



SORVEGLIANZA E CONTROLLO

*Il modello di governance nella nuova proposta di
regolamento sull'IA*

CHIARA GRIECO

i-lex

i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale
Rivista semestrale on-line: www.i-lex.it
Dicembre 2021
Fascicolo 2
ISSN 1825-1927

SORVEGLIANZA E CONTROLLO

IL MODELLO DI *GOVERNANCE* NELLA NUOVA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SULL'IA

CHIARA GRIECO*

Abstract. La Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale mostra precise scelte politiche del legislatore dell'Unione. Utilizzando come chiave di volta il concetto di *governance* dell'IA, si propone una lettura trasversale dei canali attraverso i quali essa si vuole assicurata. L'analisi della struttura binaria del modello della sorveglianza-controllo è occasione per sondare moventi e criticità di una disciplina che, in ossequio all'ottativo dell'armonizzazione, sacrifica, di fatto, la singolarità dei settori coinvolti. Fra tutti, si evidenzia la criticità del modello in riferimento all'imparzialità necessaria nell'amministrazione della giustizia e nell'esercizio concreto del potere giurisdizionale.

Parole chiave: *sorveglianza, controllo, amministrazione della giustizia, governance.*

1. Affidabilità e sorveglianza: il *leit motiv* nel modello di *governance* per l'IA

Alla Proposta¹ di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale è attribuito un compito gravoso: far

* Dottoranda presso l'Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Corso di Dottorato internazionale in Diritti e Sostenibilità, chiara.grieco@unisalento.it.

¹ L'atto di riferimento (al quale ci riferirà nel prosieguo, per ragioni di sintesi, come Proposta di regolamento) è la *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*

convergere i poli multi-prospettici della gestione economica del progresso tecnologico e della tutela dei diritti fondamentali connessi. Il dibattito sull'intelligenza artificiale, infatti, coinvolge direttamente la questione dei valori, e delle scelte politiche, che guidano la decisione automatizzata². Tanto nella Relazione che accompagna la Proposta, quanto nei considerando, è posto l'accento sulla possibilità di garantire un'IA affidabile. L'affidabilità è costruita sul sistema antropocentrico di *governance*. Proprio quest'ultimo costituisce il punto focale verso il quale converge la normazione, che si vuole, quanto ad applicazione, *armonizzata*. Nelle argomentazioni a sostegno della scelta dell'atto giuridico si legge, difatti, che «l'applicabilità diretta di un regolamento, conformemente all'articolo 288 TFUE, ridurrà la frammentazione giuridica e faciliterà lo sviluppo di un mercato unico per i sistemi di IA leciti, sicuri e affidabili. Tale obiettivo sarà conseguito in particolare introducendo una serie armonizzata di requisiti di base»³.

L'approccio dell'UE è conscio della sollecitazione duale⁴ alla quale si espone l'opacità dei sistemi di IA: la ricerca di garanzie di *explainability* conduce verso l'esplorazione della pervasività del potere gestito attraverso l'IA e delle conseguenti contrazioni delle sfere di libertà dell'individuo. L'istanza di armonizzazione e la ricerca di equilibrio disciplinare muovono da questa profonda interdipendenza. La spinta alla creazione di un comune bacino

dell'Unione, 2021/0106 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> (d.u.c. 6/11/2021).

² Cfr. Fjeld J., *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-Based Approaches to Principles for AI*, Berkam Klein Center for Internet & Soc'y, 41, 2021, <http://nrs-harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepost:42160420>, in Grochowski M., Jablonowska A., Lagioia F., Sartor G., Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises, *Critical Analysis of Law (CAL)*, 8 (1), 2021, pp. 43-63.

³ Proposta di regolamento, Relazione, punto 2.4 *Scelta dell'atto giuridico*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, cit. p. 7 (d.u.c. 28/12/2021).

