



3

# QUADERNO AISDUE

## SERIE SPECIALE

Atti del Convegno  
*“Ambiente, digitale, economia:  
l’Unione europea verso il 2030”*  
Bari 3-4 novembre 2022

3  
QUADERNO AISDUE - SERIE SPECIALE

ES

Editoriale Scientifica

euro 20,00



ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

*Presidente:* Antonio Tizzano

*Segretario generale:* Patrizia De Pasquale

*Consiglio direttivo:*

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),  
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,  
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

*Collegio dei garanti:*

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,  
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

QUADERNO AISDUE  
SERIE SPECIALE

*Comitato scientifico:*

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,  
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,  
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

*Comitato editoriale Quaderni AISDUE:*

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),  
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

*Comitato editoriale BlogDUE:*

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),  
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,  
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,  
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,  
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,  
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

# **Quaderno AISDUE serie speciale**

Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030

Bari, 3 e 4 novembre 2022

Editoriale Scientifica  
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 979-12-5976-647-2

## INDICE

<i>Presentazione del Volume</i> di Antonio Tizzano	9
<i>Presentazione del Convegno</i> di Antonietta Damato	11

### **Sessione introduttiva, 3 novembre 2022**

TIZZANO A., <i>Saluti introduttivi</i>	15
--	----

### **Sessione I**

#### **Le azioni in materia ambientale, 3 novembre 2022**

LANG A., <i>Assistenza finanziaria dell'Unione ai Paesi terzi e obiettivi ambientali della UE</i>	19
MONTINI M., <i>La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali: quali possibili soluzioni?</i>	41
MUNARI F., <i>Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione</i>	59

### **Sessione II**

#### **La trasformazione digitale, 3 novembre 2022**

ADINOLFI A., <i>Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione</i>	97
CONTALDI G., <i>Il regolamento 2022/1925 e la tutela della privacy online</i>	119
SALAZAR L., <i>Digitalizzazione della giustizia</i>	141

**Sessione III**  
**Gli strumenti economici, 4 novembre 2022**

<i>PISTOIA E., Lo stato di salute dell'integrazione differenziata nell'Unione economica e monetaria in epoca post-pandemica</i>	151
<i>CISOTTA R., La custodia della credibilità nel Patto di stabilità e crescita e le prospettive di riforma</i>	181

**Conclusioni**

<i>MASTROIANNI R., Conclusioni generali</i>	219
---	-----

**Tavola rotonda**  
**“La cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile e penale”**  
**4 novembre 2022**

<i>BUCCARELLA M., Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest e le nuove frontiere della cooperazione internazionale in ambito digitale. Quali rischi per la protezione dei dati personali nell'Unione europea?</i>	227
<i>CIPRANDI A., L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?</i>	247
<i>CIRCOLO A., La certezza del diritto cede il passo all'effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza London Steam-Ship</i>	283
<i>GROSSIO L., Da una fiducia reciproca essenziale al riconoscimento à la carte: nuove prospettive nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito</i>	313
<i>LANOTTE M., La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE</i>	341
<i>MAOLI F., La proposta di direttiva UE sulle SLAPPs e le criticità relative alla base giuridica: possibili sviluppi per la tutela di giornalisti e attivisti a livello europeo</i>	371

<i>Indice</i>	7
MARCHIORO I., <i>Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?</i>	385

**Forum IFA, 2 novembre 2022**  
**La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030:**  
**tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia**

MORGESE G., <i>Introduzione al seminario "La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia" - Bari, 2 novembre 2022</i>	421
FRATEA C., <i>L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale</i>	423
PALLADINO R., <i>Il trattenimento ai fini dell'allontanamento: evoluzioni giurisprudenziali e normative a confronto</i>	441
VITIELLO D., <i>Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica</i>	459





EVOLUZIONE TECNOLOGICA E TUTELA DEI DIRITTI  
FONDAMENTALI: QUALCHE CONSIDERAZIONE  
SULLE ATTUALI STRATEGIE NORMATIVE DELL'UNIONE

**Adelina Adinolfi\***

SOMMARIO: 1. La dialettica promozione-regolazione nella costruzione di una “via europea” allo sviluppo tecnologico. – 2. La definizione di un quadro normativo nel contesto globale di regolazione. – 3. La questione della adeguatezza delle fonti di tutela dei diritti fondamentali. – 4. Le opzioni tecniche per l’elaborazione degli atti derivati volti alla *governance* delle tecnologie. – 5. Nuove tecnologie e tutela giurisdizionale effettiva: diritto antidiscriminatorio e decisioni automatizzate. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Insieme alla tutela ambientale, che è stata oggetto della sessione di questa mattina, la transizione digitale costituisce attualmente e nel medio periodo uno degli obiettivi strategici prioritari dell’Unione<sup>1</sup>. Su tali obiettivi si concentra un impegno delle istituzioni che indirizza fortemente le politiche nazionali, in base sia agli strumenti di finanziamento europeo – in particolare quelli afferenti al *Next Generation EU* – sia attraverso obiettivi normativi e target fissati da documenti programmatici e tabelle di marcia.

La finalità dell’Unione è, in sintesi, quella di promuovere l’evoluzione tecnologica e, più in particolare, il processo di digitalizzazione, massimizzando i benefici che ne derivano sia nel settore pubblico (soprattutto riguardo ai

\* Professoressa ordinaria di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Firenze.

<sup>1</sup> Non è trascurabile, peraltro, la relazione tra i due obiettivi; come si legge nel documento della Commissione europea “Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale” (COM (2021) 118final, del 9 marzo 2021), la digitalizzazione e l’utilizzo dei dati contribuiranno a raggiungere un’economia a impatto climatico zero. V. anche il documento “Plasmare il futuro digitale dell’Europa” (COM (2020) 67final, del 19 febbraio 2020) che evidenzia come “l’elemento digitale sarà cruciale anche per realizzare le ambizioni del Green Deal europeo e gli obiettivi di sviluppo sostenibile”. Circa l’utilizzo delle tecnologie per garantire la mobilità sostenibile diminuendo l’impatto ambientale v. la “Strategia 2.0 per i droni per un ecosistema intelligente e sostenibile di aeromobili senza equipaggio in Europa” (COM (2022) 652final, del 29 novembre 2022).

servizi), sia nell'attività delle imprese, nonché nello sviluppo di infrastrutture di ricerca<sup>2</sup> e nella formazione.

Si persegue, quindi, un obiettivo di carattere promozionale, espresso con il diffuso concetto di “transizione digitale”, al fine di accrescere il benessere delle persone e della società nel suo insieme e altresì di incrementare la competitività dell'industria europea. È infatti costante nei documenti dell'Unione la volontà di rafforzare il ruolo delle imprese innovative europee, colmando il *gap* competitivo con i Paesi leader, gli Stati Uniti e la Cina.

L'intento di promuovere lo sviluppo tecnologico è tuttavia affermato esprimendo l'esigenza che esso si realizzi nel rispetto dei valori dell'Unione<sup>3</sup>. In questa prospettiva, il richiamo ai principi e diritti fondamentali esplica, anzitutto, la funzione di limite alle applicazioni tecnologiche. Si muove infatti dalla considerazione che queste ultime, in particolare se fondate sull'intelligenza artificiale, possono “incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta”<sup>4</sup>; una ricognizione dei diritti per i quali maggiormente si pongono rischi di violazione porta la Commissione a menzionare, tra l'altro, la dignità umana, il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali, nonché il divieto di discriminazione nelle sue diverse espressioni<sup>5</sup>. Tuttavia, il richiamo ai diritti fon-

<sup>2</sup> Si può menzionare, in proposito, la possibilità che siano create imprese comuni sul fondamento dell'art. 187 TFUE, come la EuroHPC per il calcolo ad alte prestazioni istituita dal regolamento 2018/1488.

