

La AI fra pubblico e privato

di Andrea Simoncini ed Elia Cremona

Abstract: *AI between Public and Private* – The classic tools of public and private law are struggling to provide the answers that are urgently needed in the age of artificial intelligence. How, then, can we build the new legislative framework on artificial intelligence between the public and private dimensions? There are new “regulatory takings” on the horizon, such as the European proposal for a regulation on artificial intelligence, which includes essential private services among high-risk AI systems. But a new regulation of technology could also result from the development of some already existing legal concepts: from the ‘special responsibility’ of the company in a dominant position to the obligations of impartiality, transparency and motivation incumbent on private actors exercising public functions.

253

Keywords: Artificial Intelligence; public-private divide; private powers; fundamental rights and freedoms, hybrid constitutional law.

1. Una chiave di lettura

“Nel *Metaverso*, sarai in grado di fare quasi tutto ciò che puoi immaginare: stare insieme ad amici e familiari, lavorare, imparare, giocare, fare acquisti, creare, nonché realizzare esperienze completamente nuove che eccedono quello che pensiamo dei computer o dei telefoni oggi”. Così, il 28 ottobre 2021 Mark Zuckerberg ha presentato il futuro di *Facebook*, il social media da lui creato e che ha letteralmente rivoluzionato Internet e le relazioni sociali, diventando, così, una delle aziende più ricche del pianeta¹. La “terra promessa” proposta dal CEO di Facebook è un non-luogo nel quale non ci

• Questo articolo è frutto di una riflessione condivisa tra gli autori, ma i paragrafi 1 e 3.1 devono essere attribuiti ad Andrea Simoncini, mentre i paragrafi 2 e 3.2 ad Elia Cremona. Il paragrafo 4 va imputato ad entrambi. Il contributo riprende e aggiorna alcune riflessioni contenute in A. Simoncini, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 723 ss. e in E. Cremona, *Le nuove tecnologie oltre la “grande dicotomia” pubblico-privato*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”, Quaderno monografico 3*, 2021, 681 ss.

¹ Nella *Founder’s Letter* del 28 ottobre 2021, Zuckerberg ha annunciato che «The next platform will be even more immersive — an embodied internet where you’re in the experience, not just looking at it. We call this the metaverse, and it will touch every product we build. [...] In the metaverse, you’ll be able to do almost anything you can imagine — get together with friends and family, work, learn, play, shop, create — as well as completely new experiences that don’t really fit how we think about computers or phones today».

sono malattie, non c'è il duro condizionamento della realtà e soprattutto non c'è la fatica di sopportare i propri limiti. Ognuno potrà scegliere il proprio *avatar* e con quello presentarsi a tutti (gli altri *avatar*). Sembra avverarsi così il più radicale degli ideali marxisti² e la profezia del più visionario pensatore del movimento del cosiddetto “Sessantotto”, Herbert Marcuse: quella di liberare l'uomo dai lavori faticosi e ripetitivi³.

Il punto è che non si tratta solo di uno scenario futuribile, più o meno distopico. È solo un passo – l'ultimo in ordine di tempo – di una trasformazione che si è avviata a partire dagli anni '90 e che sembra travolgere irresistibilmente i nostri assetti sociali, economici ed istituzionali.

La diffusione impetuosa e pervasiva delle nuove tecnologie nel settore dell'informazione e delle comunicazioni⁴, sta facendo sì che tali sistemi tecnologici stiano diventando indispensabili per lo svolgimento delle nostre attività quotidiane. Dalle funzioni più semplici, legate alle preferenze della singola persona, a quelle più complesse, riguardanti la gestione di interessi collettivi, fino al governo di intere popolazioni; un numero sempre maggiore di funzioni – pubbliche e private – è realizzato attraverso strumentazioni di natura tecnica.

In particolare, questo sta accadendo nel settore che può essere considerato la dimensione più recente e promettente dell'evoluzione tecnologica: quello dell'Intelligenza Artificiale, laddove per essa si intende generalmente un sistema algoritmico in grado di generare “contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni”⁵.

In effetti, questa considerazione, in sé, potrebbe non essere sorprendente: l'evoluzione è nient'altro che il frutto di una costante relazione tra l'umano e la tecnologia⁶. La caratteristica che rende, però, peculiare il

² “In tutte le rivoluzioni sinora avvenute non è mai stato toccato il tipo dell'attività, e si è trattato soltanto di un'altra distribuzione di questa attività, di una nuova distribuzione del lavoro ad altre persone, mentre la rivoluzione comunista si rivolge contro il modo dell'attività che si è avuto finora, sopprime il lavoro”. Così K. Marx e F. Engels, *L'ideologia tedesca*, Roma, 1975, 29, ma anche cfr. 56-57, 187.

³ H. Marcuse, *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*, con introduzione di Douglas Kellner, II ed., Boston, 1991, pp.3 e ss. dove afferma: «una confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà, prevale nella civiltà industriale avanzata, segno di progresso tecnico. In verità, che cosa potrebbe essere più razionale della soppressione dell'individualità nel corso della meccanizzazione di attività socialmente necessarie ma faticose (...).

⁴ Ovvero tecnologie, di uso generale, riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione, che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso hanno posto le basi per la Quarta Rivoluzione industriale. Cfr. K. Schwab, P. Pyka, *Die Vierte Industrielle Revolution*, Monaco, 2016.

⁵ Cfr. la definizione contenuta all'art. 3, par. 1, n. 1, della Proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 che recita: ““sistema di intelligenza artificiale” (sistema di IA): un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o *decisioni* che influenzano gli ambienti con cui interagiscono” (nostro il corsivo).

⁶ Cfr. l'intervista a Carlo Sini, “*La cosa in sé: una superstizione moderna*”, in

tempo che viviamo, riguarda, da un lato, il *tipo* di cultura tecnica impiegata – quella nata a seguito della cosiddetta rivoluzione *cibernetica*⁷ – cultura che implica *intrinsecamente* un riflesso sull'ordine politico⁸; dall'altro, la *trasversalità* di questa strumentazione tecnologica che, producendo anche decisioni – e non solo *mezzi* per eseguire decisioni – può applicarsi a qualsiasi ambito della esistenza umana.

Ad acuitizzare questo quadro già estremamente significativo, è intervenuta la pandemia da Covid-19, accelerando ancor più visibilmente questa già evidente forma di dipendenza tecnologica. Recuperando l'efficace espressione del filosofo Hartmut Rosa, la pandemia potrebbe in realtà rivelarsi una delle molte forme di “decelerazione (acceleratoria) funzionale”⁹ che hanno costellato la storia della modernità e che in ultima analisi hanno reso possibile il progresso tecnologico¹⁰. In altre parole, lo *shock* determinato dalla crisi innescata dalla pandemia ha accelerato processi di cambiamento già in corso, rendendo “improvvisamente obsoleto” ciò che già era vecchio e “improvvisamente indispensabile” ciò che era considerato come nuovo.

