

Le fonti nel diritto comparato: analisi di scenari extraeuropei (Stati Uniti e Cina)

di Elettra Stradella

Abstract: *A comparative perspective on the legal sources of AI: an analysis of extra-European scenarios (USA and China)* – This paper focuses on the relevance of the role of legal sources in regulating AI. It aims at investigating how different legal systems, in particular USA and China, that are often considered as the two models of AI development and regulation alternative to the European one, take AI into consideration from the legal point of view. It analyses the most recent regulatory interventions in the field of AI, trying to make a state of the art and outline future perspectives.

Keywords: Artificial intelligence; legal sources; self-regulation; soft law.

219

1. L'importanza delle fonti: le ragioni della centralità della prospettiva regolatoria

Nello studio delle tecnologie fondate sull'Intelligenza Artificiale (d'ora in poi AI) uno spazio specifico e preliminare acquista la questione regolatoria. Esclusa ormai definitivamente e trasversalmente l'opzione zero, essendo condivisa la scelta di regolare da parte degli stessi operatori economici, inizialmente più cauti nell'accettare un'agenda pubblica dello sviluppo delle tecnologie emergenti, e tendenzialmente preoccupati di possibili regole intrinsecamente viziate da rapida obsolescenza e scarso orientamento al *technology flourishing*, si tratta di comprendere *come* regolare, con quali strumenti, e, *in primis*, con quali finalità.

Sebbene sia dunque per lo più superata la discussione sul *perché* regolare, i cui esiti hanno condotto ad un generalizzato consenso sulla necessità della regolazione, è importante ricordare l'elemento principale che ne ha guidato lo svolgimento: vale a dire il superamento del postulato circa la neutralità delle tecnologie¹, poiché è ormai evidente da tempo che il loro sviluppo e la loro estensione, per così dire, orizzontale e verticale (nei più

¹ Cfr. M. Kranzberg, *Technology and History: "Kranzberg's Laws"*, in *Technology and Culture*, 3, 1986, 544 ss. Si veda da ultimo A. Fabris, *Nuove tecnologie della comunicazione e politica*, in *Tecnologie della comunicazione e forme della politica*, Brescia, 2020, e, con particolare riferimento alla neutralità dell'AI A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto, Journal of Legal Philosophy*, 1, 2019, 87 ss.

disparati ambiti della società, dell'economia, del sapere, ma anche, verticalmente, nella profondità dell'essere umano in quanto tale, della sua natura e delle modalità con le quali si relaziona con ciò che è al di fuori di lui), rendono necessaria la previsione di regole, di natura sociale, morale, ma anche giuridica².

D'altra parte, la consapevolezza circa il fatto che le tecnologie (qui intese in senso molto generale quali applicazioni che attraverso la potenza del calcolo producono trasformazioni nell'ambiente circostante, nell'esistenza di chi le utilizza, nella materia che con esse si interfaccia) non sono mai neutrali, non giustificherebbe di per sé la regolazione *ad hoc* dell'AI come soluzione necessitata. Il fatto è che l'alternativa, cioè quella di un'assimilazione di questo particolare tipo di tecnologia (o, meglio, di questo paradigma tecnologico che caratterizza in realtà una pluralità di tecnologie) ad altri settori tecnologici già oggetto di disciplina, ovvero l'applicazione di norme generali *ratione materiae* all'AI (come ad esempio quelle sulla responsabilità civile), appare comunque insoddisfacente, principalmente a causa della rapidità dell'innovazione che attraversa il campo dell'AI, più di ogni altro.

Una rapidità che richiede la formulazione di soluzioni *ad hoc* progettate induttivamente a partire dalle caratteristiche delle specifiche applicazioni dell'AI e delle criticità che sollevano in termini giuridici, ma al contempo la previsione di formule di flessibilità che consentano aggiornamento e rivedibilità. Da questo punto di vista, la scelta europea di coniugare l'aspirazione uniformatrice di un regolamento con la previsione di "meccanismi di aggiornamento della disciplina", risponde bene alla natura sfuggente dell'AI, i cui "incessanti sviluppi ... rendono rapidamente obsoleta qualsiasi disciplina volta a regolarla sia perché, nei suoi sistemi più avanzati (machine learning, deep learning, neural networks) si contraddistingue per una forte dose di autonomia e imprevedibilità di funzionamento, la quale, accompagnata all'inspiegabilità dei processi interni (fenomeno della black box) può rappresentare una potenziale fonte di rischi, non calcolabili *ex ante*"³.

Solo un intreccio tra fonti potrebbe dunque giungere ad una regolazione efficiente dell'AI, nella quale si concilino la stabilità e l'astrattezza tipiche dei metodi classici di regolazione, nei quali le soluzioni giuridiche vengono individuate a partire dai principi, con approssimazioni progressive, con l'esigenza del coinvolgimento dei c.d. *stakeholders*, gli attori del mercato delle tecnologie e della progettazione tecnologica, che si realizza

² Sui controlli morali e sociali della tecnologia, cfr. M. Bunge, *Towards a technoethics*, in *Monist*, 1, 1977, 96 ss. Sia consentito rinviare anche a E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista di diritto dei Media*, 1, 2019.

³ Cfr. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2021, spec. 5. Per un'analisi più approfondita delle peculiarità tecniche riguardanti l'AI si veda in questo fascicolo P. Traverso, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*.

essenzialmente nella *self-regulation*. L'autoregolamentazione dovrebbe essere chiamata a svolgere una funzione integrativa, o complementare, senza assorbire però completamente i contenuti regolativi, poiché diversamente il rischio sarebbe quello di un'astensione del regolatore pubblico rispetto all'essenziale compito di operare bilanciamenti tra valori, interessi, posizioni soggettive diverse. La conseguenza sarebbe, in ultima battuta, la sottrazione di decisioni di evidente rilevanza pubblicistica al circuito democratico e alla deliberazione politica.

Proprio l'individuazione del punto di equilibrio tra l'utilizzo di fonti diverse, e gli spazi di integrazione tra esse, rappresenta oggi la nuova prospettiva della riflessione comparatistica, che se per un verso appare concorde nel porre al centro del sistema la rilevanza di una regolazione pubblica⁴, intorno alla quale potrebbero ruotare satelliti rappresentati da altri contributi regolatori, per altro verso si confronta con l'eterogeneità delle soluzioni individuate nel panorama comparatistico.

Un panorama che può essere semplificato, in una prospettiva comparatistica, intorno a tre modelli, tutti però ormai caratterizzati da una geometria variabile, soggetti a ridefinizioni progressive, antagonisti ma al contempo inevitabilmente e reciprocamente condizionati: quello europeo, oggetto del contributo successivo⁵, *de jure condendo* ma già identificabile nei suoi tratti caratteristici, anche per la genesi connessa ai contenuti del patrimonio costituzionale europeo ed alla conseguente attribuzione di rilevanza pubblicistica ai bilanciamenti richiesti da questo tipo di regolazione; quello nord-americano, che a parte le differenze sostanziali in termini di qualificazione delle situazioni soggettive coinvolte, di cultura digitale e di definizione delle complesse relazioni tra autonomia, libertà, dignità e mercato, presenta fonti di regolazione molto diversificate e rispetto alle quali sembra ancora mancare una direzione unitaria; quello cinese, segnato da una rincorsa di enti pubblici e privati nell'elaborazione di corpi di autonormazione etica i cui criteri guida sembrano differire ben poco da quelli che derivano dalla *Western legal tradition*, ma producono in realtà effetti non assimilabili, per la profonde differenze esistenti sul piano istituzionale e culturale⁶.