<sup>3</sup> Come costantemente affermato nei documenti dell'Unione. Si può vedere, tra gli altri, la strategia generale adottata nel 2018 riguardo all'intelligenza artificiale dalla quale già emergeva il duplice obiettivo della Commissione di “rendere l'UE un polo di classe mondiale per l'IA, assicurando nel contempo che l'IA sia antropocentrica e affidabile” (“L'intelligenza artificiale per l'Europa”, COM (2018) 237final, del 25 aprile 2018). Cfr. anche il Libro Bianco “Intelligenza artificiale-Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia”, adottato dalla Commissione, il 19 febbraio 2020 (COM (2020) 65final).

<sup>4</sup> Relazione che accompagna la proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale, COM (2021) 206final, par. 3.5.

<sup>5</sup> Comunicazione dell'aprile 2021, “Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale” (COM (2021) 205final, del 21 aprile 2021). Nel documento “Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale - Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea” (COM (2021) 819final, del 10 dicembre 2021), la Commissione specifica ulteriormente i diritti sui quali può incidere l'intelligenza artificiale: “l'uso dell'IA può incidere anche sui diritti relativi alla dignità umana, alla buona amministrazione, alla protezione dei consumatori, alla sicurezza e all'assistenza sociale, alla libertà di espressione, alla libertà di riunione, all'istruzione, all'asilo, alla contrattazione e all'azione collettive, alle condizioni di lavoro giuste ed eque, all'accesso

damentali acquista, nei documenti delle istituzioni, anche la natura di obiettivo della regolazione e, da questo angolo visuale, esso si salda con la dibattuta questione, alla quale si farà cenno più avanti, della opportunità di adottare atti che, nell'ambito delle competenze dell'Unione, consentano di attuare i diritti fondamentali e i principi enunciati dalla Carta.

Il paradigma che contrappone la volontà di promuovere le tecnologie e l'esigenza di una regolazione che assicuri il rispetto dei diritti fondamentali è centrale nelle strategie elaborate dalle istituzioni ed è ben sintetizzato, tra i numerosi documenti, nella comunicazione *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, del febbraio 2020: ivi si afferma che l'Unione deve cogliere i vantaggi dell'era digitale, rafforzando la sua industria e la sua capacità di innovazione, ma entro limiti sicuri ed etici<sup>6</sup>.

La dialettica tra l'intento di espandere la capacità dell'Unione nell'attività di ricerca e di diffusione delle tecnologie innovative e, d'altro lato, l'esigenza di garantire il contenimento e la *governance* degli sviluppi tecnologici caratterizza l'elaborazione del quadro normativo da parte delle istituzioni europee, improntando fortemente l'attività propositiva della Commissione. La dicotomia promozione-contenimento fa emergere la complessità della definizione di una strategia di regolazione: questa richiede, nell'attuale competizione normativa globale, di tracciare una "via europea" allo sviluppo tecnologico che sia idonea a contenere le innovazioni all'interno del perimetro disegnato dal nucleo comune di valori e di principi etici<sup>7</sup>.

all'assistenza preventiva, alla diversità culturale e linguistica, ai diritti alla protezione dei dati e al rispetto della vita privata nonché ai diritti dei gruppi vulnerabili come i minori" (p. 18). V. anche lo studio dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali *Getting the future right: ai and fundamental rights*, 14 December 2020, e la ricerca svolta nell'ambito del Consiglio d'Europa *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Strasbourg, 2018.

<sup>6</sup> COM (2020) 67final, cit. Si può avere un evidente riscontro dei termini di tale dialettica anche da quanto affermato dal Comitato economico e sociale in un parere emesso il 19 settembre 2018 ove si legge, tra l'altro, che "i valori e i principi dell'UE non dovrebbero essere sacrificati sull'altare della competitività globale". È altresì emblematico della volontà di far procedere simultaneamente la promozione delle tecnologie e la loro regolazione che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale faccia parte di un pacchetto di misure, presentate tutte il 21 aprile 2021, composto anche da un nuovo piano coordinato (allegato alla comunicazione COM (2021) 205final, cit.) che aggiorna e rafforza quello adottato nel 2018.

<sup>7</sup> Ciò risulta da ultimo con particolare evidenza dalla "Dichiarazione europea sui diritti e

I documenti della Commissione sintetizzano tale obiettivo con il richiamo alla costruzione di una tecnologia antropocentrica, qualificando, mediante tale termine, l'impegno a realizzare un sistema che ponga i diritti umani come asse centrale dello schema normativo proposto. Il nesso tra promozione e regolazione viene individuato, in sostanza, nella creazione di un clima di fiducia per i cittadini: questi ultimi, garantiti da un quadro normativo chiaro ed affidabile, accoglierebbero con favore la più ampia diffusione delle nuove applicazioni<sup>8</sup>.

La traduzione dello schema teorico, sopra sintetizzato, in un insieme di regole concrete appare certamente come uno dei più complessi compiti di elaborazione normativa con i quali la Commissione europea si sia finora trovata a confrontarsi.

2. L'attività di elaborazione di un sistema di *governance* delle nuove tecnologie vede un intensissimo impegno da parte dell'Unione. Fervono i lavori relativi alla costruzione di un quadro di regolazione relativo ad una varietà di aspetti interessati dagli sviluppi tecnologici, come evidenziano i numerosi documenti preparatori, le proposte e alcuni recenti atti normativi che, come cercherò di mettere brevemente in luce, prospettano l'utilizzo di tecniche assai varie.

Tale ampia attività propositiva fa apparire oggi l'Unione come una sorta di laboratorio in cui si ricercano e sperimentano nuovi modelli normativi, volti a governare le trasformazioni tecnologiche in atto. L'elaborazione interessa una varietà di settori del diritto dell'Unione. Se, infatti, la protezione dei dati personali è senza dubbio il principale asse normativo di riferimento, la *governance* delle nuove tecnologie tocca una vasta serie di altri ambiti di competenza dell'Unione: dalla protezione dei consumatori al commercio

i principi digitali", della quale si dirà più avanti, ove si afferma che: "mettere le persone al centro della transizione digitale è una priorità fondamentale per la Commissione europea. La trasformazione digitale dovrebbe essere plasmata secondo i nostri valori e le nostre norme europee".

<sup>8</sup> V. la comunicazione "Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica", COM (2019) 168final, dell'8 aprile 2019. V. anche il Libro Bianco del 2020, cit., in cui si afferma che la "costruzione di un ecosistema di fiducia è un obiettivo strategico in sé e dovrebbe dare ai cittadini la fiducia di adottare applicazioni di IA e alle imprese e alle organizzazioni pubbliche la certezza del diritto necessaria per innovare utilizzando l'IA" (p. 3).

elettronico, dalla responsabilità civile e alla *cybersecurity* sino alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, come anche il settore dei media audiovisivi e vari aspetti del diritto materiale.

Ai fini dell'adozione di un quadro normativo sono giunte sollecitazioni molto forti dal Parlamento europeo, anche con suggestioni alquanto originali come quella, espressa nella risoluzione sulla robotica, di riconoscere una soggettività giuridica alle macchine aventi caratteristiche di autonomia<sup>9</sup>. Nel sollecitare l'azione della Commissione, è richiamato l'impegno espresso dalla presidente von der Leyen all'inizio del suo mandato di tenere in considerazione, in mancanza di un potere di iniziativa del Parlamento europeo, le richieste da questo avanzate in virtù dell'art. 225 TFUE<sup>10</sup>.