Riflettiamo: oggi moltissime dotazioni tecnologiche rappresentano l'architettura essenziale di servizi di interesse generale. Si pensi, nel corso della pandemia, a quanti diritti costituzionali (salute, istruzione, lavoro) sono stati garantiti *solo* grazie a grandi piattaforme digitali *private* che hanno consentito, ad esempio, la didattica a distanza o il cosiddetto *smart-working*¹¹. Ma altrettanto potremmo dire per la gestione delle telecomunicazioni,

www.inattuale.paolocalabro.info/2012/03/la-cosa-in-se-una-superstizione-moderna.html, ultima consultazione 04/02/201; G. Buccellati, *All'origine della politica. La formazione e la crescita dello Stato in Siro-Mesopotamia*, Milano, 2013; A. Leroi-Gourhan, *Evoluzione e tecniche*, Milano, 1993.

⁷ N. Wiener, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, 1948; Cfr. anche V. Frosini, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, 63 ss.

⁸ H. Marcuse, *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*, con introduzione di Douglas Kellner, II ed., Boston, 1991, 3 ss il brano citato sopra prosegue “Che questo ordine tecnologico comporti anche un coordinamento politico ed intellettuale è uno sviluppo che si può rimpiangere, ma che è tuttavia promettente» (nostra traduzione).

⁹ H. Rosa, *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità*, Torino, 2015.

¹⁰ Cfr. C. Visentin, *Accelerazione sociale e pandemia: sulla teoria di Hartmut Rosa*, in *PandoraRivista*, 14 luglio 2020, in www.pandorarivista.it/articoli/accelerazione-sociale-e-pandemia-sulla-teoria-di-hartmut-rosa/#_ftnref17.

¹¹ Cfr. E. Cremona et al., *Infrastrutture digitali strategiche per il paese, tra pubblico e privato*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. III – *Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 76-82.

dell'energia¹², dei trasporti¹³, dei sistemi giudiziari¹⁴, degli apparati militari¹⁵. E ancor più profonda è la dipendenza tecnologica del sistema economico, sia nella dimensione produttiva (la cosiddetta industria 4.0), che nei servizi (si pensi ai settori bancario, finanziario, assicurativo), tanto da aver suggerito la nota definizione di “capitalismo di sorveglianza”¹⁶.

La sola narrazione di questi fatti può già suggerire una prima chiave di lettura del fenomeno: dimensione pubblica e dimensione privata sono oggi profondamente sfidate nella loro storica distinzione¹⁷; nella pratica della società digitale queste dimensioni sono costantemente mescolate, soggetti privati assumono volontariamente funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri, mentre i soggetti pubblici sono spesso *costretti* a rivolgersi a privati (e non volontariamente li scelgono) per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni.

256

La ragione profonda per cui siamo diventati così vistosamente dipendenti da queste nuove tecnologie sia nel settore pubblico che in quello privato, è complessa e richiederebbe altro approfondimento, ma in questa sede possiamo limitarci ad osservare che essa deve essere ricercata in due direzioni: quella della *velocità* e della *convenienza*.

Oggi, grazie a sistemi di calcolo sempre più sofisticati è possibile elaborare quantità mai sperimentate prima di informazioni¹⁸. Esiste una legge empirica¹⁹ secondo la quale ogni diciotto mesi la complessità e le performances dei microprocessori raddoppia.

Ovviamente questo dato di fatto produce un vantaggio incomparabile in termini di efficienza rispetto alla variabile sinora ritenuta indipendente nelle funzioni umane: quella temporale. Poter compiere la stessa quantità di operazioni in tempi sempre più ridotti è diventato un indicatore certo della

¹² Si veda l'attacco *hacker* sferrato il 7 maggio 2021 alla *Colonial Pipeline*, oleodotto di quasi 9.000 chilometri che trasporta 3 milioni di barili di carburante al giorno da Houston a New York. Vd. www.nytimes.com/2021/05/14/us/politics/pipeline-hack.html.

¹³ Si pensi all'uso di sistemi di intelligenza artificiale nel settore dei trasporti, nei servizi di volo o nel settore nautico.

¹⁴ Per una valutazione dell'impatto delle nuove tecnologie digitali sul processo si veda E. Longo, *La giustizia nell'era digitale*, in corso di pubblicazione nel volume degli atti del convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa dal titolo "*Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*" (Genova 18-19 giugno 2021). Il riferimento è, in particolare al processo telematico introdotto nella giustizia civile e amministrativa, nonché a quello di prossima introduzione nella giustizia penale. Cfr. anche M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872-893.

¹⁵ Cfr. C. Cucco, D. Mauri, *Omicidi mirati a mezzo drone: brevi riflessioni a margine del caso "Lo Porto" tra diritto penale e diritto internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, 65 ss.

¹⁶ S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019, *passim*.

¹⁷ Per una ricostruzione in chiave storica sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020.

¹⁸ Per un'analisi più approfondita delle peculiarità tecniche riguardanti l'AI si veda in questo fascicolo P. Traverso, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*.

¹⁹ È la cosiddetta *Legge di Moore*. Si veda la Voce nell'Enciclopedia britannica, al seguente link: www.britannica.com/technology/Moores-law.

efficienza di un sistema.

La seconda direzione è quella della *convenienza* pratica. L'automazione dei processi decisionali, da quelli più semplici (come cercare il tragitto più breve per raggiungere una località in auto), a quelli più complessi (prevedere se una persona che ha commesso un reato, lo ricometterà), solleva gli esseri umani da un'attività estremamente complessa e faticosa: quella di riflettere, valutare e decidere; attività che, in certe situazioni, oltre ad essere impegnativa, può diventare anche rischiosa e potenzialmente, costosa, se nelle decisioni sono coinvolti profili di responsabilità²⁰.

Di qui l'ulteriore spinta alla diffusione di queste tecnologie tra le attività di natura pubblica e privata. Ovviamente, quando questi sistemi funzionano correttamente, non ne percepiamo l'esistenza; semplicemente, in maniera consapevole o meno, li utilizziamo e ce ne avvantaggiamo; ma quando qualcuno di questi apparati tecnologici s'incepta, mal funziona o, addirittura, viene sabotato²¹, allora ci accorgiamo della loro esistenza. È proprio in queste situazioni che ci rendiamo conto del *potere* che questi dispositivi esercitano sulle nostre vite. Così realizziamo le conseguenze che possono derivare dall'aver o meno accesso a questi mezzi²², ovvero quali effetti negativi possono derivare per la nostra vita se questi strumenti non funzionano correttamente ovvero se sono usati intenzionalmente in maniera lesiva.