In questo contributo ci si propone di tracciare sinteticamente un

⁴ Si vedano, tra gli altri, il recente volume curato da A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, che raccoglie numerosi contributi nei quali la questione delle fonti della regolazione risulta certamente trasversale, C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, special issue 2, 2019. Il dibattito ha poi assunto nuovo vigore e raccolto nuove voci a seguito della proposta di regolamento europeo avanzata nella prima parte del 2021.

⁵ Si veda in questo fascicolo B. Marchetti, L. Parona, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*.

⁶ Cfr. L. Floridi, J. Cowls, *A unified framework of five principles for AI in society*, in *Harvard Data Sciences Review*, 20 September 2019, in hdsr.mitpress.mit.edu/pub/10jsh9d1/release/7.

quadro, necessariamente non esaustivo, delle fonti di regolazione dell'AI negli Stati Uniti e in Cina, poiché all'imprescindibilità del confronto economico, industriale, politico, con questi ordinamenti, si associa l'importanza di un confronto giuridico, in termini di forme e strumenti, e dunque fonti, della regolazione. La scelta di concentrare l'attenzione sul modello statunitense in particolare, e su quello cinese, deriva dall'esigenza di tradurre il diffuso confronto con l'Europa in termini di approccio sostanziale all'AI, in una comparazione che abbia ad oggetto i processi, le tecniche, e gli strumenti regolatori utilizzati. Nella consapevolezza, peraltro, che le forme, e fonti, della regolazione, sono in grado di incidere sui suoi contenuti, soprattutto in relazione ai soggetti che ne stanno all'origine, e dunque anche da questo punto di vista appare significativo lo studio di sistemi considerati emblematicamente "alternativi" nell'approccio politico-culturale all'AI.

222

2. Le fonti negli Stati Uniti

2.1. Un approccio alla regolazione a geometria variabile

È noto che l'approccio nord-americano alla regolazione si caratterizza per una particolare "leggerezza", determinata dall'esigenza di preservare lo sviluppo economico e industriale da interventi limitativi che rischierebbero di rallentarlo, quando non ostacolarlo, di ingabbiarlo in procedure e controlli.

Lo studio dell'assetto delle fonti in materia di AI negli Stati Uniti, d'altra parte, consente di descrivere un quadro più frastagliato e complesso di quello proposto, nel quale si intersecano strumenti "leggeri" ad altri più pesanti, soprattutto quando si tratti di regolare alcune applicazioni dell'AI, ritenute potenzialmente più discriminatorie di altre, quale il riconoscimento facciale⁷.

⁷ Sul riconoscimento facciale si veda ormai, nella riflessione giuridica italiana, G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021. Sistemi di questo tipo non soltanto possiedono una significativa carica discriminatoria, ma sono in grado di intervenire nella definizione stessa delle principali categorie identitarie, si pensi in particolare al genere; una volta integrati all'interno dell'ordinamento giuridico, ovvero nelle strutture di potere economico e sociale, agiscono sull'oggetto della misurazione trasformandolo, ovvero legittimandolo. Se gli strumenti dell'AI in generale sono oggi parte integrante del nostro modo di conoscere e di comprendere la realtà, e "naturalizzandosi" conformano la realtà, attraverso il loro linguaggio, i meccanismi di *Artificial Gender Recognition* sono particolarmente significativi per la capacità di modellare il genere misurandolo, esemplificativi del modo di operare proprio del *machine learning*, che conduce verso una conoscenza umana della realtà che si definisce sulla scorta di come lo strumento tecnologico descrive la realtà medesima. Anche per questa ragione gli algoritmi di riconoscimento facciale sono attualmente considerati come applicazioni dell'AI tra le più critiche rispetto alla protezione dei diritti fondamentali, Cfr. European Union Agency for Fundamental Rights, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Consideration in the Context of Law*, Report 2020, in fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-

La forma di stato contribuisce ad accentuare questa frammentazione, tanto che diverse leggi in materia di AI sono in realtà di provenienza statale, e in questo ambito sembrano svilupparsi in particolare gli interventi di *hard law*, mentre sul versante federale si rincorrono interventi di regolazione pubblica, sia di derivazione del Congresso sia realizzati attraverso atti normativi dell'Esecutivo⁸, e interventi di *self-regulation*, nei quali un ruolo significativo è svolto proprio dai principali attori economici del mercato delle tecnologie, in una prospettiva di *partnership* tra pubblico e privato⁹, impegnati in un'opera di progressivo e reciproco modellamento dei contorni del giuridicamente (ed eticamente) possibile e del tecnicamente possibile.

Si intersecano così, nel sistema statunitense, livelli diversi di regolazione e fonti differenti per natura e per portata territoriale.

Da un lato il Congresso è attivo, ormai da alcuni anni, nella definizione di proposte regolative che, pur prendendo le mosse dalla crescente consapevolezza circa i rischi connessi alle diverse applicazioni dell'AI, insiti in particolare nella stretta relazione esistente tra *bias* e discriminazioni con il conseguente impatto su valori rilevanti (anche) per il costituzionalismo americano quali dignità ed eguaglianza, non adottano un approccio precauzionale, il quale potrebbe limitare eccessivamente le potenzialità innovative della ricerca e dell'applicazione industriale¹⁰. Dall'altro la fonte legislativa appare almeno parzialmente inadeguata ad affrontare le implicazioni etiche e giuridiche di *disruptive technologies* che mutano rapidamente tecniche e portata, e per tale ragione fonti diverse dalla legge intervengono, sia nell'alveo dell'*hard law*, sia al di fuori di questo.

Ci si riferisce in primo luogo agli atti normativi dell'esecutivo. Com'è noto, negli Stati Uniti il Presidente esercita una costante azione unilaterale, che si realizza in particolare attraverso l'utilizzo di *executive orders*, di proclamazioni o *executive agreements* (questi ultimi soprattutto nell'ambito della politica estera), o di direttive presidenziali. Qualsiasi strumento il Presidente scelga, l'esito è quello di una legiferazione *de facto*, in assenza di autorizzazione o delega espressa da parte del Congresso, con l'adozione di atti che sono assunti sotto la diretta e immediata responsabilità

[focus-paper-1_en.pdf](#). La stessa proposta di regolamento europeo, non a caso, pone una particolare attenzione sul tema delle identificazioni biometriche e dei riconoscimenti facciali, giungendo su questo ad una posizione compromissoria, affermando che non si possono usare *real time biometric tools* se non in presenza di una serie di condizioni/necessità, in assenza delle quali rientrerebbero nei sistemi ad alto rischio, quelli cioè per i quali viene prevista un'ampia serie di requisiti: un *risk management system*, un sistema di *data governance* (fondamentale perché viene rivolta un'attenzione accentuata alla qualità dei dati per il *training* di questi sistemi, affinché essi non incorporino bias), e una *technical documentation*, tipica dei prodotti pericolosi.