Anche dai governi degli Stati membri giungono sollecitazioni, espresse sia da parte del Consiglio europeo<sup>11</sup> sia anche in dichiarazioni intergovernative; tra queste ultime, rileva la Dichiarazione dell'aprile 2018 sull'intelligenza artificiale con cui inizialmente 25 Stati europei e poi tutti i Paesi dell'Unione hanno manifestato la volontà di collaborare strettamente al fine di delineare un approccio comune all'intelligenza artificiale, rafforzando la capacità delle imprese, ma anche costruendo “an adequate legal and ethical framework building on EU fundamental rights and values”<sup>12</sup>. Rileva altresì la Dichiarazione

<sup>9</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)) dove si suggerisce “l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”. V. anche la risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012 (INL)).

<sup>10</sup> La presidente della Commissione ha infatti dichiarato nel suo discorso di insediamento del luglio 2019 (“Orientamenti politici per la prossima Commissione europea”) l'intenzione di valorizzare le risoluzioni adottate dal Parlamento europeo che sollecitano la predisposizione di proposte di atti normativi.

<sup>11</sup> V. le conclusioni, del 21 ottobre 2020, che auspicano la realizzazione di “un quadro normativo favorevole all'innovazione per l'intelligenza artificiale al fine di accelerare l'adozione di tale tecnologia da parte del settore pubblico e privato, garantendo nel contempo la sicurezza e il pieno rispetto dei diritti fondamentali” (punto 8).

<sup>12</sup> “Cooperation on Artificial Intelligence”, 10 April 2018; il testo è disponibile al link

zione di Berlino “sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori”, adottata nel 2020 da tutti gli Stati membri, ove si afferma l’esigenza di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori democratici nella sfera digitale<sup>13</sup>.

L’intensa attività propositiva dell’Unione fa emergere la consapevolezza, da parte delle istituzioni, di una urgenza della regolazione, motivata sia dalla necessità, come sarà più avanti indicato, di evitare gli ostacoli al mercato unico derivanti dal rischio di disparità tra le legislazioni nazionali vigenti o progettate<sup>14</sup>, sia dalla competizione normativa a livello globale tra le maggiori potenze tecnologiche. Quest’ultimo elemento non può essere trascurato nel cercare di comprendere l’attuale fase normativa che caratterizza il dibattito istituzionale dell’Unione. Si tratta infatti di definire, nel mercato globale, un approccio europeo alla disciplina delle tecnologie fondato su principi etici e valori più rigorosi di quelli che emergono dagli ordinamenti dei Paesi terzi leader nel processo di innovazione. La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale<sup>15</sup> evidenzia assai bene tale approccio poiché essa,

[www.ec.europa.eu/jrc/communities/en/node/1286/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence](http://www.ec.europa.eu/jrc/communities/en/node/1286/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence).

<sup>13</sup> “Berlin Declaration on Digital Society and Value-based digital governance”, 8 December 2020; il testo è disponibile al link: [www.data.europa.eu/en/news-events/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government](http://www.data.europa.eu/en/news-events/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government).

<sup>14</sup> Come rileva il Consiglio nel documento di orientamento, del 6 dicembre 2022, relativo alla proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale, “alcuni Stati membri hanno già preso in esame l’adozione di regole nazionali per garantire che l’intelligenza artificiale sia sicura e sia sviluppata e utilizzata nel rispetto degli obblighi in materia di diritti fondamentali. Normative nazionali divergenti possono determinare una frammentazione del mercato interno e diminuire la certezza del diritto per gli operatori che sviluppano, importano o utilizzano sistemi di IA. È pertanto opportuno garantire un livello di protezione costante ed elevato in tutta l’Unione...”. Peraltro, un’azione di armonizzazione può avere anche una finalità, per così dire, preventiva, evitando che si sviluppino normative nazionali tali da recare un pregiudizio al funzionamento del mercato interno.

<sup>15</sup> Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, COM (2021) 206final, del 21 aprile 2021. Si noti che, secondo una recente prassi, si utilizza impropriamente, riguardo ad atti di carattere generale aventi particolare importanza, il termine “legge” in riferimento ad un regolamento dell’Unione. Il Consiglio ha adottato la propria posizione comune sulla proposta il 6 dicembre 2022, accompagnandola con un documento di orientamento volto a facilitare i lavori nell’ambito del trilatero.

come riferirò in seguito, intende vietare, ovvero consentire entro limiti stretti e con procedure definite, le applicazioni ritenute rischiose ai fini della tutela dei diritti fondamentali e di principi etici<sup>16</sup>. È quindi ben presente nei documenti delle istituzioni la consapevolezza che una regolazione rigorosa può frenare lo sviluppo tecnologico, svantaggiando l'Unione sul piano competitivo. D'altra parte, la presenza di regole uniformi nel mercato unico può determinare, a motivo di divieti all'importazione da parte di Stati terzi, il c.d. "effetto Bruxelles"<sup>17</sup> costruendo uno standard comune con potenzialità di diffusione sul piano globale.

La complessità di tale contesto richiede alla Commissione di muoversi, nella elaborazione di una strategia normativa, su un crinale assai stretto che, in ragione della sopra rilevata tensione dialettica, impone un complesso bilanciamento volto a contemperare la volontà di fare assumere all'Unione un ruolo di *leadership* mondiale con l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi etici e dei valori che ne sono a fondamento.

A tali rilievi generali si aggiungono le difficoltà tecniche che comporta

<sup>16</sup> Tra i numerosi commenti alla proposta di regolamento si veda C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 2021; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, p. 111 ss.; A. ODDE- NINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune nozioni critiche sulla recente proposta di regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.; A. SIMONCINI, *La proposta di regolazione europea dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, p. 1 ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale*, Padova, 2022, p. 215 ss.; J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Trustworthy artificial intelligence and the European Union AI Act: On the conflation of trustworthiness and acceptability of risk*, in *Regulation & Governance*, 2023, p. 1 ss.

<sup>17</sup> Assumono rilievo al riguardo le conclusioni approvate il 18 luglio 2022 (11406/22) dal Consiglio Affari Esteri sulla "diplomazia digitale dell'UE", che mira a "rafforzare il ruolo globale dell'UE nelle questioni digitali" e "promuovere attivamente i diritti umani universali e le libertà fondamentali, lo Stato di diritto e i principi democratici nello spazio digitale". V. in generale sul tema A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.



sul piano normativo la definizione di una *via europea* alla *governance* dello sviluppo tecnologico. In primo luogo, per l'esigenza di verificare l'adeguatezza delle fonti di tutela dei diritti fondamentali - la Carta, ma anche i principi generali - a fornire protezione rispetto ad applicazioni innovative. In secondo luogo, per le valutazioni assai problematiche necessarie al fine di determinare il livello adeguato di regolazione, la base giuridica appropriata, nonché la definizione dei contenuti.