⁴ Alla base della sollecitazione duale citata vi è l'idea del volto ambivalente del progresso, evidenziata da Nisbet R., *History of Idea of Progress*, Basic Books, 1980. Una sua riproposizione è colta dalle riflessioni di Bracher, a proposito di progresso e irrazionalismo, in Bracher K.D., Grillo E. (a cura di), *Il Novecento. Secolo delle ideologie*, Laterza, 2006, pp. 23 e ss.

giuridico regolamentare è un obiettivo politico la cui dimensione collettiva abbraccia le esigenze del mercato unico. E, infatti, il ricorso all'idea di armonizzazione richiama quel sogno proposto⁵ da Saleilles e Lambert⁶: da tempo, in tema di regolazione dei progressi scientifici, il riformismo legislativo dell'Unione sembra essere declinato attraverso il paradigma della «filosofia della convergenza»⁷.

Retroterra della Proposta è un approccio *rights-based*⁸ e trascina con sé diverse affinità con la politica dell'Unione e la struttura normativa del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (RGPD). Anche in quell'occasione, la coppia opacità-trasparenza aveva catalizzato la normazione sul polo rischio-monitoraggio. Come allora, la globalizzazione, *sensu* armonizzazione, è ora chiamata a governare l'ambivalenza della complessità computazionale: nello specifico, le chiede di tentare di sostituire la forza centrifuga della frammentazione legislativa nazionale con la spinta alla singolarizzazione⁹ armonizzata della disciplina.

A testimonianza della similitudine con il RGPD depone la terminologia legistica usata nella Proposta. La questione dell'opacità dei sistemi di IA si presenta, anche in questo caso, accostata all'elemento taumaturgico della trasparenza. La soluzione normativa sceglie di interpretare la domanda di intelligibilità attraverso il dialogo fra meccanismi di promozione della fiducia e strategie di sorveglianza e controllo. Attraverso i primi è sintetizzato il difficile bilanciamento di motivi e obiettivi della nuova disciplina. Per mezzo delle seconde, invece, si vuole garantire l'istituzionalizzazione della

⁵ Jamin parla di «rivisitazione di un vecchio sogno», in *Jamin C., Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited*, *The American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002, pp. 701-718.

⁶ Nell'ottica del diritto comparato, per una sintesi ricostruttiva dei rapporti fra globalizzazione e armonizzazione si rinvia a Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, 2018, pp. 22 e ss.

⁷ Varano V., Barsotti V., *op. cit.*, cit. p.24.

⁸ Cfr. Grochowski M., Jablonowska A., Lagioia F., Sartor G., *op. cit.* Difatti, anche in questo caso, è marcato l'appello ai diritti fondamentali, qui sintetizzato nell'espressione tributata dallo scritto citato, il quale parla di *rights* nella forma plurale.

⁹ Cfr. con il concetto di *ermeneutica singolarizzante* in Bauman Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, 1999.

catena burocratica della certificazione. Nella Relazione di accompagnamento ricorre il riferimento a un approccio orientato «all'eccellenza e alla fiducia»¹⁰. E, infatti, la semantica dell'armonizzazione si coniuga con quella dell'affidabilità attraverso il nodo della fiducia. L'intersezione dei due piani risponde alla logica interna all'obiettivo dichiarato: creare un «ecosistema fiducia nei confronti dell'IA in Europa»¹¹. Non è la prima occasione politica nella quale si manifesta l'ottativo della fiducia. Il piano di edificazione del decennio digitale¹² si è snodato attraverso diversi atti pregressi adottati dalla Commissione. Fra tutti, la Proposta riprende, infatti, un atto della Commissione dell'Aprile 2019, denominato «Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica»¹³. Ma non solo. La logica «*ethical by design*»¹⁴ ha tracciato la dialettica politica degli estensori legislativi europei sin dalla Carta etica per l'uso degli algoritmi nei sistemi giudiziari¹⁵. Leggendo trasversalmente la *ratio* delle disposizioni, è possibile individuare un rapporto costante fra il bisogno di trasparenza e di governo dei sistemi di IA e gli obiettivi dell'equità e della sicurezza. Questo stesso rapporto ha caratterizzato anche il meccanismo di bilanciamento tramite il quale i cinque principi della Carta hanno inteso fondare l'affidamento della comunità nell'IA. L'opacità computazionale¹⁶, e

¹⁰ Proposta di regolamento, Relazione, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, cit. p.1.