⁸ Sugli atti normativi dell'esecutivo negli Stati Uniti ed il loro ruolo nella *regulation*, si consenta di rinviare a E. Stradella, *I poteri normativi dell'Esecutivo negli Stati Uniti: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

⁹ Cfr. E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2020.

¹⁰ *Ibidem*, spec. 40 ss.

presidenziale, e senza che per l'adozione siano stabilite particolari condizioni (quali ad esempio circostanze di necessità o urgenza). L'utilizzo degli *executive orders* e delle altre fonti presidenziali è un fenomeno crescente, sebbene non con un andamento regolare, e indipendente dall'appartenenza politica del Presidente in carica. In generale, le direttive presidenziali divengono atti presidenziali aventi valore di legge, in assenza di una precisa definizione costituzionale dei poteri normativi dell'esecutivo, per lo meno nei termini che si conoscono nelle principali esperienze eurocontinentali, e il fatto che non esista una definizione costituzionale, né una legislativa, degli *executive orders*, contribuisce al fenomeno segnalato¹¹.

È questa la via che conduce all'istituzione di apparati amministrativi dedicati, o all'elaborazione di indirizzi destinati alle agenzie federali, chiamate poi ad intervenire, attraverso la *regulation*, sulla materia. Da ultimo deve essere segnalato l'*executive order* adottato dal Presidente Trump nel 2019, per dare avvio ad un piano strategico per la ricerca e lo sviluppo dell'AI, sul quale ci si soffermerà in seguito (*rinvio*, 2.2).

L'elemento trasversale agli interventi di regolazione pubblica è certamente quello della minima invasività degli stessi rispetto alle potenzialità insite nell'AI, ma anche un altro, logicamente precedente: legislatori, e, più in generale, soggetti chiamati a regolare, non hanno ancora del tutto chiaro che cosa significhi Intelligenza Artificiale, e spesso proprio intorno alla definizione si giocano le scelte regolative, sia dal punto di vista procedurale sia sostanziale. Com'è stato sottolineato, alcune definizioni utilizzate nella regolazione appaiono particolarmente circoscritte, così circoscritte che risulterebbero applicabili soltanto ad utilizzi particolarmente complessi, ed ancora poco diffusi commercialmente, del *machine learning*, mentre altre sembrano offrire copertura a pressoché qualsiasi *software* inserito in processi di *decision-making*, risultando così almeno potenzialmente applicabili a sistemi molto diversi tra loro, anche meno problematici, per così dire, e più conosciuti e utilizzati da tempo¹². Se è vero che le scelte definitorie

¹¹ Una definizione si rintraccia all'interno di una ricerca realizzata dal Congresso in una delle prime fasi di incremento quantitativo e qualitativo dell'utilizzo dello strumento, nella quale sono definite come direttive o azioni assunte dal Presidente che hanno "*force and effect of law*", quando trovino fondamento sull'autorità derivante al Presidente dalla Costituzione o da una legge, cfr. Commission on Governmental Operations, 85th Congress, *Executive Orders and Proclamations: A Study of a Use of Presidential Powers*, 14, Commission Print 1957. Sulla *force and effect of law* degli *executive orders* nella giurisprudenza cfr., tra le moltissime, e come prime, *Gnotta v. United States*, 415 F.2d 1271, 1275 (8th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 934 (1970); *Farkas v. Texas Instrument, Inc.*, 375 F.2d 629, 632 n.1 (5th Cir.), cert. denied, 389 U.S. 977 (1967); *Farmer v. Philadelphia Elec. Co.*, 329 F.2d 3, 7 (3d Cir. 1964), *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (1893); *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1866). Sul tema si rinvia a E. Stradella, *I poteri normativi dell'Esecutivo negli Stati Uniti: alcuni spunti ricostruttivi*, cit.

¹² A questa seconda categoria appartarrebbe la proposta di regolamento europeo, cfr. C. Cath et al., *Artificial intelligence and the "Good Society": the US, EU and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, 2, 2018, 505 ss.

non sono mai neutrali, e celano talvolta la natura più o meno restrittiva dell'intervento regolatorio, la variabilità è però anche determinata dalle difficoltà effettive di inquadrare la sfida tecnologica sulla quale si innesta la relativa sfida giuridica. Anche per questa ragione le fonti di derivazione pubblica rappresentano una scelta comunque eccezionale, o interstiziale, all'interno di un contesto segnato da un'ampia *self-regulation*.

La natura dell'AI presenta una comunanza di fondo con la flessibilità del *soft law*, modalità potenzialmente transitoria di creazione di regole, a metà strada tra generica indicazione di indirizzi e legislazione, tra certezza e incertezza¹³. All'interno della cornice di *soft law*, la *self regulation* è metodologicamente connotata, in quanto i processi partecipativi che la caratterizzano, e che rispondono, in termini di legittimazione, *accountability*, e conseguente accettabilità, all'anomalia soggettiva dell'identità tra attori regolanti e attori regolati, conducono all'adozione di norme autoprodotte¹⁴.

Così negli Stati Uniti il rapporto tra *self-regulation* e altre forme di *soft law*, sia essa "integrativa", come accade per i codici di condotta o i codici etici, nei quali le norme integrano un quadro regolativo già esistente orientando le condotte all'interno di specifici ambiti o comunità di riferimento, o "comparativa", quando regole emanate da attori privati con funzioni pubbliche hanno il duplice effetto giuridico di imporre obblighi ai diretti destinatari e ai terzi e di valutare come si orienta la condotta dei destinatari¹⁵, si configura per certi versi come quello intercorrente nei sistemi di *common law* (a dire la verità soprattutto nel modello inglese originario, non certo in quello nord-americano) tra *common law* e *statute law*, dove il diritto politico assume un ruolo sussidiario quando non eccezionale rispetto ad un tessuto normativo generale costruito attraverso il diritto giurisprudenziale.

2.2. Hard law tra diritto federale e diritto statale

In questa Sezione ci si soffermerà sui principali interventi legislativi e, più in generale normativi, che hanno segnato lo sforzo regolatorio statunitense. L'obiettivo non è però quello di entrare nel merito delle singole previsioni¹⁶, quanto piuttosto di cercare di comprendere come le fonti entrano in relazione le une con le altre all'interno del sistema.

Partendo dalle proposte legislative del Congresso federale, un particolare rilievo assume il *John S. McCain National defense Authorization Act*

¹³ Cfr. S. Grundmann, F. Möslin, K. Riesenhuber (a cura di), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015.

¹⁴ Nell'ampia letteratura, resta centrale M.G. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e Spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, spec. 99 ss.

¹⁵ Cfr. S. Rodotà, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 397 ss., in E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive*, cit.