Dal contesto sinteticamente tracciato emerge la particolare complessità che la *governance* delle tecnologie presenta nella prospettiva giuridica; se tale questione, sino a qualche anno fa, sembrava appartenere, per un verso, alla dimensione essenzialmente etico-filosofica e, dall'altro, virava, invece, verso questioni di natura eminentemente tecnica (appannaggio dei *computer scientists* più che dei giuristi), esso oggi presenta profili di grandissima rilevanza per il diritto dell'Unione. Le interrelazioni che si sono via via manifestate e che influenzano la costruzione di un quadro normativo toccano, infatti, temi centrali del dibattito scientifico corrente: quali, tra l'altro, la definizione dei valori dell'Unione e degli strumenti per promuoverne il rispetto anche a livello globale, l'impatto dello sviluppo tecnologico su una varietà di diritti fondamentali già garantiti, le riflessioni sulla opportunità di enunciare nuovi diritti in strumenti ulteriori rispetto alla Carta, nonché la necessità di adattare ai processi decisionali automatizzati gli schemi correnti di protezione giurisdizionale, in particolare quelli relativi al diritto antidiscriminatorio.

In questo vastissimo contesto mi propongo di svolgere qualche breve considerazione su alcuni aspetti, tra loro peraltro correlati, che interessano la portata e l'adeguatezza delle fonti vigenti del diritto dell'Unione e le tecniche normative utilizzabili al fine di integrarne il contenuto.

3. Con riguardo alla definizione dei diritti fondamentali interessati dallo sviluppo tecnologico i riferimenti che si riscontrano nei documenti dell'Unione concernono soprattutto il rispetto della vita privata e, più in particolare, la protezione dei dati personali, specialmente riguardo all'utilizzo dei *big data* che presentano un carattere strumentale rispetto a varie applicazioni dell'intelligenza artificiale e delle decisioni automatizzate. Si evidenzia anche la necessità di raggiungere un bilanciamento tra interessi pubblici e privati nell'impiego delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione, affinché siano assicurati il rispetto del principio di trasparenza e la pubblicità

degli atti amministrativi. Come si è sopra osservato, può delinearci un potenziale contrasto anche con altri diritti e libertà fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione: quali la dignità umana, il diritto all'informazione e al pluralismo, il giusto processo, il divieto di discriminazione. D'altra parte, è certamente ragionevole il riferimento "aperto" ai diritti fondamentali che si riscontra nei documenti dell'Unione, giacché gli sviluppi costanti e non prevedibili delle applicazioni tecnologiche rendono, come è evidente, assai difficile immaginare in modo esaustivo le "interferenze" che queste possono comportare in relazione al rispetto di tali diritti. È peraltro evidente che la tutela di ciascun diritto fondamentale può declinarsi in una serie di ulteriori diritti e principi, per cui risulta determinante il ruolo interpretativo esercitato dalla giurisprudenza.

Un interrogativo centrale nel dibattito sulla regolazione delle applicazioni tecnologiche porta a chiedersi se le fonti di tutela dei diritti fondamentali, in particolare la Carta, forniscano una protezione sufficiente nei confronti dei rischi che queste comportano ovvero se occorra elaborare nuovi strumenti – vincolanti o di *soft law* – adeguati alle particolarità delle applicazioni tecnologiche.

Tale questione ha acquisito ulteriore interesse a seguito della recente firma, da parte dei presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione, della Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali<sup>18</sup>. È vero che la decisione di elaborare un testo che mira a promuovere una transizione digitale conforme ai valori dell'Unione potrebbe far presumere che le istituzioni ritengano la Carta non pienamente sufficiente a garantire una tutela adeguata. La Dichiarazione sembra, tuttavia, accogliere non tanto un approccio di tipo integrativo delle fonti vigenti quanto, piuttosto, si propone di far sì che i diritti già garantiti nel mondo reale lo siano anche in quello virtuale, seguendo la linea guida che sollecita a parificare la tu-

<sup>18</sup> La Dichiarazione è stata firmata il 15 dicembre 2022 sulla base di una proposta della Commissione (COM (2022) 28final), del 22 gennaio 2022). Cfr. sulla Dichiarazione P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, marzo 2022; E. QUINN, *Much Ado About Nothing. The European Declaration on Digital Rights and Principles*, in *verfassungsblog.de*, 22 December 2022; L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali: quid pluris?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 381 ss.

tela dei diritti *online* a quella garantita *offline*<sup>19</sup>. In questa prospettiva, il rapporto con la Carta non evidenzia la volontà di enunciare diritti ulteriori rispetto a quelli che sulla base di questa devono essere garantiti, quanto a proiettare nella dimensione virtuale la tutela già offerta. Del resto, la Dichiarazione, come indicato nel suo preambolo, “si basa segnatamente sul diritto primario dell’UE”; essa richiama i Trattati, la Carta, la giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto derivato e fa altresì ampio riferimento a dichiarazioni degli Stati membri e a risoluzioni del Parlamento europeo.

Se si guarda al contenuto della Dichiarazione, questa enuncia principi di natura essenzialmente programmatica piuttosto che formulare nuovi diritti<sup>20</sup>, e esprime l’intento, manifestando un approccio ricognitivo, di “ricorda(re) i diritti più pertinenti”. È enfatizzato l’obiettivo di delineare un “modello europeo per la transizione digitale che metta al centro le persone” guidando i responsabili politici nella loro azione. Si enuncia l’impegno a garantire, tra l’altro, una eccellente connettività, la trasparenza nell’utilizzo degli algoritmi, l’informazione, e, ancora, una produzione che limiti l’impatto ambientale. I (non numerosi) diritti peculiari alla dimensione digitale menzionati dalla Dichiarazione confermano la loro natura di declinazioni nuove di diritti già tutelati sulla base della Carta; quale, ad esempio, il diritto alla disconnessione, già desumibile da principi relativi alla salute e alla tutela dei lavoratori<sup>21</sup>, o il diritto di accesso all’algoritmo, che configura una particolare dimensione del principio di trasparenza e che presenta, altresì, un carattere funzionale rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Secondo questa lettura, la Di-

<sup>19</sup> “Ciò che è illecito *offline* deve esserlo anche *online*. Anche se non è possibile prevedere il futuro della tecnologia digitale, i valori e le norme etiche dell’UE, così come le sue norme sociali e ambientali, devono essere applicati anche nello spazio digitale”: COM (2020) 67final, cit., p. 10.

<sup>20</sup> Un nuovo diritto è stato prospettato dal Comitato economico e sociale che ha formulato, in un parere di iniziativa, del 19 settembre 2018, il diritto dell’essere umano a non essere “mai l’esecutore della macchina” (2018/C 440/01). Tuttavia, anche tale diritto sembra essere desumibile dal diritto alla dignità umana e dai principi di tutela del lavoratore.

<sup>21</sup> Cfr. al riguardo la risoluzione del Parlamento europeo, del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181 (INL)). Si menzionano nella risoluzione, tra le fonti rilevanti, anche gli articoli 23 (parità tra donne e uomini) e 31 (condizioni di lavoro giuste ed eque) della Carta dei diritti fondamentali, sollecitando la Commissione ad adottare una proposta di atto legislativo che riconosca il diritto alla disconnessione.

chiarazione intende, quindi, dare espressione ad un impegno delle istituzioni a conformarsi, nella loro attività normativa, ad una visione idonea a modulare, sulla base delle nuove esigenze poste dallo sviluppo tecnologico, i diritti fondamentali già garantiti.

La modalità di adozione del testo lascia facilmente trasparire l'auspicio delle istituzioni che possa in futuro prospettarsi un percorso non dissimile da quello che ha caratterizzato la Carta nell'acquisizione di forza vincolante, benché una tale evoluzione sia difficilmente prospettabile nella fase politica attuale<sup>22</sup>. È tuttavia da chiedersi se un'interpretazione estensiva e "adeguatrice" della Carta, con l'apporto determinante della Corte di giustizia, non possa fornire un quadro di tutela sufficiente, evitando, con l'adozione di un nuovo strumento vincolante, di rendere più complesso il sistema già assai articolato di tutela dei diritti fondamentali.