La conclusione è che ci troviamo, dunque, dinanzi ad una nuova forma di *potere*, intendendo con questo termine *la capacità, di natura pubblica o privata, di produrre unilateralmente effetti rilevanti nella sfera giuridica di un soggetto*²³. Effetti che possono essere liberamente voluti o accettati dal soggetto stesso, oppure subiti; possono ampliare la sua sfera di libera autodeterminazione ovvero restringerla²⁴.

²⁰ Cfr. C. Casonato, *AI and Constitutionalism: The Challenges Ahead*, in B. Braunschweig, M. Ghallab (a cura di), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, Cham, 2021, 138 ss. Vari inoltre sono sul punto i contributi contenuti in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.

²¹ Ne è un esempio l'attacco hacker ai server della Regione Lazio, che ha impedito per alcuni giorni la possibilità di prenotare il vaccino contro il Covid-19; cfr. www.regione.lazio.it/notizie/attacco-hacker. Questa notizia di cronaca è solo una delle più eclatanti dei tempi recenti, a testimonianza di un fenomeno crescente e conosciuto come *cyber-crime*. Il termine è entrato ormai nel lessico comune tanto che l'Enciclopedia Treccani lo ha inserito nel suo dizionario *online* con questa definizione: "*Reato nel quale la condotta o l'oggetto materiale del crimine sono correlati a un sistema informatico o telematico, ovvero perpetrato utilizzando un tale sistema o colpendolo (rispettivamente, si parla di computer as a tool e computer as a target)*". La voce è inserita nel *Lessico del XXI secolo* dell'Enciclopedia. Cfr. www.treccani.it/enciclopedia/cybercrime_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/#:~:text=cybercrime%20s..e%20computer%20as%20a%20target.

²² Sia consentito rinviare a A. Simoncini, *L'uso delle tecnologie nella pandemia e le nuove disegualianze*, in L. Violante, A. Pajno, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021, 225 ss.

²³ Sulla distinzione tra le categorie di potere e potestà nel diritto pubblico e nel diritto privato, cfr. A. Lener, *Potere*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.

²⁴ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini et al., *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 e ss.; G. De Minico, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1, 2015, 27 ss.; Ead., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012,

Ad ogni modo, questi poteri tecnologici dalla natura mutevole, tanto pubblica quanto privata, possono contribuire alla realizzazione e all'ampliamento delle libertà fondamentali della persona, ovvero, per la stessa potenza "pratica", possono causare gravi lesioni o restrizioni²⁵. È quel carattere "ambiguo" della modernità che Zygmunt Bauman ha da tempo messo in luce²⁶.

Questa *ambivalenza* si proietta sul mondo del diritto, spingendo verso il superamento della classica distinzione 'pubblico-privato'. Norberto Bobbio, alla voce *pubblico/privato* redatta per l'*Enciclopedia* Einaudi nel 1981, parlava al proposito di una «grande dicotomia», di una distinzione idonea a «dividere l'universo in due sfere, congiuntamente esaustive [...] e reciprocamente esclusive»²⁷.

Oggi, dinanzi a queste nuove piattaforme tecnologiche capaci di condizionare in maniera così radicale le relazioni sociali, la scenografia disegnata da Bobbio negli anni '80 va ripensata. Non c'è più la stessa certezza né sui soggetti, né sulle attività. L'ordinamento pare ormai orientato verso una nozione "funzionale e cangiante"²⁸ di 'pubblico', predominante nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, secondo la quale il criterio da utilizzare per tracciarne il perimetro non è sempre uguale a sé stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa.

In questo contesto "liquido", nel quale soggetti privati soggiacciono a regimi di diritto pubblico e soggetti pubblici seguono le norme di diritto comune, si innesta il problema tecnologico: sia sotto il profilo della *funzione assolta* (privata o pubblica?), sia sotto il profilo della *regolazione* (privata o pubblica?).

191 ss.; F. Modugno, *Diritti dei consumatori come diritti di terza generazione?*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 53 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 122 ss.

²⁵ Ampiamente sul tema, H.-W. Micklitz et al., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022.

²⁶ Z. Bauman, *Modernità e ambivalenza*, Bari, 2010.

²⁷ N. Bobbio, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3, cit. in B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G. A. Benacchio, M. Graziadei, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, 3. Procedendo *à rebours*, Federico Carlo di Savigny, passando in rassegna "l'intero diritto" afferma, nel suo *Sistema del diritto romano attuale*, che si distinguono in esso due rami: lo *Staatsrecht* e il *Privatrecht*. Il primo "ha per oggetto lo Stato", il secondo "l'insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita"; Immanuel Kant, allo stesso modo, dimidia i suoi *Principi metafisici della dottrina del diritto* tra diritto privato, che disciplina il possesso, l'acquisto e il contratto, e il diritto pubblico, che comprende il diritto dello Stato, il diritto dei popoli e il diritto cosmopolitico. E così via, "senza sostanziali mutamenti" (ancora Bobbio), si giunge fino ad Ulpiano, secondo il quale "*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*", *Dig.* I, 1,1,2. *Inst.*, I, 1, 4. E ancora una lunga, completa rassegna del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato in B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 2020.

²⁸ Così Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, che ha dato corso ad un seguitissimo filone giurisprudenziale, tutt'oggi largamente prevalente.

2. Le novità della Proposta di AI Act

Il più coraggioso dei tentativi di regolare il fenomeno della AI è probabilmente – a livello globale²⁹ – la Proposta di regolamento avanzata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021³⁰. Come si accennava, anche la regolazione risente della trasversalità del fenomeno alla dimensione pubblica e privata, con norme che è molto difficile etichettare come pubblicistiche o privatistiche.

Se ne può fare una rapida rassegna. Innanzitutto, la base giuridica della proposta è l'art. 114 TFUE: il funzionamento del mercato interno, nel quale deve essere assicurata la sicurezza del 'prodotto' AI. Così pure si giustifica l'adozione dello strumento 'regolamento', in luogo di una direttiva: evitare il frazionamento del mercato. L'uso dello strumento del regolamento, inoltre, non ha solo il pregio della diretta applicabilità, ma anche quello dell'efficacia orizzontale. Da un punto di vista costituzionale, è importante notare come la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali non sia più affidata al solo soggetto pubblico, ma anzi sia concepita come il frutto di una collaborazione pubblico-privato. Analogamente a quanto accaduto con il GDPR, la Proposta di regolamento, proprio grazie all'efficacia orizzontale assicurata dalla fonte³¹, in sostanza deferisce a soggetti privati (i fornitori dei sistemi di AI³²) una importante porzione della tutela di diritti sanciti nella Carta di Nizza³³. Certo questo avviene sotto la supervisione dell'Autorità pubblica

²⁹ Pure interessante è la *Directive on Automated Decision-Making* canadese. Cfr: www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592.