¹⁶ A questo proposito si veda in questo fascicolo B. Marchetti, L. Parona, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*.

for Fiscal Year 2019, con il quale è stabilita l'istituzione della *National Security Commission on Artificial Intelligence*, alla quale vengono attribuite funzioni consultive nei confronti del Dipartimento della Difesa. Com'è stato opportunamente rilevato¹⁷, un elemento significativo del provvedimento sta nella composizione decisa per tale organismo consultivo, nel quale sono coinvolti numerosi "rappresentanti" dei poteri economici, tecnologici e industriali privati, a partire da Google e Amazon. Nel marzo 2021 la Commissione ha prodotto un corposo Report finale¹⁸, dal quale emerge la stretta interazione che intercorre in quel sistema tra poteri pubblici e poteri privati nella produzione delle fonti in materia di AI. Tra l'altro, il report indica, tra le azioni che l'*Office of Science and Technology Policy (OSTP)*, organo dell'Esecutivo posto sotto la diretta responsabilità del Presidente, dovrebbe promuovere, quella di istituire una *task force* chiamata a studiare i diversi utilizzi dell'AI e delle tecnologie ad essa complementari, in una prospettiva di convergenza tecnologica, e sviluppare raccomandazioni sui metodi di certificazione delle tecnologie sempre attraverso iniziative che integrino settore pubblico e settore privato, anche nella definizione di proposte legislative e interventi di modifica delle politiche e della legislazione federale. Il Report sottolinea in diversi passaggi come la rapidità dello sviluppo tecnologico resa possibile dall'impegno del settore privato tende a determinare la continua obsolescenza delle regolazioni federali, ragione per la quale pubblico e privato sarebbero chiamati a condividere le responsabilità sulla sicurezza e la qualità, anche co-determinando la cornice regolatoria.

Sempre sul versante federale, gli ultimi anni hanno conosciuto un susseguirsi di proposte, molte delle quali mai giunte ad approvazione, aventi ad oggetto diversi profili di disciplina dell'AI, a denotare il crescente attivismo in materia non soltanto sul fronte governativo, ma anche su quello del Congresso.

Molto rilevanti l'*Algorithmic Accountability Act 2019*, con il quale sarebbero stati introdotti obblighi di trasparenza e di *explainability*, e obblighi derivanti dalla verificata discriminatorietà dell'applicazione tecnologica, mai approvato, e l'*AI in Government Act 2020* (introdotto alla Camera dei rappresentanti nel 2019, poi esaminato al Senato e rinviato alla Camera nel 2020), con il quale viene istituito l'*AI Center of Excellence* con il compito di svolgere attività di consulenza e promuovere l'impegno del governo federale nello sviluppo di utilizzi innovativi e socialmente rilevanti dell'AI, e si assegnano funzioni in materia ad articolazioni governative anche al fine di indirizzare l'attività delle agenzie federali e di istituire figure professionali interne all'amministrazione con competenze specifiche, ritenute ormai ineludibili, in materia di AI.

¹⁷ Cfr. E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, cit.

¹⁸ www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf.

Mentre è ritenuta assai probabile la riproposizione dell'*Algorithmic Accountability Act*, è stato presentato quest'anno (nel 2021) l'*Algorithmic Justice and Online Platform Transparency Act 2021*, al fine di giungere al divieto dell'utilizzo di algoritmi pericolosi, di rafforzare la trasparenza nelle pratiche di moderazione e diffusione dei contenuti sui siti web e di avviare un'indagine trasversale sugli effetti discriminatori degli algoritmi all'interno dei processi economici e finanziari.

Nel frattempo il *National Artificial Intelligence Initiative Act 2020*, entrato in vigore nel gennaio del 2021, ha previsto che il già menzionato OSTP istituisca un *National Artificial Intelligence Initiative Office*, effettivamente istituito nel gennaio 2021, chiamato a coordinare le attività e le responsabilità del Congresso in materia di AI, e ha dato specularmente avvio alla creazione di altre strutture chiamate a fornire il proprio supporto tecnico al Presidente, in specifici ambiti di applicazione, quale quello energetico, prevedendo anche la realizzazione, da parte della *National Science Foundation*, in collaborazione con il Consiglio nazionale della ricerca e l'Accademia nazionale delle Scienze, dell'Ingegneria e della medicina, di uno studio sull'impatto presente e futuro dell'AI sull'occupazione e il lavoro negli Stati Uniti.

Il provvedimento legislativo mette insieme processi di regolazione eterogenei: l'istituzione di organismi tecnici e consultivi, sia sul fronte parlamentare sia su quello governativo, la promozione di politiche di standardizzazione (è previsto che il *National Institute of Standards and Technology* sviluppi, tra l'altro, standard per i sistemi di AI), e l'avvio di attività di ricerca essenzialmente finalizzate a valutazioni di impatto¹⁹.

¹⁹ È ben noto il rilievo assunto nel sistema statunitense dall'*evidence-based approach*, a partire in particolare dall'*Executive Order* n. 12,866, 58 Fed. Reg. 51735 (Sept. 30, 1993), in www.archives.gov, adottato all'inizio degli anni Novanta negli Stati Uniti dall'allora Presidente Clinton, con il quale si stabiliva che i soggetti regolatori avrebbero dovuto essere in grado di dimostrare che la loro azione stava effettivamente arrecando benefici concreti e misurabili nella sfera esistenziale e sociale dei destinatari degli interventi, attraverso la realizzazione di politiche volte a soddisfare bisogni pubblici significativi ed emergenti. Quello strumento definiva all'epoca la cornice dell'*evidence-based regulation*, e i processi attraverso i quali si sarebbe dovuta sviluppare. Una prima fase di progettazione (si potrebbe dire di istruttoria) della regolazione, nella quale deve essere identificato il problema che merita e richiede l'intervento, verificato se modifiche all'impianto regolatorio esistente possono risolvere o comunque limitare il problema, devono essere identificate e valutate possibili alternative alla regolazione, e, qualora la scelta vada nel senso della regolazione, stabiliti obiettivi chiari e metriche per l'individuazione di "outputs" e "outcomes". Una seconda fase rappresentata dal *decision-making* vero e proprio, nel quale vengono presi in considerazione i benefici attesi, i costi, e gli altri fattori di impatto: e nel cuore del processo decisionale devono essere distinte con trasparenza (rendendo dati, modelli, presupposti, conoscibili alla cittadinanza) l'evidenza scientifica dai giudizi politici, ciò che non significa rendere gli uni separati dall'altra, ma distinguibili anche nella prospettiva di integrarne poi gli esiti e le prospettive, e infine una valutazione *ex post*, cfr. M.C. Peacock, S. E. Miller, D. R. Pérez, *A Proposed Framework for Evidence-Based Regulation*, Febbraio 2018, in regulatorystudies.columbian.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs1866/f/downloads/Peacock-Miller-Perez_Evidence-Based-Regulation.pdf. D'altra parte, il confine tra scienza

Altra proposta sulla quale invece la discussione è stata avviata ma non è approdata ad un esito definitivo è il *Commercial Facial Recognition Privacy Act* del 2019, che avrebbe vietato l'utilizzo dei sistemi di riconoscimento facciale a soggetti non appartenenti all'amministrazione federale²⁰.

Anche alla luce del *National AI Research and Development Strategic Plan* di Trump del 2019, l'impressione generale è che, oltre dall'integrazione permanente tra sistema pubblico, mercato e soggetti privati, il sistema statunitense sia caratterizzato dalla settorialità degli interventi normativi che, quando aperti ad un più ampio respiro, o finalizzati ad obiettivi più generali, rischiano di non conoscere realizzazione²¹.