A ciò si aggiunge che i principi generali potrebbero svolgere, laddove la Carta dovesse eventualmente rivelarsi non sufficiente, quella funzione integrativa che è ad essi riconosciuta in virtù dell'art. 6, par. 3, TUE; ciò anche in ragione della flessibilità che ne è una intrinseca caratteristica e che costituisce un elemento determinante e prezioso nella *governance* di sviluppi tecnologici in rapidissima evoluzione.

Neppure vanno trascurati, in relazione alla possibilità di ulteriori enunciazioni di diritti relativi alle nuove tecnologie, i lavori attualmente in corso nell'ambito del Consiglio d'Europa. Senza potermi soffermare su questa attività, anch'essa molto intensa, vorrei solo ricordare che la Commissione europea ha adottato, nell'agosto 2022, una raccomandazione di decisione volta ad ottenere l'autorizzazione del Consiglio a partecipare ai negoziati per una convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale in relazione a diritti umani, democrazia e Stato di diritto<sup>23</sup>. La Commissione sostiene

<sup>22</sup> Peraltro, tra le proposte emerse dalla conferenza sul futuro dell'Europa vi sono suggerimenti per prendere in considerazione un'eventuale futura Carta dei diritti digitali, ma la richiesta di convocazione di una conferenza per la revisione dei Trattati presentata in giugno dal Parlamento europeo non prospetta modifiche a questo riguardo, [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0244\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0244_IT.html).

<sup>23</sup> COM (2022) 414final, del 18 agosto 2022. Alla redazione di tale Convenzione sta lavorando un comitato istituito per il periodo 2022-2024. Un precedente comitato *ad hoc* ha terminato i lavori nel dicembre 2021 redigendo un documento finale che auspicava l'adozione di una convenzione.

l'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione a concludere la Convenzione in quanto l'accordo incide su norme comuni ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE, tenendo conto non soltanto degli atti in vigore ma anche dei futuri sviluppi del diritto dell'Unione, tra i quali la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. È perciò necessario che “i negoziati siano condotti a nome dell'Unione in modo tale da garantire la coerenza e l'uniformità delle regole dell'UE...”. La Convenzione dovrebbe verosimilmente includere una clausola di disconnessione che consenta agli Stati membri di disciplinare i loro reciproci rapporti in base al diritto dell'Unione.

L'eventualità che diritti specificamente riferiti alle innovazioni tecnologiche siano enunciati a livello di norme primarie dell'Unione – in una sorta di Carta dei diritti digitali – o in una Convenzione ratificata dall'Unione, lascia comunque aperta quella che appare come la principale e più complessa esigenza normativa: ossia declinare i principi e diritti fondamentali nel contenuto di atti derivati, individuando le forme di regolazione appropriate. Ciò apre questioni di particolare rilevanza toccando anche il dibattito istituzionale e scientifico relativo alle modalità di attuazione dei diritti e principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali<sup>24</sup>.

4. L'attività volta ad enunciare norme derivate destinate alla *governance* delle nuove tecnologie presenta una pluralità di opzioni ai fini della individuazione delle modalità adeguate. Rileva non solo il carattere assolutamente innovativo delle norme da elaborare, ma anche la circostanza che qualsiasi regolazione delle tecnologie si muove su un terreno mobile, in continua (e difficilmente prevedibile) evoluzione<sup>25</sup>; ciò apre il problema – apparente-

<sup>24</sup> Cfr. la Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, COM (2020) 711final, del 2 dicembre 2020. V. anche la Relazione annuale 2022 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM (2022) 716final, del 6 dicembre 2022 e la Comunicazione della Commissione “Applicare il diritto dell'Unione europea per un'Europa dei risultati”, COM (2022) 518final, del 13 ottobre 2022. Cfr. in argomento O. DE SCHUTTER, *The Implementation of the Charter by the Institutions of the European Union*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland, Oregon, 2013; N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 507 ss.

<sup>25</sup> Come ben espresso in un documento della Commissione, uno “specifico sottoinsieme

mente teorico ma con risvolti pratici del tutto evidenti – di quanto il dato normativo possa, per così dire, *inseguire* gli sviluppi tecnologici e quanto, invece, esso riesca a governarli con una capacità predittiva o, comunque, con soluzioni che implicino una certa flessibilità e consentano – come delinea la proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale – di costruire meccanismi decisionali che permettano costanti aggiornamenti<sup>26</sup>.

Una prospettiva da considerare in via preliminare è, in ogni caso, quella di carattere interpretativo, verificando in quale misura gli atti già in vigore possano essere intesi in modo da garantirne l'adeguatezza rispetto alla sfera digitale e alle nuove applicazioni tecnologiche<sup>27</sup>. La Commissione europea aveva, in effetti, inizialmente valorizzato la possibilità di interpretazione estensiva degli atti normativi, manifestando l'intenzione di elaborare degli orientamenti interpretativi di normative già in vigore, e riservando l'esercizio del suo potere di iniziativa legislativa ai soli casi in cui emergessero effettive esigenze di integrazione<sup>28</sup>; al contrario, il Parlamento europeo ha costante-

di applicazioni di IA può subire un continuo adattamento, anche durante l'utilizzo, e cambiare ed evolvere in modo impreveduto senza poter essere facilmente monitorato. Ciò comporta un certo grado di imprevedibilità che può incidere sulla sicurezza o sui diritti fondamentali": COM (2021) 819final, cit., p. 19.

Si può peraltro notare che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale già richiede una integrazione con riguardo alla intelligenza artificiale generativa (ChatGPT) individuando il livello di rischio di tale tecnica nel quadro della tassonomia definita dal testo.

<sup>26</sup> La BCE nel proprio parere, del 29 dicembre 2021, (CON/2021/40) sulla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale invita il legislatore dell'Unione a considerare in futuro la possibilità di istituire un'autorità indipendente per l'IA a livello dell'Unione responsabile dell'applicazione del regolamento, in particolare per le questioni specifiche relative ai diritti fondamentali.

<sup>27</sup> Si può menzionare, ad esempio, l'esigenza di chiarire se le regole sulla responsabilità civile si applichino anche ai veicoli senza conducente; cfr., in proposito, la risoluzione del Parlamento europeo, del 15 gennaio 2019, sulla guida autonoma nei trasporti europei (2018/2089 (INI)), ove si osserva che le norme vigenti in materia di responsabilità "non sono state concepite per far fronte alle sfide poste dall'utilizzo di veicoli autonomi" e si sottolinea che "l'attuale quadro normativo, in particolare in tema di responsabilità, assicurazione, registrazione e protezione dei dati personali, non sarà più sufficiente o adeguato a fronte dei nuovi rischi derivanti dall'aumento dell'automazione, della connettività e della complessità dei veicoli" (par. 20).

<sup>28</sup> V., tra l'altro, la "relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità", adottata dalla Commissione il 19 febbraio 2020 (COM (2020) 64final).

mente auspicato un profondo rinnovamento del quadro normativo, esercitando un ruolo - sostanzialmente propositivo - molto attivo, anche delineando in proprie risoluzioni degli schemi di regolazione piuttosto articolati ed enunciando nuove categorie giuridiche idonee alla disciplina di determinati profili dell'economia digitale<sup>29</sup>. Alcuni orientamenti volti a consentire l'applicazione di atti in vigore alle innovazioni tecnologiche si riscontrano, peraltro, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, specialmente riguardo alla interpretazione delle nozioni contenute in atti normativi<sup>30</sup>.