¹¹ *Ivi*, p. 5.

¹² *Ivi*, p. 6; *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_it (d.u.c.21/11/21).

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica, COM (2019) 168 *final* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0168> (d.u.c.21/11/21).

¹⁴ Castelli C., Piana D., *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, 2019, cit. p. 108.

¹⁵ *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment*, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (d.u.c. 26/11/2021).

¹⁶ Nel quadro del dibattito nato in seno alla protezione dei dati, quanto ad asimmetria informativa, si rinvia all'approfondimento delle due dimensioni dell'opacità in Grochowski M., Jablonowska A., Lagioia F., Sartor G., *op. cit.*:

l'asimmetria che ne deriva, sono le costanti al centro della politica di gestione dell'Unione. Così come, la standardizzazione¹⁷ del monitoraggio e del controllo sono le chiavi strumentali a cui si ancora.

Il paradigma etico della fiducia, con la sua architettura modulata secondo il meccanismo della trasparenza e del *check and balance*¹⁸, è dunque espresso in modo eloquente lungo tutto il percorso normativo di questi anni. In modo particolare la Proposta di regolamento sembra interpretare la fiducia in rapporto alla doppia declinazione di affidabilità. Questa, cioè, può essere declinata sia in una dimensione interna, sia in una esterna. Se intesa come affidabilità interna *del* sistema, baserà la sua fiducia sull'affidamento tecnico, entro i margini e le aspettative di funzionamento per i quali è programmato il *software*. Al contrario, se intesa come affidabilità, esternamente ingenerata, *nel* sistema di IA, vedrà dipendere la fiducia dai meccanismi di tutela, imparzialità e accessibilità. Anche questa doppia interpretazione è un richiamo suggestivo al dibattito sulla trasparenza che ha caratterizzato le discussioni in materia. A più riprese si è posto l'accento sul suo duplice volto, *exoteric transparency* ed *esoteric transparency*¹⁹. Si ritiene, infatti, che questa coppia possa ispirare anche la doppia declinazione dell'affidabilità qui proposta. L'una e l'altra guardano rispettivamente alla comunità (affidabilità esterna e trasparenza essoterica) o alla cerchia di esperti (affidabilità interna e trasparenza esoterica).

La fiducia-affidabilità è il primo centro gravitazionale verso il quale è attratto il dinamismo rischio-monitoraggio chiamato a gestire il binomio opacità-trasparenza. Vi è, tuttavia, un secondo centro che sembra, in realtà, prevalere sul primo. In ossequio all'antropocentrismo dichiarato nell'orizzonte della legiferazione, l'affidabilità *nei* sistemi di IA si fonda, e dunque non può prescindere, dalla sorveglianza umana. Ne deriva che la *governance* dell'IA è condizione di affidabilità ed è, perciò, soggetta a un paradigma della fiducia costruito in dipendenza delle garanzie di vigilanza.

«The opacity of information processing can be addressed from two different, yet linked perspectives: a relational one and a technological-based one» cit. p. 48.

¹⁷ Cfr. *ivi* pp. 53 e ss.

¹⁸ Cfr. Castelli C., Piana D., *op. cit.*, p. 111.

¹⁹ Grochowski M., Jablonowska A., Lagioia F., Sartor G., *op. cit.*, cit. p. 54.

La discussione vorrà soffermarsi sul modello di sorveglianza e sull'etica emendante che ne derivano. Da un lato, la politica della trasparenza è costruita sulla standardizzazione del controllo. Dall'altro, la sorveglianza si presenta non solo come ancella ed elemento del potere scientifico-computazionale, posto a servizio del diritto²⁰, ma anche come strumento della politica europea presentato ad avallo dell'armonizzazione.