“oggettiva” e *policy-making* sembra intrinsecamente confuso e indeterminabile, mentre proprio l'esigenza di fare chiarezza su dove si debba porre questo confine e quale debba essere il ruolo degli scienziati, dei tecnici, degli esperti, nella produzione di regole giuridiche e politiche sta alla base di tutta la riflessione sul rapporto tra tecnica, politica, e politica del diritto. L'approccio *evidence-based* negli Stati Uniti opera in particolare, com'è noto, nell'ambito della *regulation*, fenomeno proprio di quel contesto e non del tutto assimilabile alle esperienze di regolazione delle nostre autorità indipendenti né dei nostri apparati amministrativi governativi ma potenzialità e criticità del metodo possono essere considerati in una prospettiva comparativa rispetto al *policy-making* quale insieme di tutti i processi che concorrono alla produzione normativa. Peraltro, è intervenuto nel 2011 un altro *executive order*, del Presidente Obama, con il quale (*executive order Improving Regulation and Regulatory Review*, § 1(a), E.O 13563, January 18, 2011), le agenzie federali sono state assoggettate al controllo dell'esecutivo sulla corretta adozione di una regolazione fondata sulla «*best available sciences*». Successivamente, nel 2016 il Congresso ha istituito una commissione bipartisan sull'*evidence-based policymaking* che ha realizzato l'anno successivo un report (Report *The Promise of Evidence-Based Policymaking. Report of the Commission on Evidence-Based Policymaking*, settembre 2017, www.cep.gov/report/cep-final-report.pdf), a partire dal quale è stato presentato il *Foundations for Evidence-Based Policymaking Act*, al fine di assicurare piena attuazione alle raccomandazioni predisposte dalla Commissione. Con il sostegno dell'allora presidente Trump, nel dicembre 2018 il Congresso ha approvato il testo che è stato emanato all'inizio del 2019 (il c.d. “*Evidence Act*”), e che un particolare spazio ha dedicato al ruolo della *privacy* nella definizione di processi decisionali costruiti sui dati, all'accessibilità dei dati e all'istituzione di figure specificamente preposte all'elaborazione statistica e alla valutazione dei dati stessi. Certamente il tema della trasparenza dei dati e della loro verificabilità, funzionale, nell'ambito di processi caratterizzati dall'*evidence-based approach*, al controllo sulla decisione, si presta a possibili utilizzi strumentali e tesi in realtà a ridimensionare o sminuire la portata dei risultati delle scienze coinvolte nell'*iter* di formazione del convincimento. E le criticità che si pongono con riguardo ad un eventuale controllo sulla decisione attraverso il controllo sui dati che ne stanno alla base attengono soprattutto la “spiegabilità” della decisione attraverso la lettura dei dati, problema ben noto proprio con riguardo alla decisione algoritmica.

²⁰ Come segnalano E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, cit., spec. 42, questa soluzione era peraltro esplicitamente ispirata al GDPR europeo.

²¹ Cfr. E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, cit. La frammentarietà sembra emergere anche in S. A. Aaronson, *America's uneven approach to AI and its consequences*, in *Institute for International Economic Policy Working Paper Series*, Aprile 2020 www2.gwu.edu/~iiep/assets/docs/papers/2020WP/AaronsonIEP2020-7.pdf, che mette in luce lo scarso coordinamento a livello internazionale, le asimmetrie informative, in una visione “nazionalista” dell'AI che ha sicuramente caratterizzato

Da ultimo, nell'aprile del 2021, un gruppo di senatori democratici ha presentato un disegno di legge particolarmente evocativo, il *Fourth Amendment Is Not for Sale Act*, che pone l'attenzione sul ruolo svolto dalle agenzie federali nella raccolta, formalmente legale ma sostanzialmente incostituzionale, di una grande quantità di dati, in quanto le regole vigenti, e restrittive, nelle relazioni tra consumatori e compagnie quali Google, non vengono applicate nelle relazioni di queste ultime con il governo, e il fenomeno risulterebbe naturalmente amplificato dall'utilizzo dell'AI. La proposta, particolarmente dirompente poiché prevede che i margini di azione governativa sui dati personali sia regolata, senza eccezioni, dall'*Electronic Communications Privacy Act* e dal *Foreign Intelligence Surveillance Act*, introducendo un sistema combinato di riserva di legge e di giurisdizione in materia di accesso ai dati e utilizzo degli stessi da parte delle agenzie federali, mostra ancora una volta quanto il dibattito politico e parlamentare sia occupato negli Stati Uniti dal tema della regolazione dell'AI, ma anche, ciò che rileva dal punto di vista dell'intreccio tra fonti, come questo sia condizionato anche da un dialogo tra legislatori statali e legislatore federale, basti segnalare che l'impianto della proposta risulta certamente coerente con il *Consumer Data Protection Act* adottato in Virginia nel marzo 2021 (in linea con il *California Privacy Act and Enforcement Act*), nel quale si richiedono particolari valutazioni di impatto per l'utilizzo di alcune tipologie di algoritmi "ad alto rischio". Come si vedrà a breve, proprio da alcuni Stati sembrano provenire soluzioni legislative più orientate ad un approccio "eticamente orientato".

Nel dicembre del 2020 anche un *executive order*²² è intervenuto sulla questione dell'utilizzo dell'AI da parte del governo, stabilendo un cronoprogramma per la classificazione delle applicazioni dell'AI, e avviando un processo finalizzato ad assicurare un utilizzo sicuro dell'AI da parte del governo federale, attraverso l'individuazione di una serie di principi e obiettivi che hanno costituito la *roadmap* da seguire per la piena implementazione di un sistema affidabile. Alle agenzie è stato messo a disposizione un tempo limitato (entro luglio 2021) per rendere conto delle modalità con le quali utilizzano l'AI, prevedendo che debbano essere esclusi utilizzi sospetti, quali quelli che determinano classificazioni automatiche o sensibili, e che questi resoconti debbano essere condivisi tra le agenzie e resi pubblici entro la fine di novembre del 2021.

Come si anticipava, il sistema delle fonti in materia di AI negli Stati Uniti vede la presenza di numerosi interventi statali, oltre ad una vasta congerie di interventi amministrativi²³.

l'amministrazione Trump.

²² *Executive Order* 13960 of December 3, 2020, *Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government*.

²³ Sulle regolazioni cittadine cfr. A. Chen, *Why San Francisco's ban on face recognition is only the start of a long fight*, in *MIT Review*, 16 Maggio 2019, in www.technologyreview.com/2019/05/16/135339/facial-recognition-ban-san-

Sul versante statale, la legge più rigorosa è quella del Maine, da poco entrata in vigore (il 1° ottobre 2021), che vieta l'utilizzo governativo di sistemi di riconoscimento facciale ad eccezione di situazioni tassativamente individuate, e comunque a seguito di richiesta da parte della polizia nei confronti dell'autorità federale. Meno stringenti i provvedimenti legislativi adottati in Virginia e nel Massachusetts, dove il divieto dell'utilizzo del riconoscimento facciale riguarda soltanto la polizia, ma non tutte le altre istituzioni ed enti pubblici operanti a livello statale.