Dopo un periodo in cui si è sviluppato nell'ambito dell'Unione un dibattito istituzionale polarizzato sull'opportunità di adattare ed integrare gli atti in vigore o, al contrario, di creare un nuovo contesto normativo, la Commissione europea sembra essersi orientata in quest'ultimo senso, senza che, tuttavia, le incertezze sulla soluzione più adeguata possano dirsi superate. Resta infatti dubbia la stessa opportunità (*rectius*, la effettiva possibilità) di costruire un paradigma di regolamentazione a vocazione generale, in grado di adattarsi alla pluralità di applicazioni tecnologiche; non è esclusa, d'altronde, l'esigenza che siano formulati dei segmenti normativi collocati in atti di natura settoriale già in vigore o in quelli proposti. Ed è altresì dibattuta l'esigenza di affiancare a misure di natura vincolante anche l'adozione di strumenti di *soft law*, come *guidelines*, codici etici, raccomandazioni rivolte a progettisti e sviluppatori<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> V., tra le altre, le risoluzioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nella cultura e nel settore audiovisivo, 19 maggio 2021, 2020/2017 (INI), sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, 2020/2015 (INI), sull'intelligenza artificiale in un'era digitale, 3 maggio 2022 2020/2266 (INI), le raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, 2020/2014 (INL) e sugli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, 2020/2012 (INL), nonché la relazione sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, 2020/2016 (INI).

<sup>30</sup> Si è posta, tra l'altro, la questione di definire se le criptovalute costituiscano mezzi di pagamento (v. a questo riguardo la sentenza della Corte del 22 ottobre 2015, causa C-264/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*) o, ancora, di chiarire quali decisioni automatizzate rientrino nell'ambito applicativo dell'art. 22 del GDPR (v. sul punto *infra*, par. 5).

<sup>31</sup> Alla redazione di "codici" non vincolanti relativi all'intelligenza artificiale sono dedicati nel contesto europeo lavori nell'ambito sia dell'Unione (con l'apporto della Commissione, dell'Agazia per i diritti fondamentali e dell'"High-Level Expert Group on Artificial Intelli-

Quanto all'adozione di atti volti a regolare le nuove tecnologie, si pone un'opzione strategica di fondo, volta a valutare l'opportunità di una regolazione di tipo settoriale - che può esprimersi in modifiche ad atti in vigore o in nuovi atti a contenuto specifico - ovvero un approccio normativo di tipo orizzontale. La prassi recente evidenzia l'utilizzo di entrambe le strategie normative; la prima opzione ha portato ad adottare alcune misure attinenti, in particolare, alla sicurezza dei prodotti e al mercato digitale<sup>32</sup>.

Ben più complessa si presenta la elaborazione di normative di tipo orizzontale che tendono a regolare una particolare tecnologia nelle sue diverse applicazioni. Così, la proposta di regolamento del 15 settembre 2022 sui requisiti orizzontali di cybersicurezza per i prodotti con elementi digitali che si propone di parificare le forme di tutela previste in relazione alle applicazioni tecnologiche rispetto a quelle già operanti in via generale; essa, infatti, "mira a garantire che il livello di protezione di cui usufruiscono coloro che subiscono danni causati dall'intelligenza artificiale sia equivalente a quello di cui beneficiano coloro che patiscono danni cagionati senza il concorso di questa tecnologia". Si afferma, inoltre, che ai fini della tutela dei diritti fondamentali l'approccio normativo di tipo orizzontale sarebbe il più efficace, muovendo dal presupposto che le norme volte a garantire la sicurezza e i diritti fondamentali "ridurranno i rischi senza tuttavia eliminarli del tutto".

Ad un approccio di tipo orizzontale si conforma la già menzionata proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale, oggetto di un ampio dibattito, che evidenzia la volontà di contemperare la dialettica promozione-

gence"), sia del Consiglio d'Europa. Il gruppo di esperti istituito dall'Unione ha adottato, in una versione rivista, l'8 aprile 2019, gli "Orientamenti etici per un'IA affidabile". Un codice etico relativo ad uno specifico aspetto risulta anche dalla "Carta sulla robotica" proposta dal Parlamento europeo nel 2017 (allegata alla già menzionata risoluzione sulla robotica). Cfr. in argomento G. SARTOR, *Artificial intelligence and human rights: Between law and ethics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 6, December 2020, p. 705 ss.; G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, p. 8 ss.

<sup>32</sup> Tra le quali il regolamento 2022/1925, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali); il regolamento 2022/2065, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali); la direttiva (UE) 2019/770, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.



contenimento mediante un approccio basato sui livelli di rischio. La proposta classifica il rischio come inaccettabile, alto, relativo alla trasparenza, basso e minimo, costruendo una vera e propria tassonomia del rischio, sulla base della quale vengono definite le diverse regole applicabili. La rilevanza del contenimento dato dai diritti fondamentali è sempre evidente nella proposta, ma lo è soprattutto per la definizione dei rischi inaccettabili, che determinano un divieto di sistemi di intelligenza artificiale ritenuti incompatibili con i valori dell'Unione; tra questi, l'attribuzione di un punteggio sociale per accedere a determinati benefici, le tecniche subliminali di persuasione occulta o quelle che possono pregiudicare persone vulnerabili e minori. Un ulteriore tassello normativo, volto ad integrare il regolamento, è fornito dalla proposta di direttiva del settembre 2022 sulla responsabilità per i danni prodotti da apparati di intelligenza artificiale<sup>33</sup> che evidenzia la necessità di armonizzare le normative nazionali e di predisporre uno schema efficace relativo alla responsabilità, anche al fine di contribuire ad assicurare la affidabilità di tali apparati.

Un elemento comune a questa variegata attività normativa è dato dalla base giuridica, generalmente individuata nell'art. 114 TFUE che consente di adottare misure volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno. Si muove, quindi, dalla volontà di eliminare gli ostacoli alla circolazione di prodotti e servizi sebbene la finalità sia, come è evidente, garantire che lo sviluppo tecnologico sia conforme ai diritti fondamentali. La scelta di un fondamento giuridico relativo alla realizzazione del mercato interno può apparire incoerente e difficile da giustificare: nel dibattito scientifico suscitato dalla proposta non mancano interrogativi e perplessità sulle ragioni per le quali una normativa volta alla tutela dei diritti fondamentali – e, quindi, riferita alla dimensione in senso ampio costituzionale del sistema – consideri tali diritti in quanto collegati alle esigenze del mercato. Nella prospettiva del diritto dell'Unione, non estraneo a percorsi interpretativi apparentemente tortuosi, sono invece evidenti le ragioni che giustificano la scelta della base giuridica<sup>34</sup>. Il nesso con gli

<sup>33</sup> Direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), COM (2022) 496final.

<sup>34</sup> Sulla possibilità di utilizzare l'art. 114 TFUE, mi permetto di rinviare a quanto avevo avuto altrove modo di osservare, sostenendo che il fondamento giuridico di un'azione

aspetti di natura economica e commerciale è senza dubbio fornito dalla esigenza di definire uno standard comune di tutela dei diritti fondamentali che appare necessario al fine di evitare ostacoli al funzionamento del mercato interno; tale disposizione consente, peraltro, l'adozione di un regolamento, permettendo la realizzazione di un quadro normativo uniforme.

A ciò si aggiungono ulteriori considerazioni relative alla difficoltà di individuare un diverso fondamento giuridico, non potendo fornire la Carta una base giuridica, ed essendo altre basi normative, come quella relativa al diritto antidiscriminatorio ovvero il ricorso – ormai rarissimo – all'art. 352, politicamente ben poco prospettabili in ragione del requisito della unanimità<sup>35</sup>.

