzie costituzionali diffuse negli stati di democrazia liberale, che funzionano da anticorpi per qualunque violazione costituzionale, soprattutto di leggi liberticide figuriamoci di leggi che non esplicitano la conoscibilità e quindi il corretto funzionamento degli algoritmi.

3. L'algoritmo e i suoi nemici. Si è già iniziato a parlare di «algocrazia», ovvero di «dittatura dell'algoritmo»[7]. Posso comprendere il tono accattivante e provocatorio di queste definizioni ma mi sembrano esagerate, ovvero poco rispondenti alla realtà. E comunque, l'algoritmo, se lo si teme, lo si può circoscrivere nel suo uso, purché non lo si comprima e lo si sterilizzi. Peraltro, lo si può normare anche con leggi statali, come è stato fatto, per esempio, in Francia e, a livello locale, negli Usa. E come ha fatto adesso la UE, seppure in un contesto normativo che suscita però dubbi.

Dell'algoritmo, e più in generale della IA, bisogna cercare di avvalersi dei benefici, minimizzando i rischi e le criticità che indubbiamente ci sono: non bisogna però dimenticare che i sistemi di IA saranno il volano dello sviluppo mondiale di questo secolo, economico e scientifico. Voglio aggiungere una cosa, che mi limito solo ad accennare: il *favor* per la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, esprime, oggi, una rinnovata concezione del liberalismo, dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica e pretende forme regolative della IA, in forma pervasiva e dettagliata, è, oggi, riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sul digitale.

Cosa dovrebbe, a mio avviso, prevedere un regolamento su una materia davvero strategica per la UE e non solo (posto che la IA si andrà a usare e applicare, da cittadini e imprese europee, in giro per il mondo, quindi oltre la perimetrazione normativa eurounitaria)? Non insisto ulteriormente sulla necessità di normare per principi anziché per norme ipertrofiche, piuttosto una disciplina normativa «sostenibile», con l'intento di riuscire a bilanciare interessi e concezioni diversificate, ponendosi quale primario obiettivo quello di non inibire la ricerca e lo sviluppo della IA, tenuto conto della sua importanza per la crescita economica (sono stati stanziati investimenti europei per 20 miliardi di euro) e per l'implementazione della ricerca scientifica, a cominciare da quella medica, dove l'impatto della IA si sta rivelando determinante per la diagnosi e la terapia di una serie di patologie. La normativa europea dovrebbe essere altresì flessibile e adattabile ai cambiamenti, per la ragioni più volte esposte in questo scritto. Sul punto, anche a mò di esempio comparatistico per differenze, si può richiamare la *Directive on Automated Decision-Making* del Canada, dell'aprile 2019, che prevede un processo di revisione ogni sei mesi. Con l'obiettivo, quindi, di creare e formare un diritto della IA *stable but not still* (per usare parole di Roscoe Pound, seppure adoperate in un altro contesto). Il Regolamento prevede l'eventuale processo di revisione per il tramite di *sandboxes*, già in precedenza ricordate: non mi sembra sia la stessa cosa… Avremmo voluto più norme promozionali rivolte a incentivare i benefici della IA piuttosto che norme che paventano abusi e pericoli e sanzionano comportamenti. Capisco e comprendo il divieto dell'utilizzo di sistemi che mirano a manipolare, in modo subliminale (anche se non è facile l'individuazione), la condotta delle persone, a maggiore ragione se si tratta di soggetti vulnerabili. Poi, però con

[7] Per il primo termine, v. M. Ainis, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano 2018, 19 ss.; per il secondo, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, 33.

riferimento ai sistemi di IA utilizzati da autorità pubbliche per stabilire l'affidabilità delle persone in base alla loro condotta sociale, si afferma che questi sono vietati «solo in linea di principio», un'espressione anodina e indeterminabile. Così pure il divieto di utilizzo di sistemi di identificazione biometrica *real time* in spazi aperti al pubblico per finalità di investigazione di polizia sono vietati, a meno che non risultino strettamente necessari per la ricerca mirata di potenziali vittime criminose ovvero prevenzione di un pericolo specifico (il che potrebbe volere dire molto). Insomma, come è stato affermato: «un certo grado di indeterminatezza, suscettibile di accordare una porzione significativa di discrezionalità allo Stato e alle sue autorità pubbliche […]. La presenza di concetti indeterminati e interpretabili implica flessibilità applicativa e di conseguenza, margini di manovra a favore degli Stati membri»[8]. Non sono, quindi, principi, ma regole discrezionali, che sfruttano le potenzialità della IA quale potere coercitivo non solo e non tanto per reprimere reati e crimini piuttosto per imporre la gestione della IA in capo allo Stato e ai suoi organi di controllo. La discrezionalità del potere esercitato tramite IA potrebbe degenerare in arbitrio. Ben altro ci sarebbe da dire e commentare sulla proposta di Regolamento Ue in materia di IA, anche evidenziando le luci della regolazione, che ce ne sono e vanno apprezzate. Vedremo come sarà, nel concreto, l'attuazione normativa negli Stati membri, per i cittadini e le imprese.

Abstract. Il saggio esamina criticamente la regolazione europea del digitale e dell'intelligenza artificiale, interrogandosi sulla capacità dell'Unione di governare un fenomeno tecnologico rapido e mutevole. Dopo aver richiamato il rapporto tra diritto e società tecnologica, il contributo evidenzia i rischi di una disciplina eccessivamente complessa, capace di comprimere innovazione e sviluppo. La tesi proposta è che il diritto dell'intelligenza artificiale debba fondarsi su regole sostenibili e adattabili, in grado di tutelare i diritti fondamentali senza trasformare la regolazione in un fattore di irrigidimento del progresso tecnologico.

Abstract. The essay critically examines European regulation of the digital sphere and artificial intelligence, questioning the Union's capacity to govern a technological phenomenon that is rapid and constantly changing. By addressing the relationship between law and technological society, the article highlights the risks of an overly complex regulatory framework, which may constrain innovation and development. The central argument is that artificial intelligence law should rest on sustainable and adaptable rules, able to protect fundamental rights without turning regulation into a factor that rigidly limits technological progress.

Parole chiave. Intelligenza artificiale – Regolazione europea – Società tecnologica – Diritti fondamentali – Innovazione.

Key words. Artificial intelligence – European regulation – Technological society – fundamental rights – Innovation.

[8] Così C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *Bio Law Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021.