Nel rapporto tra fonti, è interessante sottolineare che la legge del Maine trae diretta ispirazione da fonti locali, basti pensare alla decisione del Consiglio comunale di Portland, principale città dello stato, del 2020, con la quale la città stabiliva di vietare la sorveglianza facciale da parte della polizia²⁴, collocandosi sulla scia di altre città che negli ultimi anni hanno vietato la tecnologia di identificazione biometrica, quando utilizzata dalla polizia, con un approccio, per quanto ristretto dal punto di vista dell'ambito di applicazione, sicuramente incisivo. Più incisivo di quello adottato invece dalla legislazione statale, a partire da quella dello stato di New York, integrata però da ultimo da un'ordinanza, entrata in vigore il 9 luglio 2021, con la quale la città, come già fatto da Portland, regola l'utilizzo delle informazioni biometriche da parte di soggetti e enti commerciali, aziende pubbliche e private.

Particolarmente morbida e deregolatrice risulta, nel quadro statale, la legge del 2020 dello stato di Washington, con la quale l'utilizzo del riconoscimento facciale tramite AI è consentito in via generale da parte della polizia.

Nel dialogo tra i livelli di governo, anche la "sfida" sulle tecniche di identificazione biometrica si gioca in un confronto serrato, che vede l'impegno del Congresso, dal giugno 2021, sulla proposta *Facial Recognition and Biometric Technology Moratorium Act 2021*, che introdurrebbe una moratoria rivolta alle forze dell'ordine federali, nonché la riproposizione della proposta originariamente presentata nel 2019, *No Biometric Barrier Housing Act*, del 2021, avente ad oggetto il divieto del riconoscimento facciale all'interno di strutture abitative pubbliche.

2.3. Soft law e self regulation

Un primo problema, quando si tratta di *soft law*, e preliminare ad una ricerca della sua incidenza nei sistemi delle fonti, è la comprensione circa cosa

[francisco-surveillance-privacy-private-corporate-interests/](#); L. Barrett, *Ban facial recognition technologies for children – and for everyone else*, in *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 2, 2020, 223 ss., cit. in C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, cit.

²⁴ A proposito della legislazione statale e dei provvedimenti variamente adottati a livello locale negli Stati Uniti si vedano i materiali riportati in www.agendadigitale.eu.

effettivamente debba o possa essere qualificato come *soft law*, poiché questo termine sembra essere ormai utilizzato per rappresentare qualsiasi atto contenente indicazioni, indirizzi, regole non tradizionalmente normative, di derivazione pubblica o privata, senza distinzione tra fonti aventi una funzione integrativa per così dire “forte”, ed altre al più rientranti in forme di *moral suasion*.

Il collegamento tra *soft law* e *self regulation* è certamente stretto, ma lo sono anche le differenze che intercorrono tra l'uno e l'altro strumento, distinguibili per la relazione che li lega alla legge “hard”. Se la *self regulation* si caratterizza dal punto di vista metodologico in quanto i processi partecipativi attraverso i quali si realizza, e che rispondono, in termini di legittimazione e conseguente accettabilità, all'anomalia soggettiva dell'identità tra attori regolanti e attori regolati, conducono all'adozione di norme autoprodotte, il *soft law* definisce invece categorie (varie) di atti caratterizzati da un certo effetto giuridico: non hanno efficacia vincolante, non sono direttamente applicabili dalle corti, e possono realizzare solo alcuni tipi di effetti²⁵.

Ad oggi, gli intrecci tra fonti tradizionali strutturate secondo lo schema *command-and-control*, il *soft law* e l'autoregolazione sono segnati da processi di cooperazione che emergono soprattutto in alcuni settori sensibili, come la tutela dell'ambiente, la sicurezza, la disciplina della Rete, e, in parte, le *public utilities*²⁶, nei quali si manifestano criticità almeno in parte comuni a quelle che vengono individuate per l'ambito dell'AI²⁷.

Guardando al sistema nord-americano, il 2020 rappresenta un anno fertile per l'elaborazione di fonti flessibili ma significative della dialettica interna al sistema tra regolazione (minima) e aspirazioni etiche di matrice europea.

In primo luogo, la *Federal Trade Commission* (FTC) ha emanato linee guida rivolte a tutte le società, nel momento in cui si avvalgono di algoritmi di AI, introducendo regole di trasparenza, correttezza, accuratezza dei dati, responsabilità e *explainability*. Le linee guida pongono l'accento sulla necessità di verifiche, preliminari all'utilizzo, che hanno ad oggetto soprattutto la qualità dei dati, mostrando ancora una volta come il tema centrale, non soltanto per i *data scientists*, ma anche per chi opera sul versante del diritto e delle politiche pubbliche, e per chi opera sul mercato, debba

²⁵ Cfr. M.G. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., spec. 99.

²⁶ Cfr. F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in E. Palmerini, E. Stradella (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013. Sul problema della regolazione della tecnologia attraverso l'autoregolazione che promana dalle caratteristiche della tecnologia stessa, con i conseguenti problemi di democraticità del sistema, cfr., tra gli altri, B. J. Koops, *Criteria for Normative Technology: The Acceptability of 'Code as law' in Light of Democratic and Constitutional Values*, in R. Brownsword, K. Yeung (a cura di), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford-Portland, 2008.

²⁷ Sul punto, cfr. M. U. Scherer, *Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2, 2016, 353 ss.

essere non solo quello dell'algoritmo, ma preliminarmente quello dei dati, e dunque della creazione di condizioni che consentano all'AI di utilizzare dataset costruiti correttamente, poiché è proprio nelle fonti (qui in senso tecnologico) che si annida il *vulnus* dei *bias*, errori di valutazione, pre-concetti di derivazione statistico-probabilistica, che rischiano di minare la correttezza e l'affidabilità dei risultati di un'analisi, ma che nella prospettiva giuridica rappresentano lo stereotipo pronto a trasformarsi in scelta discriminatoria²⁸.

D'altra parte, il *Memorandum* elaborato dall'OSTP sempre nel 2020²⁹, e indirizzato alle agenzie e alle altre amministrazioni federali, sulla scia della Comunicazione della Commissione europea dell'aprile 2019, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*³⁰, e delle linee guida dell'OCSE, anch'esse adottate nel 2019³¹, sembra dimenticare proposte legislative e dibattiti parlamentari e aprire la strada alla *self-regulation*, rispetto alla quale le criticità più forti sono state avanzate rispetto alla mancata presenza di strumenti di *enforcement* e, dunque, alla scarsa capacità di guidare effettivamente gli autori, ed insieme destinatari, della regolazione, verso gli obiettivi dichiaratamente perseguiti³².

Il *Memorandum* è esplicito nell'indicare la via che non deve essere seguita: quella dell'informare la regolazione al principio di precauzione, limitando così la possibilità di un pieno godimento dei benefici derivanti dalle presenti e future svariate applicazioni dell'AI. Che sia la regolazione oppure l'opzione zero a porre un freno alla crescita scientifica ed industriale dell'AI, in ogni caso le agenzie federali sono chiamate a orientare le proprie scelte avendo a riferimento una fonte del tutto peculiare: l'innovazione. Per certi versi essa diviene vera e propria fonte del diritto, secondo uno schema che non è sconosciuto ai nostri sistemi, secondo il quale fatti e condizioni sono in grado di tradursi in fonte (basti pensare alla necessità, o all'emergenza³³).