5. Nella definizione di un quadro normativo conforme ai diritti fondamentali assume particolare rilevanza la questione del contrasto alle discriminazioni che possono sorgere sulla base dei procedimenti decisionali automatizzati, questione alla quale vorrei, in conclusione, dedicare qualche rapida considerazione<sup>36</sup>. Gli interrogativi traggono origine dal rischio che tali pro-

dell'Unione avrebbe potuto essere individuato in tale disposizione, motivando l'attività normativa con l'esigenza di stabilire regole comuni ai fini del corretto funzionamento del mercato unico: A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 27. In senso contrario si esprime VAN CLEYNENBREUGEL, *EU By-Design Regulation in the Algorithmic Society*, in AA.VV., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021) secondo il quale l'art. 114 avrebbe una rilevanza limitata poiché esso “essentially aims at harmonising Member States' regulatory provisions rather than imposing specific design obligations on algorithmic designers”, par. 10.3.1. Occorre tuttavia considerare che proprio le condizioni e gli obblighi posti agli sviluppatori permettono di ottenere gli standard comuni che consentono di garantire l'armonizzazione delle regole nazionali necessarie ai fini del funzionamento del mercato interno.

<sup>35</sup> Come ben dimostra la sorte della proposta di direttiva orizzontale del 2008 (COM (2008) 426final, del 2 luglio 2008), che versa in una situazione di stallo benché il Parlamento europeo nel 2019 nella risoluzione sull'attuazione della Carta ne abbia sollecitato l'adozione “senza indugio” al fine di garantire ulteriormente i diritti fondamentali nell'UE tramite l'adozione di una legislazione concreta dell'Unione (risoluzione, del 12 febbraio 2019, sull'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel quadro istituzionale dell'UE, 2017/2089 (INI), par. 30).

<sup>36</sup> Cfr. in argomento P. HACKER, *Teaching fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Market Law*

cedimenti, fondati su algoritmi, producano delle discriminazioni e rendano altresì particolarmente difficile garantire la tutela giurisdizionale effettiva di coloro che ne sono vittime pregiudicando il principio della effettività della tutela.

Nei processi decisionali automatizzati, discriminazioni possono derivare già in origine dai dati immessi, qualora questi riflettano pregiudizi e disparità, come vari studi empirici, specie statunitensi, dimostrano<sup>37</sup>. A ciò si aggiungono i problemi di scarsa trasparenza e di opacità del processo decisionale, soprattutto quando intervengano macchine che, operando con tecniche di autoapprendimento, dispongono di un margine discrezionale che può determinare esiti neppure prevedibili e anche difficilmente spiegabili in relazione ai criteri applicati<sup>38</sup>.

Le normative attualmente vigenti forniscono solo alcuni elementi di soluzione; in particolare l'art. 22 del GDPR enuncia il diritto a non essere soggetti a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato allorché questa produca effetti giuridici che riguardano una persona o che in-

*Review*, 2018, p. 1143 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, e O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 3 ss. e p. 27 ss.; G. DE MINICO, *op. cit.*, p. 8 ss.; M. BARBERA, *Discriminazione algoritmica e forme di discriminazione*, in *Labour and Law Issues*, n. 7, 2021, p. 13 ss.; R. XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, p. 736 ss.

<sup>37</sup> Ad es., la intersezione tra il codice postale, rivelatore della zona di residenza, e la presenza di una percentuale elevata di cattivi pagatori in tale zona può risultare discriminatoria se utilizzata come criterio ai fini della concessione di un credito, benché lo *status* finanziario delle persone non sia di per sé un motivo tipizzato di discriminazione. Si può inoltre ricordare come il criterio apparentemente neutrale previsto dalla piattaforma di una società di consegna a domicilio, che conferiva un punteggio negativo ai lavoratori assenti, risultasse in violazione della libertà sindacale poiché tra le assenze conteggiava anche quelle dovute alla partecipazione ad iniziative di protesta e manifestazioni, come rilevato nell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020; cfr. M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, p. 104 ss.

<sup>38</sup> Come osserva la Commissione, “spesso ad esempio non è possibile stabilire il motivo per cui un sistema di IA è giunto a un risultato specifico. Di conseguenza potrebbe diventare difficile valutare e dimostrare se qualcuno è stato ingiustamente svantaggiato dall'uso di sistemi di IA, ad esempio nel contesto di una decisione di assunzione o di promozione oppure di una domanda di prestazioni pubbliche”: COM (2021) 205final, cit.

cidano in modo significativo su di essa<sup>39</sup>. Tale disposizione è certamente rilevante, ma lascia aperti problemi interpretativi che ne condizionano l'efficacia, suscitando incertezze riguardo alla nozione di trattamento automatizzato, alle deroghe previste dalla stessa disposizione, al tipo di intervento umano necessario a soddisfare il criterio indicato<sup>40</sup>.

La giurisprudenza inizia in primissimi orientamenti a fornire importanti precisazioni, come nella sentenza *Ligue des droits humains c. Consiglio*, del 21 giugno 2022<sup>41</sup>; su rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale belga, la Corte di giustizia, fondandosi sulle conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella<sup>42</sup>, ha chiarito che la direttiva sui dati PNR facendo riferimento a *criteri prestabiliti* per identificare coloro che potrebbero essere implicati in reati di terrorismo, osta all'utilizzazione di tecnologie di intelligenza artificiale nell'ambito di sistemi di autoapprendimento (*machine learning*), poiché questi strumenti possono modificare, senza il controllo umano, il processo di valutazione. È inoltre affermato che l'opacità che caratterizza il funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale può rendere impossibile comprendere la ragione per la quale un dato programma sia arrivato ad un riscontro positivo e, perciò, "potrebbe privare gli interessati anche del loro diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta"<sup>43</sup>. Tale

<sup>39</sup> Regolamento (UE) 2016/679, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Il GDPR riconosce il diritto a conoscere l'esistenza di un processo decisionale automatizzato e di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata e sulle implicazioni riguardo al trattamento dei dati.

<sup>40</sup> Si veda il *focus paper* della Agenzia per i diritti fondamentali, "BigData: Discrimination in data-supported decision making" (Vienna, 2018) in cui si sottolinea che il regolamento non appare sufficiente a garantire una tutela adeguata giacché "the fundamental rights implications of using algorithms in decision making include considerations addressed in the GDPR, but also go beyond" (p. 3). È altresì significativo che la prima relazione sull'applicazione della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie metta in luce le lacune delle normative nazionali che non prevedono garanzie adeguate nei casi in cui il processo decisionale automatizzato sia consentito dalla legge, non prescrivendo l'intervento umano o non prevedendo strumenti adeguati di tutela (COM (2022) 364final, del 25 luglio 2022).

<sup>41</sup> Sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains c. Consiglio*.

<sup>42</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, del 27 gennaio 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains c. Consiglio*.