1.1. Il modello sorveglianza-controllo: contesto e individuazione dell'ambito di analisi

Il contesto di analisi non può omettere preliminarmente l'esame dell'assetto giuridico della Proposta. A tal proposito, si osserva che le caratteristiche e gli scopi della normativa sono ben iscritti nella sintesi²¹ della valutazione d'impatto condotta dalla Commissione. Le quattro opzioni strategiche stimate si collocano entro la precisa scelta politica di «voler assicurare il buon funzionamento del mercato unico»²², anche per il settore dell'IA. L'opzione 3+ è l'alternativa che ha raccolto il favore dell'Unione. Essa propone il ricorso allo strumento legislativo orizzontale, che segue un approccio *proporzionato* basato sul rischio, con la previsione aggiuntiva di codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio²³. Una breve descrizione degli elementi più salienti per questa discussione può fungere da volano. È necessario anticipare sin da ora la dualità del modello di *governance*. Come si avrà modo di approfondire, il sistema di prescrizioni previsto delinea due fasi: quella della sorveglianza e quella del controllo. Queste si distinguono *in primis* in virtù dei soggetti cui sono demandate e, in secondo luogo, per pervasività. La sorveglianza assume le vesti di verifica e supervisione

²⁰ “Nel campo perfetto, tutto il potere viene esercitato col solo gioco di una sorveglianza precisa, e ogni sguardo sarà una tessera nel funzionamento globale del potere”, Foucault M., 2014, *Sorvegliare e punire*, Tarchetti A. (trad. it.), Einaudi, cit.p.187.

²¹ Proposta di regolamento <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, p.10.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

di conformità, per i fornitori, prima, e per gli utenti, dopo. Il controllo, invece, rafforza il ruolo antropocentrico in chiave istituzionale, grazie all'intervento delle autorità di vigilanza e al controllo pubblico.

La geografia minima del modello della sorveglianza si evince dal titolo II della Proposta. Da una prima lettura si può facilmente dedurre la scelta politico-legislativa dell'Unione: la delimitazione delle pratiche di intelligenza artificiale vietate e il sistema di obblighi a carico dell'attività, *a contrario*, ammessa, abbracciano una logica della gestione del rischio il cui bilanciamento è un *mélange* di interessi economici ed estetica politica dei diritti fondamentali.

In effetti, perlomeno sul piano formale, i valori dell'Unione e il sistema dei diritti fondamentali sono chiamati in causa quali strutture di sostegno e referenti di legittimità. La Proposta allude direttamente al pericolo che talune caratteristiche dei sistemi di IA possano ledere i diritti fondamentali. Le forme della sorveglianza sono perciò modellate per gestire la deriva verso la quale potrebbero tendere le peculiarità insite nei sistemi computazionali. Si tratta dei profili dell'opacità, della complessità, della dipendenza dai dati e dei limiti del comportamento autonomo.

La pervasiva potenzialità dei sistemi di IA è tale, infatti, da esporre gli utenti e i soggetti coinvolti a situazioni di probabile vulnerabilità. Le pratiche vietate, elencate al paragrafo 1, articolo 5 del titolo II, difatti, sono poste a tutela dell'autodeterminazione del singolo e della collettività, evitando, al contrario, immissioni sul mercato e modalità di utilizzo che agevolerebbero l'eterodeterminazione inconsapevole e manipolante.

Sicché, osservando la sua intelaiatura, l'archetipo della sorveglianza viene costruito per dualità. L'uso di sistemi di IA è regolato differenziandone i limiti in base al rischio cui i soggetti sono esposti, da un lato, e livellando, dall'altro, gli obblighi gravanti sui fornitori, prevedendo *restrizioni minime necessarie*.