²⁸ Si consenta di rinviare a E. Stradella, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in Aa. Vv. (a cura di), *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, 2020. Le linee guida citate sono reperibili in www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2021/04/aiming-truth-fairness-equity-your-companys-use-ai.

²⁹ Cfr. *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies, Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications*, rivolto a tutte le agenzie federali americane, adottato in attuazione dell'Executive Order "Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence" n. 13859, febbraio 2019.

³⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, 8 aprile 2019, COM(2019), 168 final.

³¹ OCSE, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 22 maggio 2019.

³² Cfr. E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, cit. Gli autori si riferiscono in particolare allo strumento di *self-regulation* rappresentato dalla *Partnership on AI for the Benefit of People and Society* del 2016, conclusa dalle più importanti compagnie americane nel campo tecnologico, con il quale esse si impegnavano tra l'altro a non violare gli interessi dei soggetti coinvolti nell'applicazione dei sistemi di AI, garantendo la sicurezza.

³³ Non è chiaramente questa la sede per ripercorrere la riflessione sulla necessità come fonte del diritto, o sul regime costituzionale dell'emergenza, su cui si rinvia, limitandosi alle riflessioni più recenti, a E. A. Imparato, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza*

Molto significativo da questo punto di vista è il primo principio introdotto dal *Memorandum*, secondo il quale i cittadini e le cittadine devono nutrire la massima fiducia possibile nei sistemi di AI; la *public trust in AI* deve essere costruita per mezzo di tutti gli altri principi-elementi-caratteristiche enucleate: dalla cura della qualità dei dati, alla sicurezza, all'imparzialità e non discriminazione, fino alla trasparenza e alla partecipazione, che rappresenta il metodo attraverso il quale i pubblici poteri dovrebbero aprirsi alla comunità nei processi di regolazione dell'AI.

In buona sostanza, caratteristiche dei dati e dei sistemi di AI che li utilizzano, nonché forme della regolazione (che dovrebbe essere segnata dalla trasparenza e dalla partecipazione), risultano funzionali a generare fiducia nella comunità, e, dunque, all'innovazione tecnologica. Dalla fonte "principale" si dipanano una serie di strumenti, che l'atto individua, finalizzati a consentire alle agenzie federali di (non) regolare l'AI³⁴. Le agenzie sono infatti chiamate a elaborare *sector-specific policy guidance or frameworks*, ad avviare *regulatory sandboxes*³⁵, o favorire la vera e propria *self-regulation* promuovendo la definizione di standard privati sostenuti dal consenso.

3. Le fonti in Cina

Analizzare il sistema delle fonti dell'AI in Cina, soprattutto in termini di effetti regolativi sostanziali, risulta particolarmente complesso a causa della

delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intracostituzionale contemporanea, Napoli, 2019; G. Marazzita., *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003.

³⁴ Cfr. D. Bosch, *Trump Administration Outlines Approach to Regulating AI*, in *American Action Forum*, 22 gennaio 2020, A. Slater, *Will the White House's AI Policies Lead to Permissionless Innovation?*, in *The Regulatory Review*, febbraio 2020, in www.theregreview.org/2020/02/04/slater-white-house-ai-policies-permissionless-innovation/; e il commento in Italia di M. B. Armiento, *USA. La bozza di Memorandum sulla regolazione dell'Intelligenza Artificiale*, in *Osservatorio AIR*, 24 febbraio 2020, in www.osservatorioair.it/usa-la-bozza-di-memorandum-sulla-regolazione-dellintelligenza-artificiale/. L'analisi del rischio, prevista dal principio n. 4, con la quale si chiede una valutazione del rischio ed una definizione di cosa sia rischio accettabile, si accompagna all'affermazione della flessibilità di qualsiasi tipo di valutazione dei costi e dei benefici dell'AI, in coerenza con le continue trasformazioni che le tecnologie emergenti subiscono, rendendone intrinsecamente obsolescente qualsiasi tentativo di disciplina.

³⁵ Si parla di *regulatory sandbox* con riferimento a quei sistemi che permettono a certe tipologie di imprese di sperimentare prodotti o servizi innovativi, sotto il controllo e il monitoraggio di un'autorità competente nella relativa materia. Lo strumento è stato fino ad oggi utilizzato in particolare nel Regno Unito, ma anche in Italia il d.l. n. 34/2019, convertito con la l. n. 58/2019, ha avviato il processo di regolamentazione dello svolgimento di una sperimentazione con riguardo alle attività di "tecno-finanza" per l'innovazione di servizi e prodotti nel settore finanziario, bancario e assicurativo attraverso le nuove tecnologie digitali, come l'AI, cfr. B. M. Cremona, *RegTech 3.0: verso un Regulatory Sandbox europeo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2019, e I. M. Quattrocchio, *Fintech: il quadro di riferimento normativo - Fintech: the regulatory framework*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2, 2021, 152 ss.; V. Falce, G. Finocchiaro, *La "digital revolution" nel settore finanziario. Una nota di metodo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019, 313 ss.

forte discrasia esistente tra *law in the books* e *law in action*, e la difficoltà talvolta a rintracciare la stessa *law in the books*.

D'altra parte pensare di prescindere da un confronto comparato con le fonti cinesi della regolazione dell'AI non sembra possibile, in considerazione di quanto già sottolineato all'inizio di questa riflessione circa la centralità tecnologica, economica ed industriale del sistema.

Dal 2013, la Cina ha pubblicato numerosi documenti a livello nazionale, che potrebbero variamente rientrare nella categoria della *soft law*, con gradazioni diverse di intensità, in materia di sviluppo dell'AI nei diversi settori da questa potenzialmente interessati, ma fino al 2016 le fonti hanno riflettuto una considerazione dell'AI quale tecnologia tra le altre, certamente utile al perseguimento di obiettivi politici e sociali, ma non distinguibile del tutto né in termini tecnologici né, conseguentemente, regolativi, da altre tecnologie emergenti³⁶.

Tale situazione sembra mutare con il *New Generation Artificial Intelligence Development Plan (AIDP)*³⁷, emanato nel 2017 dal Consiglio di Stato cinese, supremo organo amministrativo dell'ordinamento, a due anni dall'adozione del programma "*Made in China 2025*". Tale documento, come ricordato dal *Report* del *China National Accreditation Service for Conformity Assessment*, sottolinea la necessità dello sviluppo di norme etiche, svolgendo una funzione essenzialmente di *moral suasion*, e attribuendo responsabilità di coordinamento ai livelli di governo locali.

Nel marzo del 2019 il Ministero cinese della Scienza e della Tecnologia ha istituito il *National New Generation Artificial Intelligence Governance Expert Committee*, che pochi mesi dopo ha emanato otto principi fondamentali per il governo dell'AI, del tutto sovrapponibili a quelli prodotti negli anni dai sistemi della *Western Legal Tradition*, tra cui quelli di trasparenza, dignità umana, privacy, responsabilità³⁸, in relazione ai quali l'ente nazionale di standardizzazione ha elaborato un libro bianco sugli standard nell'AI che ancora una volta include la riflessione sulla sicurezza di queste tecnologie e la loro sostenibilità dal punto di vista etico³⁹, e ha indicato la strada ai diversi enti governativi e alle società private verso l'ulteriore sviluppo di propri "set" di principi, generalmente ridondanti.