<sup>43</sup> Punto 195.

orientamento, di grande rilevanza, induce tra l'altro ad osservare che laddove siano in gioco criteri di discriminazione già previsti in atti normativi, o rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 21 della Carta, le difficoltà maggiori riguardano la trasparenza della decisione e, quindi, l'esigenza di individuare strumenti normativi che consentano l'accesso all'algoritmo come presupposto del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

A ciò si aggiunge una ulteriore problematica che si presenta quando le potenziali discriminazioni algoritmiche risultano dalla combinazione di criteri che, non costituendo di per sé una discriminazione, danno tuttavia origine nella loro interrelazione ad una disparità, determinando le c.d. discriminazioni intersezionali<sup>44</sup>. Una soluzione normativa non è prospettabile allorché queste si fondino su criteri di discriminazione ulteriori rispetto a quelli tipizzati<sup>45</sup>, ed esse sembrano altresì sfuggire attualmente allo scrutinio della giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>46</sup>. Gli orientamenti della Corte forniscono,

<sup>44</sup> Il Parlamento europeo nella risoluzione del 2022 ha definito la discriminazione intersezionale evidenziando come questa differisca “dalla discriminazione multipla, che ha luogo quando ciascun tipo di discriminazione può essere dimostrata e trattata in maniera indipendente”, mentre “nel caso della discriminazione intersezionale i motivi di discriminazione si intrecciano, creando una tipologia unica di discriminazione”, giacché “l'intersezionalità consente una prospettiva che tiene conto di diversi motivi che si intersecano fra loro, senza dare priorità all'uno rispetto all'altro”; risoluzione sulla discriminazione intersezionale nell'Unione europea: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica, del 6 luglio 2022.

<sup>45</sup> L'attività normativa delle istituzioni è limitata ai motivi di discriminazione tipizzati nell'art. 19, perciò, come osservato nel rapporto della Commissione europea *Algorithmic Discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law* (Luxembourg, 2021), “proxy discrimination questions the boundaries of the exhaustive list of protected grounds defined in Article 19 TFEU and sheds new light on the rôle and place of the non-exhaustive list of protected grounds to be found on Article 21 of the EU Charter”, p. 9. In argomento v. tra gli altri A. E. R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, p. 1257 ss.

<sup>46</sup> Infatti, nella sentenza nel caso *Parris* (sentenza della Corte del 24 novembre 2016, causa C-443/15, *Parris*), la Corte sembra avere nettamente escluso qualsiasi possibilità di considerare una discriminazione intersezionale che non si fondi su un cumulo di motivi di discriminazione già tipizzati; essa ha affermato che “se è vero che una discriminazione può essere fondata su più di uno dei motivi indicati all'art. 1 della direttiva 2000/78, non esiste, tuttavia, alcuna nuova categoria di discriminazione che risulti dalla combinazione di alcuni di tali motivi, quali l'orientamento sessuale e l'età, e che possa essere constatata quando sia stata esclusa una di-

invece, elementi assai rilevanti in merito al contrasto delle discriminazioni algoritmiche poiché definiscono come potenzialmente lesive anche situazioni che si manifestino in assenza di una vittima del comportamento, come può trarsi dalla giurisprudenza relativa a casi di affermazioni discriminatorie di datori di lavoro che scoraggiano, in via generale, l'accesso a opportunità di lavoro<sup>47</sup>.

6. Le brevi considerazioni sopra svolte mostrano come l'esigenza di introdurre strumenti di regolazione delle nuove tecnologie interessi non tanto il livello delle fonti primarie dell'Unione, ma riguarda, piuttosto, il diritto derivato, che dovrebbe fornire un quadro normativo idoneo a garantire il rispetto dei diritti fondamentali sulla base di standard omogenei di protezione. La formulazione della Carta sembra, in effetti, essere sufficientemente flessibile da poter garantire tutela anche riguardo alla peculiare declinazione che i diritti e principi assumono in relazione alle nuove tecnologie; a ciò si aggiunge, come sopra rilevato, la funzione integrativa che può essere svolta dai principi generali attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il quadro delle norme derivate appare, invece, insufficiente, e ciò giustifica l'intensa attività normativa e di proposta attualmente in atto. Tuttavia, una ricognizione delle possibili strategie di regolazione mostra quanto la *governance* delle tecnologie si riveli un compito oggettivamente di grande complessità; se si guarda all'assetto normativo attuale emerge un sistema assai frastagliato che comprende alcuni atti specificamente rivolti alla economia

scriminazione sulla base dei medesimi motivi, considerati in modo separato". In alcune pronunce, invece, sono stati rilevati elementi che sembrerebbero poter preludere al riconoscimento della discriminazione intersezionale; v. D. SCHIEK, *On uses, abuses and non-uses of intersectionality before the European Court of Justice*, in *Centre of European and Transnational Studies, European (Legal) Studies on-line papers*, n. 3, 2018. Cfr. anche in argomento T. DEGENER, *Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law*, in A. LAWSON, D. SCHIEK (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Farnham, 2016, p. 29 ss.; I. SOLANKE, *The EU Approach to Intersectional Discrimination in Law*, in G. ABELS, A. KRIZSÁN, H. MACRAE, A. VAN DER VLEUTEN (eds.), *The Routledge Handbook of Gender and EU Politics*, London, 2021; M. FERRI, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *ri-vista.eurojus.it*, 2022, p. 291 ss.

<sup>47</sup> Così nel caso *Feryn* (sentenza della Corte del 10 luglio 2008, causa C-54/07), ove si afferma che "l'esistenza di siffatta discriminazione diretta non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione" (punto 25).

digitale, altri che contengono regole particolari rilevanti rispetto a nuove applicazioni tecnologiche afferenti ad uno specifico settore o profilo disciplinato, o, ancora, normative di carattere generale, la cui applicazione rispetto alle nuove tecnologie suscita incertezze interpretative. La compresenza di diverse regole in una pluralità di atti derivati rende assai complesso il coordinamento delle fonti, da parte, soprattutto, dei giudici nazionali, rendendo auspicabile una semplificazione del quadro normativo. Occorrerebbe definire in modo chiaro i rapporti tra le fonti derivate<sup>48</sup>, eventualmente ricorrendo ad una rifu-sione degli atti in vigore o ad uno strumento di codificazione che permetta, in particolare, di agevolare la comprensione delle interrelazioni tra normative orizzontali e settoriali.

Si può infine osservare che sebbene gli atti dell'Unione relativi alla disciplina delle nuove tecnologie tendano, coerentemente con il loro fondamento giuridico, a garantire le libertà del mercato interno, assicurando la circolazione senza ostacoli di beni e di servizi innovativi, tuttavia l'intervento normativo dell'Unione può avere un'incidenza significativa, anche sul piano esterno, riguardo alla definizione dei diritti fondamentali rilevanti. La costruzione di regole uniformi di protezione, come quelle delineate nella proposta sull'intelligenza artificiale, porterebbe l'Unione ad assumere un ruolo di *standard-setter* a livello globale, attraverso limiti e divieti suscettibili di acquisire rilevanza nei rapporti con Stati terzi<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> L'esigenza di assicurare il coordinamento con una pluralità di disposizioni già operanti ha portato ad elaborare norme assai complesse nella proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale. Mi permetto di rinviare riguardo a tali regole al mio scritto A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 127 ss., spec. pp. 142 e 143.

<sup>49</sup> Tale obiettivo emerge dalle strategie elaborate dalla Commissione europea ove si afferma la convinzione che la cooperazione internazionale sulle questioni riguardanti l'intelligenza artificiale debba "basarsi su un approccio che promuova il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui la dignità umana, il pluralismo, l'inclusione, la non discriminazione e la protezione della privacy e dei dati personali", aggiungendo anche la necessità di adoperarsi affinché l'Unione possa "esportare i suoi valori nel mondo" (Libro Bianco, cit., p. 10). Si può peraltro notare che, come risulta dal considerando n. 11 della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, al fine di evitare l'elusione degli obblighi previsti dal regolamento, si afferma che è opportuno che esso "si applichi anche ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA stabiliti in un paese terzo, nella misura in cui l'*output* prodotto da tali sistemi è utilizzato nell'Unione".