³⁰ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF. Cfr. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 415. A questo proposito si veda in questo fascicolo anche B. Marchetti, L. Parona, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*.

³¹ Si conferma il trend della *European Private Law Integration through Technology*, in forza della quale la regolazione europea "costituzionalizza" (cioè porta al livello delle fonti UE) il diritto privato della tecnologia, approvando 'regolamenti' (in luogo di direttive) la cui base giuridica è sempre il funzionamento del *digital single market*. Cfr. A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Persona e mercato*, 2, 2021, 244-260.

³² Per quanto riguarda i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio che sono componenti di sicurezza dei prodotti, la proposta integra la legislazione settoriale in materia di sicurezza dei prodotti immessi in commercio. In particolare, per quanto riguarda i sistemi di IA ad alto rischio relativi ai prodotti coperti dalla legislazione del c.d. *New Legislative Framework* (che riguarda macchine, dispositivi medici, giocattoli, ecc.), i requisiti per i sistemi di IA fissati nella proposta sono soggetti alle stesse procedure di valutazione della conformità esistenti ai sensi della legislazione del NLF (ovvero *Regolamento (CE) 765/2008*, che stabilisce i requisiti per l'accreditamento e la vigilanza del mercato dei prodotti; *Decisione 768/2008*, su un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti; *Regolamento (UE) 2019/1020* sulla vigilanza del mercato e la conformità dei prodotti).

³³ I diritti tutelati dalla Carta di Nizza che ricevono un impatto da parte della Proposta di

(anche se questa in realtà, a sua volta, delega la verifica di conformità a organismi di certificazione³⁴).

La commistione pubblico-privata incide altresì nella scelta del modello di regolazione che la Proposta definisce come “strumento legislativo orizzontale dell'UE che segue un approccio proporzionato basato sul rischio”, combinato con la “adozione di codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio”, ovvero un modello di etero-regolazione combinato con un modello di co-regolazione debole³⁵.

Anche nel merito, dimensione pubblica e dimensione privata si incontrano nello strumento dei codici di condotta³⁶, di cui è incentivata l'adozione, e nelle *sandboxes*³⁷. Ma il profilo forse più interessante e innovativo è la previsione, nel considerando n. 37³⁸ e nel punto 5 dell'allegato III della Proposta, di una categoria giuridica di nuovo conio: quella dei servizi *privati* essenziali, che sono qualificati come *high-risk* e che dunque soggiacciono ad un più stringente regime giuridico. La Proposta precisa che i sistemi di IA, impiegati nel settore privato (come ad esempio nella valutazione del merito creditizio da parte di una impresa bancaria³⁹), possono portare “alla discriminazione di persone o gruppi e perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio in base all'origine razziale o etnica, alle

regolamento sono: il diritto alla dignità umana (articolo 1), il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali (articoli 7 e 8), non discriminazione (articolo 21) e parità tra donne e uomini (articolo 23), diritto alla libertà di espressione (articolo 11), la libertà di riunione (articolo 12), diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo, i diritti di difesa e la presunzione di innocenza (articoli 47 e 48), nonché il principio generale di buona amministrazione (articolo 41). In determinati settori, la proposta si occupa di diritto dei lavoratori a condizioni di lavoro eque e giuste (articolo 31), livello elevato di protezione dei consumatori (articolo 28), diritti del bambino (articolo 24) e integrazione delle persone con disabilità (articolo 26). Infine, è preso in considerazione anche il diritto a un livello elevato di protezione ambientale e al miglioramento della qualità dell'ambiente (articolo 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone. Le libertà che invece sono considerate soggette ad alcune restrizioni sono: la libertà di condurre affari (articolo 16), la libertà di arte e scienza (articolo 13) e il diritto alla protezione della proprietà intellettuale (articolo 17, paragrafo 2).

³⁴ Considerando 54 e artt. 43 e 44 della Proposta.

³⁵ La proposta dichiara di aver optato per un modello di regolazione piuttosto incisivo, di livello 3+ su scala 4: Opzione 1: strumento legislativo dell'UE che istituisce un sistema di etichettatura volontario; Opzione 2: approccio settoriale "ad hoc"; Opzione 3: strumento legislativo orizzontale dell'UE che segue un approccio proporzionato basato sul rischio; Opzione 3+: strumento legislativo orizzontale dell'UE che segue un approccio proporzionato basato sul rischio + codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio; Opzione 4: strumento legislativo orizzontale dell'UE che stabilisce requisiti obbligatori per tutti i sistemi di IA, indipendentemente dal rischio che comportano.

³⁶ Considerando 81 ss. e art. 69 della Proposta.

³⁷ Considerando 71 ss. e artt. 53 ss. della Proposta.

³⁸ Dove si parla di “accesso ad alcune prestazioni e servizi pubblici e servizi privati essenziali, necessari affinché le persone possano partecipare pienamente alla vita sociale o migliorare il proprio tenore di vita, e la fruizione di tali servizi”.

³⁹ Cfr. F. Bagni, *Usi degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, 909 ss.

disabilità, all'età o all'orientamento sessuale, o dar vita a nuove forme di effetti discriminatori”.

Si tratta di una innovazione giuridica di speciale importanza, che potrebbe trarre con sé più di quanto ad oggi non si pensi: aprire – finalmente – ad una concezione *funzionale* di servizio essenziale (cioè pubblico, anche se svolto da un privato) potrebbe consentire di responsabilizzare i grandi *player* privati dell'era digitale. Oggi, lo si è detto poc'anzi, i servizi digitali erogati dalle Big Tech sono ormai 'essenziali' e l'impatto della loro azione economica sui diritti e le libertà fondamentali è sotto gli occhi di tutti. Perciò, ben venga un approccio trasversale nel quale, ad un tempo, soggetti pubblici e privati sono equiparati quali destinatari della regolazione, e allo stesso tempo si detti una disciplina che prescindendo dalla natura dei soggetti e guardi invece alla natura dell'attività svolta.

3. L'impatto dell'AI sui paradigmi classici

3.1. L'impatto sul paradigma pubblicistico

Un potere tecnologico come quello che si esprime attraverso l'intelligenza artificiale chiama direttamente in causa il diritto pubblico e costituzionale. Il costituzionalismo, infatti, quantomeno nella sua versione moderna⁴⁰, nasce proprio con lo scopo di porre un limite giuridico ai poteri (dapprima quelli privati⁴¹ e poi anche quelli pubblici⁴²) al fine di proteggere in maniera effettiva i diritti e le libertà fondamentali della persona.