In un panorama segnato da fonti a basso contenuto normativo, generali nei contenuti e flessibili nelle forme, è intervenuta, nei mesi immediatamente precedenti a quando si scrive (agosto 2021), una legge in materia di protezione dei dati, la *Personal Information Protection Law of the People's*

³⁶ Cfr. H. Roberts et al., *The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation*, in *AI & Society*, 36, 2021, 59 ss.

³⁷ Su cui *ibidem*

³⁸ Cfr. L. Laskai, G. Webster, *Translation: Chinese expert group offers 'governance principles' for 'responsible AI'*, 2019, in bit.ly/3trqcIM.

³⁹ Cfr. G. C. Allen, *Understanding China's AI Strategy: Clues to Chinese Strategic Thinking on Artificial Intelligence and National Security*, February 2019, in www.cnas.org/publications/reports/understanding-chinas-ai-strategy.

Republic of China, entrata in vigore nei giorni in cui si completa la stesura di questo contributo⁴⁰. Una legge i cui contenuti ricalcano in buona parte quelli del GDPR, con alcuni inasprimenti⁴¹, ma che si combina con la *Cybersecurity Law* del 2017 e con la *Data Security Law*, emendata nel giugno 2021.

Il quadro cinese in materia di *data protection* è significativo ai nostri fini per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché mostra un modo in cui le fonti in materia di tecnologie si pongono in relazione all'interno del sistema; si intrecciano infatti regolazioni di livello regionale, che, per quanto limitate dal rispetto delle misure definite a livello centrale, determinano una geometria variabile di protezione; in secondo luogo, proprio per il fatto che la Cina abbia a disposizione un articolato corpo normativo in materia di protezione dei dati, intesi come *any records of information in electronic or other forms* (art. 3)⁴², secondo una visione olistica del dato che dovrebbe incidere anche sulle garanzie previste nella relazione dei soggetti con le tecnologie dotate di AI.

E proprio su queste garanzie si susseguono interventi promossi in particolare dal *Cyberspace Administration of China* (CAC), la ben nota agenzia centrale di regolamentazione e controllo di Internet, istituita nel 2014.

Da ultimo, il 27 agosto 2021, l'agenzia ha redatto una proposta di regolazione che interviene sull'utilizzo degli algoritmi di AI da parte delle compagnie nell'offerta di servizi ai consumatori, stabilendo che l'utilizzo degli algoritmi debba avvenire al fine di "*actively spread positive energy*", e che in ogni caso questi debbano essere sottoposti al governo per ottenere l'autorizzazione, mostrando la principale effettiva preoccupazione dei pubblici poteri in quell'ordinamento, vale a dire quella di mantenere il controllo su pensieri e opinioni, limitando l'eventuale utilizzo di algoritmi in grado di influenzare i cittadini in un senso diverso da quello auspicato⁴³. I limiti posti all'innovazione tecnologica che, come si è sottolineato, preoccupano il regolatore statunitense, sia esso il legislatore o gli enti che in varie misure e modalità intervengono nella definizione degli spazi dell'AI, e che in Europa rappresentano lo strumento irrinunciabile, per quanto residuale, per il perseguimento di uno sviluppo delle tecnologie emergenti compatibile con il patrimonio costituzionale europeo, in Cina divengono funzionali alla conservazione del potere. La proposta di legge si accompagna

⁴⁰ Sul quadro immediatamente precedente all'adozione della proposta, cfr. Y. Dai, *Data-related legislation and its implications for a country's competitiveness: the perspective of the People's Republic of China*, in *Journal of Data Protection and Privacy*, 2, 2021, 146 ss.

⁴¹ Si veda il commento di F. Pizzetti, *Il nuovo approccio cinese e l'importanza di un mercato unico digitale globale*, in *Agenda Digitale*, 27 agosto 2021, in www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/privacy-e-sicurezza-dei-dati-pizzetti-limportanza-del-sistema-cinese-nello-scenario-globale/.

⁴² Il testo della legge, come revisionata nel giugno del 2021, è disponibile nella traduzione non ufficiale di *chinalawtranslate.com*.

⁴³ Cfr. A. Sengupta, *China's new proposed law could strangle development of AI*, in *Fast Company*, 15 settembre 2021, in www.fastcompany.com/90676516/china-ai-law-problems.

con il parere redatto dal CAC il 29 settembre per il rafforzamento e la gestione dell'*Internet Information Service Algorithms Regulations*, con quale l'organismo mira a promuovere una gestione gerarchica della sicurezza algoritmica, identificando gli algoritmi "ad alto rischio" e avviando un sistema puntuale di *governance*. In particolare, i principi fondamentali che vengono introdotti esprimono l'esigenza che gli algoritmi siano compatibili con la protezione dei diritti e degli interessi garantendo trasparenza e pubblicità; rilevante l'affermazione per la quale poteri e responsabilità in materia di sicurezza algoritmica devono essere chiari, la *governance* algoritmica deve operare con efficienza e fondarsi su meccanismi partecipativi previsti dalla legge.

È quindi in conclusione possibile riprendere l'osservazione già citata (*supra*, nt. 34) per cui i contenuti regolativi non sembrano mutare del tutto attraverso le diverse esperienze, ma a cambiare sono gli effetti delle regole una volta che queste divengono operative nel contesto politico-istituzionale, sociale e culturale. Se un parallelismo tra Europa e Cina potrebbe rinvenirsi in un comune approccio precauzionale nei confronti di innovazioni potenzialmente rischiose per alcuni valori di riferimento, che distingue entrambi i sistemi dall'orientamento permissivo nord-americano, gli effetti in concreto appaiono assai divergenti, mentre la "regolazione minima" statunitense sembra progressivamente recepire l'attenzione europea verso le forti potenziali criticità di alcune applicazioni dell'AI. Questo ragionamento può spostarsi sul piano più propriamente delle fonti, dove non sarebbe corretto immaginare una diretta proporzionalità tra la rigidità della fonte di regolazione e l'efficacia della tutela disegnata per i diritti e gli interessi potenzialmente lesi dalle tecnologie regolate; e dove d'altra parte l'utilizzo di fonti di regolazione flessibili si pone a sua volta in attuazione di altri diritti e interessi meritevoli di tutela sul piano costituzionale, in una prospettiva comparatistica, quali la libertà economica, ma anche i diritti fondamentali nella loro dimensione sociale⁴⁴.

Elettra Stradella
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Pisa
elettra.stradella@unipi.it

⁴⁴ Poiché l'AI potrebbe configurarsi quale oggetto di un diritto, un diritto all'intelligenza artificiale, declinato sotto i diversi profili dei diritti sociali ai quali l'AI può garantire più ampia e sostanziale attuazione (dalla salute al giusto processo, per fare i due esempi forse più evidenti), che dalla scelta di fonti di regolazione coerenti con la natura propria dello sviluppo tecnologico trarrebbe opportunità di invero. Sul diritto alla più efficace tutela di alcuni diritti che dalle applicazioni dell'AI potrebbe scaturire, avvia la riflessione C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in Aa. Vv. (a cura di), *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, 2020.