Il diritto pubblico – e quello costituzionale in particolare – ha da sempre trovato nella *normazione* lo strumento principale per fissare tali limiti, ovverosia, per creare un ordine legale al quale ricondurre i rapporti di natura giuridica che si vengono a creare all'interno di un determinato contesto sociale.

Per tale ragione, dinanzi all'“erompere” di questi nuovi poteri⁴³, oggi si ripropone una grande questione di natura costituzionale: *quali* fonti normative utilizzare e *che tipo* di regolazione può efficacemente delimitare l'esercizio del potere tecnologico, in particolare quando esso coinvolge le

⁴⁰ Sul tema si veda il classico B. Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, (trad. it. e cura di L. Arnaudo), Macerata, 2001.

⁴¹ Il cosiddetto primo costituzionalismo nasce per limitare i poteri del re. Si prenda per tutti ad esempio l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione”. Cfr. M. Fioravanti, *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

⁴² Il cosiddetto secondo costituzionalismo, quello novecentesco, nasce invece per limitare il potere dello Stato. Cfr. per tutti P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

⁴³ Cfr. E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, numero speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, 879-907.

libertà o i diritti delle persone?

La risposta a queste domande richiede un approccio di diritto costituzionale – altrove è stato definito un *mindset*⁴⁴ - “ibrido”, capace cioè di utilizzare diverse forme di propulsione, così come un linguaggio ed un metodo di analisi comprensibili sia dal regolatore che dal regolato.

Tutte le dimensioni fondamentali del paradigma pubblicistico, infatti, sono coinvolte.

Per un verso, il modo con il quale il potere tecnologico interferisce con la libertà attiene alla dimensione della “*forma di Stato*”, intesa come la risoluzione che un dato ordinamento costituzionale dà alla tensione tra autorità e libertà⁴⁵. Come abbiamo ricordato, questi nuovi sistemi tecnici, producono compressioni delle libertà fondamentali di natura del tutto nuova: si sta consolidando una forma di *dipendenza informativa* dalla tecnologia sempre più rilevante, by-passando, sempre più spesso, quelle agenzie educative che da sempre hanno avuto lo scopo consentire alle persone a sviluppare un proprio senso critico responsabile nell’uso delle informazioni.

Allo stesso tempo, aumenta l’uso di sistemi di intelligenza artificiale in grado di sostituire gli esseri umani nelle loro decisioni; dunque, o perché forniscono le informazioni necessarie per decidere, o perché del tutto sostituiscono le decisioni del soggetto, queste nuove tecnologie finiscono per comprimere la libertà umana, per così dire, *dall’interno* della volontà.

A tale scenario in trasformazione, va poi aggiunta una ulteriore considerazione che riguarda la dimensione economica dei soggetti che oggi producono e commerciano questi prodotti o servizi tecnologici capaci di interferire con le nostre libertà.

Stiamo parlando dei principali *players* economico-finanziari del nostro pianeta, in grado di aggregare capitali e risorse economiche di gran lunga superiori a quelle di molti Stati del mondo. Circostanza, questa, che deve indurre una ulteriore attenta riflessione sulla natura (ancora) solo privata di queste società⁴⁶.

Per altro verso, porsi la domanda sulle forme di limitazione normativa di questi poteri privati, aggiunge alla dimensione della forma di Stato sopra citata, anche quella della “*forma di Governo*”, intesa come la distribuzione fondamentale dei poteri all’interno di un dato assetto costituzionale.

È evidente che, in sistemi costituzionali a forma di governo

⁴⁴ A. Simoncini, *Il costituzionalismo come “forma mentis”*. Un’ipotesi di ricerca, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2260 ss.

⁴⁵ Per tutti, P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020, 19 ss.

⁴⁶ M. Scott, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, in www.politico.eu, 25 marzo 2020; W. Liu, *Coronavirus has made Amazon a public utility so we should treat it like one*, in *The Guardian*, 17 aprile 2020; K. Basu, A. Caspi, R. Hockett, *Markets and Regulation in the Age of Big Tech*, in *Capitalism & Society*, 1, 14 dicembre 2021, 13; K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo Law Review*, 5, 2018, 1621-1692; V. Bagnoli, *Digital Platforms as Public Utilities*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, 903-905.

“parlamentare” quali il nostro, il compito della normazione deve spettare innanzitutto, ed in prima battuta almeno, agli organi il cui potere deriva direttamente dal popolo. Ma, anche in questo caso, come nella dimensione della forma di Stato, le caratteristiche proprie del potere tecnologico sono tali da mettere in crisi questa tradizionale attribuzione.

La normazione primaria “classica” – quella che si realizza attraverso la legge parlamentare, a cui si affiancano in vario modo i poteri legislativi del governo – oggi risulta essere inadeguata ed insufficiente a creare un ordine giuridico-normativo effettivamente espressivo dei principi costituzionali.

Non è un caso che proprio nell’area tecnologica stiamo vedendo fiorire negli ultimi decenni strumenti regolativi di nuova generazione, quali, ad esempio, la cosiddetta *soft-law* ovvero l’adozione di codici etici o di strumenti normativi quali, le linee guida o le c.d. *best-practices*: fonti sicuramente di struttura ed efficacia diversa rispetto alle fonti primarie tipiche dello strumentario costituzionale. La stessa Proposta di Regolamento sull’Intelligenza Artificiale esaminata in precedenza sceglie come impostazione regolativa il cosiddetto “*risk-based approach*”, assetto, com’è noto, ispirato a forme di normazione ben differenti da quella classica.

Tutto questo perché la regolazione della tecnologia richiede una anticipazione rispetto ad eventi che siamo abituati a regolare classicamente *ex post*. In moltissimi casi, quando una certa soluzione tecnologica è già stata adottata o realizzata, diviene estremamente difficile condizionarne – o impedirne – l’uso attraverso norme e sanzioni di natura pubblica.

Occorre sempre più spesso anticipare la protezione dei beni giuridici alla fase di progettazione (*protection by design*), ovvero rendere il rispetto delle norme incorporato nelle funzioni automatiche (*protection by default*) delle stesse soluzioni tecnologiche.

Tutto questo richiede, per chi deve scrivere questo tipo di norme, un tasso di conoscenze tecniche ovvero il possesso di una quantità di informazioni che i classici procedimenti di regolazione, centrati sull’organo rappresentativo della sovranità popolare, normalmente non hanno.

3.2. L’impatto sul paradigma privatistico

Non solo le categorie giuspubblicistiche sono messe in crisi dall’avvento dell’*infosfera*⁴⁷. Da tempo, infatti, il diritto privato non è più, per così dire, l’isola felice dell’autodeterminazione e dell’autoresponsabilità⁴⁸: emergono paradigmi nuovi (crescenti obblighi di protezione dei soggetti deboli) ed entrano in crisi gli istituti portanti⁴⁹.

⁴⁷ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

⁴⁸ G. Vettori, *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano 2015; H.-W. Micklitz, *The Many Concepts of Social Justice in European private Law*, Cheltenham, 2011; S. Rodotà, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, 9 ss.

⁴⁹ Sul declino del contratto, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016, 38 ss. Cfr. E.

Nell'era dell'intelligenza artificiale, ormai la gran parte delle operazioni economiche tra privati si realizzano *online* tra uomini e algoritmi e concetti cardine del diritto privato come 'volontà', 'consenso', 'contratto', sono oggetto di un profondo ripensamento.

Crescono profonde *asimmetrie* (non solo informative) e diseguaglianze⁵⁰. E ciò spesso proprio grazie alla presunzione di una eguale capacità di autodeterminazione delle parti "contraenti" *online* (che l'autonomia privata generalmente presuppone).

Il tema della prestazione del consenso negli ambienti digitali è, in questo senso, emblematico. Infatti, è esperienza comune che alla fruizione dei servizi in rete non si accompagna un'attenta lettura e la consapevole accettazione dei termini di servizio o delle condizioni d'uso⁵¹. Piuttosto l'utente è continuamente indotto a "mentire", dichiarando di aver letto ciò che invece non ha affatto letto. Senza considerare che, poi, l'accettazione si considera perfezionata – molto spesso – con il semplice avvio dell'utilizzo del servizio, col che l'autodeterminazione informativa ne riesce del tutto compromessa⁵².

Il problema appare piuttosto affondare in una asimmetria informativa strutturale e permanente tra piattaforma e utente, non ovviabile né con più stringenti regole di validità dei contratti sui vizi del consenso, né gravando la piattaforma di obblighi informativi supplementari, che avrebbe gioco facile a "sommargere" gli utenti di pagine infarcite di diritti, ma prive di immediatezza e comprensibilità.

Si è sostenuta in certi ambienti (e nello stesso senso va anche il GDPR⁵³) l'opportunità di potenziare gli oneri informativi a carico del titolare del trattamento e la c.d. granularità del consenso dell'interessato⁵⁴, cioè di fare in modo che esso sia il più specifico possibile.

Nella stessa direzione sembra andare anche la proposta della Commissione europea di *Digital Markets Act*. L'articolo 5, rubricato *obblighi dei gatekeeper*, prescrive che il *gatekeeper* «si astiene dal combinare dati

Gabrielli, "Operazione economica" e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, spec. 172 ss.; M. Robles, *L'ordine pubblico "economico" tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giustizia Civile*, 4, 2016, 800 ss.

⁵⁰ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63 ss.; cfr. J. Haskel, S. Westlake, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton-Oxford, 2018.

⁵¹ Sia consentito rinviare a E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'era della tecnologia*, in *DPCE online*, Sp, 2022, 1235 ss.

⁵² Eppure, un quadro di regolamentazione nel quale la libertà del consenso sia significativamente protetta parrebbe esistere. Anzitutto, se si muove dall'idea che una qualche forma di rapporto giuridico si instauri, la libera formazione della *voluntas contrahendi* (il *Wille*) è tradizionalmente tutelata dall'impalcato civilistico dei vizi del consenso, pure "allargato" dalla teoria dei c.dd. vizi incompleti. Ma una risposta in termini meramente civilistici, lo si dirà nel seguito, pare non soccorrere.

⁵³ Considerando n. 32; art. 6, par. 1, lett b), del Regolamento UE; cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento n. 130 del 21 giugno 2019.

⁵⁴ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411-440.

personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper*...». Ciò, però, «a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso»⁵⁵.

Senonché, una operazione di sostituzione di un consenso globale delle condizioni generali (o termini d'uso) con tanti specifici consensi rischia di risolversi in una consapevolezza ancor minore delle scelte effettuate. Ciò non significa che allora si possa prescindere dalla manifestazione del consenso. Ma che ciò non è sufficiente.

Occorre viceversa assicurare un *surplus* di responsabilità da parte dei *digital private powers*, che tenga conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della *funzione – lato sensu – pubblica* cui essi oggi assurgono⁵⁶.

A questo fine, un approccio regolatorio meramente demandante al diritto privato, pur se improntato alla correzione delle asimmetrie strutturali e funzionali dei rapporti giuridici *online*, pare mostrare il fianco.

E in effetti, già nel 1977, il Bianca giungeva a questa conclusione con riferimento a quelle che chiamava «autorità private». In particolare, accanto alle autorità private di diritto, egli rappresentava le autorità private di fatto, e cioè quei «poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»⁵⁷. Quando tali poteri si pongono contro l'ordinamento, la tutela dei cittadini è generalmente affidata all'apparato repressivo, fatto di sanzioni penali ed amministrative. Accade tuttavia che tali «poteri autoritari di fatto» esprimano «l'esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati» (ciò che esattamente accade oggi, nell'ambiente digitale).

Così, avvertiva, una soluzione in termini di indifferenza giuridica può risultare semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale (e lo sarebbe oggi rispetto ai molteplici problemi posti dalla società digitale) e che trovano invece uno specifico spunto risolutivo nella riaffermazione del principio costituzionale di eguaglianza effettiva, quale principio che «legittima in generale l'aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto»⁵⁸.

Oggi, l'equiparazione tra mercati *online* e *offline* è da più parti messa in discussione. Si discute della sussistenza stessa di 'contratti', in favore di più leggere 'operazioni economiche', si discute dei nuovi soggetti protagonisti

⁵⁵ Commissione europea, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it.

⁵⁶ F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 508.

⁵⁷ C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 55.

⁵⁸ *Ivi*, 56.

del rapporto negoziale, non più contraenti “senza qualità”, e neppure più ‘professionisti’ e ‘consumatori’, ma grandi piattaforme (poteri privati) e utenti. Con un evidente accrescimento dell’asimmetria corrente tra le parti che non potrà non tradursi nella predisposizione di regole *ad hoc*. Non v’è chi non veda che considerare una grande piattaforma come Facebook o Google alla stregua di un ‘professionista’ e l’utente come ‘consumatore’ sia una operazione di forzatura ermeneutica che rischia fortemente di dare risposte inadeguate sul piano dell’effettività della tutela: queste grandi piattaforme sono ‘più-che-professionisti’ e gli utenti sono ‘meno-che-consumatori’.

Ciononostante, il diritto privato europeo del *digital single market* va sempre più ingrandendosi, inglobando sempre maggiori settori e simmetricamente erodendo segmenti di regolazione nazionale. Comprende oggi l’*e-commerce*⁵⁹, la protezione dei dati personali⁶⁰ e non⁶¹, la c.d. *e-privacy*⁶², la proprietà intellettuale⁶³, il diritto contrattuale dei consumatori digitali e degli utenti commerciali⁶⁴, la fornitura di contenuti e servizi digitali⁶⁵, la regolazione della *digital competition*⁶⁶, la gestione *big data*⁶⁷, l’intelligenza artificiale⁶⁸. Nel complesso, esso mira a raggiungere un migliore accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e ai servizi digitali, migliori condizioni di mercato e un *common playing field* per facilitare lo sviluppo delle reti digitali e dei servizi innovativi, massimizzando il potenziale di crescita dell’economia digitale.

Considerati complessivamente, tutti questi atti normativi evidenziano lo sforzo dell’Unione di creare un mercato unico digitale secondo una

⁵⁹ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC.

⁶⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁶¹ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell’Unione europea.

⁶² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).

⁶³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

⁶⁴ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

⁶⁵ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. Inoltre, sempre sui servizi digitali, la proposta di *Digital Services Act*, cit.

⁶⁶ La proposta di *Digital Markets Act*, cit.

⁶⁷ La proposta di *Data Governance Act*, cit.

⁶⁸ La proposta di Regolamento sull’AI, cit.

prospettiva *consumer-oriented*⁶⁹. Lo “schema” seguito dal legislatore europeo è il solito che viene adottato per la nota direttiva sui diritti dei consumatori⁷⁰.

Ben poco cambia nella *Weltanschauung* del legislatore europeo, e così la voracità della legislazione del mercato – che si è visto abbraccia ormai pressoché ogni settore dell’ordinamento civile – realizza e forse completa il percorso di trasformazione del diritto privato.

Si deve però rilevare come questa trasformazione (che è una costituzionalizzazione, sul piano delle fonti) sia una risposta tutto sommato debole di fronte allo strapotere che detengono ormai queste grandi piattaforme, sempre più simili a Stati⁷¹, ormai irreversibilmente coinvolte nella garanzia e nell’esercizio di tantissimi diritti costituzionali.

L’antologia normativa sopra svolta mostra chiaramente come interi settori dell’ordinamento “privatistico” europeo oggi evidenziano limiti significativi in termini di effettività della tutela dei diritti: il diritto della *privacy* non impedisce il trattamento massivo di dati personali all’insaputa degli utenti, il diritto del commercio fatica a proteggere gli utenti commerciali e i consumatori dagli abusi di potere delle grandi piattaforme, il diritto antitrust non è riuscito ad impedire la formazione di monopoli⁷². Ed è ancora tutto da vedere se la Proposta di regolazione sull’intelligenza artificiale, quandanche fosse varata negli innovativi termini in cui è stata presentata, riuscirà effettivamente a mettere le briglie al cavallo in corsa.

4. Il diritto costituzionale dell’intelligenza artificiale: oltre la “grande dicotomia” pubblico-privato

Si è visto come lo strumentario classico, del diritto pubblico così come del diritto privato, faccia fatica a fornire le risposte che urgono nell’era dell’intelligenza artificiale. Occorre quindi avanzare alla maniera dei primi cartografi, che spingendosi in terre ignote annotavano “*hic sunt leones*”, volendo indicare che, in un territorio sconosciuto, gli strumenti tradizionali di analisi e comprensione rischiano di divenire inservibili.

Come *edificare*⁷³, dunque, il nuovo diritto dell’intelligenza artificiale tra

⁶⁹ Si veda da ultimo G. Versaci, *Le tutele del consumatore digitale nella “Direttiva Omnibus”*, in *Persona e mercato*, 3, 2021, 583 ss.

⁷⁰ Directive (EU) 2011/83/ of the European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

⁷¹ Un tempo i termini di paragone erano rovesciati; cfr. R. H. Coase, *The problem of social cost*, cit., 17, che affermava che «*the Government is, in a sense, a “super-firm (but of a very special kind)*».

⁷² Sull’insufficienza degli strumenti del diritto privato europeo e per una *disruption* della regolazione tecnologica, sia consentito di nuovo rinviare a A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology*, cit., 250 ss.

⁷³ È una domanda propriamente “architettonica”, nel senso in cui la pose l’architetto Gae Aulenti: “il nostro sforzo deve generare spazio e oggetti che diano un senso al mondo,

dimensione pubblica e privata?

Una risposta dettagliata e completa a questa domanda, ovviamente, potrà essere offerta solo dopo un paziente e sistematico lavoro di esplorazione della *terra incognita*. Qui possiamo, però, segnalare due tracce da seguire in tale perlustrazione, l'una emergente dal diritto privato della concorrenza e l'altra dal diritto pubblico e amministrativo.

Nell'ambito del diritto antitrust può essere interessante recuperare – per ri-significarlo – il concetto di ‘speciale responsabilità’⁷⁴ dell'impresa in posizione dominante.

È fuori di dubbio che la gran parte delle *Big Tech* oggi si trovino in posizione dominante nei mercati di riferimento⁷⁵, se non in condizioni di vero e proprio monopolio⁷⁶. Ebbene i *digital private powers*, in ossequio alla dottrina della speciale responsabilità, dovranno predisporre ben più incisivi obblighi di ‘protezione’, e non di mera informazione, nei confronti degli utenti, che tengano conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della funzione pubblica che essi oggi esprimono⁷⁷.

Ovviamente, questa evoluzione richiederebbe, quantomeno sul piano del diritto domestico, la riapertura sotto nuovi auspici del problema del fondamento costituzionale del diritto *antitrust*, tema ancora non del tutto sistematizzato⁷⁸. L'erompere dei poteri tecnologici privati – anche e soprattutto nella prospettiva europea – consente di porre il tema della tutela della concorrenza in una ottica del tutto nuova, non solo al servizio della

rifiutandosi sia di ignorarlo sia di lasciarsene opprimere. Le case e le città in cui viviamo non rispondono più a una vita possibile, sono degenerate, logorate dai drammatici disquilibri sociali ed economici. Occorre quindi progettare le nostre case, progettare le nostre città, progettare il nostro destino”. Vd. G. Aulenti, *Vedere molto, immaginare molto*, Roma, 2021.

⁷⁴ Nella giurisprudenza antitrust europea, l'impresa in posizione dominante è investita di una “speciale responsabilità” e pertanto non può avvalersi di alcuni specifici strumenti giuridici (clausole di esclusiva, rifiuti di contrarre ecc.) che, invece, rimangono nella disponibilità delle altre imprese sul mercato. Cfr. M. Libertini, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018.

⁷⁵ La questione del superpotere delle grandi piattaforme digitali, e specificamente delle *Big Tech*, è stata al centro delle *hearings* del Congresso americano del luglio 2020 ed è oggetto della grande causa civile avviata dal *Department of Justice* americano contro Google per violazione del diritto antitrust. Cfr. C. Albanesi, M. Kan, *Tech Execs Face Congress: 9 Big Takeaways, 29th July 2020*, in www.pcmag.com/news/apple-amazon-bezos-google-pichai-zuckerberg-facebook-house-judiciary-antitrust. Cfr. il comunicato stampa del *Department of Justice*: www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws.

⁷⁶ N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy: the Mologopoly Scenario*, Oxford, 2020.

⁷⁷ F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 508.

⁷⁸ G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 9 ss.; cfr. E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, Numero speciale 2, 2021, 879 ss.

efficienza economica, ma anche della tutela dei diritti e dell'eguaglianza⁷⁹, intesa non più soltanto come *eguaglianza* delle imprese sul mercato (ormai tutte sotto il giogo della dipendenza economica dalle grandi piattaforme), ma anche come parità delle armi tra utente e piattaforma, come realizzazione della «aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto», recuperando così ancora una tra le prime lucide riflessioni teoriche sul tema dei poteri privati⁸⁰.

Proseguendo in questa direzione, dal diritto pubblico e amministrativo si potrebbe invece recuperare la forza espansiva dei principi costituzionali in materia di *servizi pubblici*⁸¹ e di quelli derivati dal diritto europeo sui *servizi di interesse economico generale*⁸² e sugli obblighi di *servizio universale*⁸³.

In tali frangenti, è ormai acquisito che i principi dell'art. 97 Cost. (si prenda a riferimento il dovere di imparzialità e i suoi corollari⁸⁴) o quelli degli artt. 36 e 41 della Carta di Nizza siano applicabili ai soggetti privati quando svolgano pubbliche funzioni⁸⁵. Anzi, nella legislazione italiana, ciò è stato positivizzato nella legge sul procedimento amministrativo, laddove espressamente prevede che “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1 [i.e. legalità, economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, *nda*], con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”⁸⁶.

Il punto critico, ancora da sciogliere, riguarda la premessa del

⁷⁹ M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti*, cit., 52 ss.; G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, 8 ss.

⁸⁰ C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 56.

⁸¹ Cfr. D. Iacovone, *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna, 2014; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

⁸² Cfr. art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede che: “al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati”. Cfr. A. Lucarelli, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; M.P. Chiti, *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali di Nizza*, in C. Franchini, L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo. Riflessioni in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002.

⁸³ Cfr. G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2, 2000, 429-456.

⁸⁴ Cfr. recente I. Piazza, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, 29-5.

⁸⁵ Sul tema, antico, cfr. M. S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 686; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 406; e prima dell'avvento della Costituzione, cfr. G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, pt. III, Milano, 1920.

⁸⁶ Art. 1, comma 1-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241.

ragionamento: se cioè *certi* servizi erogati dai privati (come ad esempio le piattaforme digitali private impiegate nella scuola, nelle università, negli ospedali e nei settori nevralgici della vita civile e sociale), pur in assenza di un previo “affidamento” pubblicistico⁸⁷, possano comunque considerarsi *pubblici*. Non tanto per l’assetto proprietario, quanto per funzione.

La questione è complessa e non può certo essere risolta per via interpretativa: occorre che a esprimere questa qualificazione, o a imporre un certo regime giuridico pubblicistico (*regulatory taking*), sia il decisore politico. E in questo senso sembra andare, in effetti, il regolatore europeo quando, come si è evidenziato nel secondo paragrafo di questo contributo, include i *servizi privati essenziali* tra i sistemi di AI *high-risk*, ad alto rischio e, dunque, bisognosi di regolazione.

Alle prospettive di regolazione futura si può però accompagnare la valorizzazione dello strumentario giuridico presente: da un lato, una responsabilità *speciale* in termini di protezione dei diritti fondamentali (dal diritto antitrust), dall’altro la garanzia di adeguati ed omogenei livelli qualitativi dei servizi indispensabili al soddisfacimento dei diritti costituzionali (dal diritto amministrativo), sono due sentieri che consentono di addentrarsi nella *terra incognita* della disciplina dell’AI tra pubblico e privato.

I proprietari privati dei sistemi di intelligenza artificiale più potenti del mondo sarebbero così destinatari di un dovere di protezione⁸⁸, divenendo titolari di obblighi tipici dei soggetti pubblici: motivazione, trasparenza, imparzialità⁸⁹.

È una esplorazione da avviare, nella quale il costituzionalismo riscopre la propria missione, trasversale al diritto pubblico e al diritto privato, che è quella di «catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro aveva saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti», rifuggendo «i rischi di un costituzionalismo *irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti

⁸⁷ L’art. 106, par. 2, del TFUE prevede che le imprese che erogano i servizi di interesse economico generale siano *incaricate* di una specifica missione di carattere pubblicistico. Cfr. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010, 136-139.

⁸⁸ Si pensi, nel diritto internazionale, allo *State duty to protect human rights*, che si abbina alla *Corporate responsibility to respect human rights*, nei *Guiding Principles on Business and Human Rights* licenziati dalle Nazioni Unite nel 2011. Cfr. www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

⁸⁹ Si affermano teorie che vedrebbero nel *Global Administrative Law* lo strumento principe della regolazione su scala globale delle grandi piattaforme digitali. Pare interessante, proprio nella logica di superamento della dicotomia pubblico-privato, la proposta di applicare alcuni principi tipici del diritto pubblico (trasparenza, motivazione, imparzialità *et alia*) agli *Online Giants*, avanzata da O. Fischman-Afori, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, in corso di pubblicazione su *International Journal of Constitutional Law* (ICON), 2021, e attualmente disponibile in anteprima su SSRN: ssrn.com/abstract=3874915. Cfr. anche E. Cremona, *La responsabilità sociale delle grandi piattaforme digitali*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale, Vol. III – Pandemia e tecnologia. L’impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 77-82.

fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)» e tornando «ad un costituzionalismo *polemico* che si misuri con il potere»⁹⁰, pubblico o privato che sia.

Andrea Simoncini
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze
andrea.simoncini@unifi.it

Elia Cremona
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
elia.cremona@unifi.it

⁹⁰ Così M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, 1668.