Il rischio, che l'appello alla fiducia e all'affidabilità vuole limitare²⁴, diventa così elemento della diade architrave della Proposta di regolamento, che, di fatto, si fonda sulla macro-distinzione fra

²⁴ Nell'introduzione si è, infatti, fatto cenno all'unione delle due logiche sottese alla Proposta: quella della normazione armonizzata e quella dell'affidabilità.

sistemi di IA ad alto rischio e sistemi di IA diversi. Dalla proporzione fra interesse economico-produttivo e tutela dei diritti dipende la catalogazione del rischio. L'elenco delle pratiche vietate *ex* articolo 5 definisce il margine di rischio inaccettabile. Invece le pratiche di sorveglianza riguarderanno prevalentemente situazioni e circostanze che, in linea ipotetica, non dovrebbero provocare una lesione o una tensione della tutela *intollerabili* per i diritti fondamentali.

Le attività di sorveglianza si sostanziano in valutazioni di conformità *ex ante* ed *ex post*. Il titolo III, dedicato ai sistemi di IA ad alto rischio, a partire dal capo 3, contiene la descrizione degli obblighi previsti per fornitori, utenti e altre parti (ad esempio importatori e distributori)²⁵. Mentre, nel titolo VIII è elaborato il sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato²⁶.

La proporzionalità è chiamata in causa per strutturare gli obblighi di conformità e prova *ex ante*, affinché questi non comportino eccessivi sacrifici a danno della proprietà intellettuale dei fornitori. La necessità che siano assicurati meccanismi di verifica della trasparenza vorrebbe limitare al minimo il rischio che, a causa dell'uso di un sistema di IA, siano assunte decisioni errate o distorte. L'impossibilità di escludere *a priori* un *vulnus* per i diritti fondamentali ha reso indispensabile declinare l'amministrazione della sorveglianza e del controllo anche *ex post*. Ciò avviene nella fase potenzialmente patologica del funzionamento del sistema. Come vedremo più avanti, la rete di sorveglianza coinvolge non solo i fornitori, ma anche gli utenti.

In primo luogo, la conformità *ex post* viene gestita attraverso obblighi, per fornitori e utenti, di verifica del corretto funzionamento e di comunicazione tempestiva di eventuali anomalie. La tutela *in itinere* e successiva all'immissione sul mercato presenta, tuttavia, aspetti critici. Nonostante il sistematico appello alla protezione dei diritti fondamentali, il livello di difesa si esaurisce in uno spazio

²⁵ Di seguito alcune coordinate normative presenti nella Proposta di regolamento: art. 16, *Obblighi dei fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio* (a cui devono sommarsi le disposizioni inerenti alla certificazione di conformità e la registrazione nella Banca dati), art. 24, *Obblighi dei fabbricanti dei prodotti*, art. 26, *Obblighi degli importatori*, art. 27, *Obblighi dei distributori*, art. 29, *Obblighi degli utenti dei sistemi di IA ad alto rischio*.

²⁶ Artt. 61 e ss.

autoreferenziale. Non solo, emerge una contraddizione fra gli intenti sintetizzati e la volontà legislativa espressa. Non potendo affrontare compiutamente in questa sede l'ostica problematica della qualità della legistica dell'Unione, sia sufficiente porre l'accento sul contrasto fra quanto affermato nella Relazione di accompagnamento al progetto e quanto disposto nel testo. Nel paragrafo 3.5 della Relazione, interamente dedicato ai diritti fondamentali, si afferma che «nel caso in cui si verificano comunque violazioni dei diritti fondamentali, un ricorso efficace a favore delle persone lese sarà reso possibile assicurando la trasparenza e la tracciabilità dei sistemi di IA unitamente a rigidi controlli ex post»²⁷. Nonostante si tratti di una sezione non precettiva della Proposta, non può trascurarsi il fatto che l'estensore – politico? – sembra aver usato un lemma del linguaggio tecnico-giuridico (“ricorso”) trascurando la coerenza sostanziale con il successivo articolato, al contrario, precettivo.

Se si esamina il testo, non sembra emergere l'uso del lemma “ricorso”, seppur nell'indefinita accezione contenuta nel documento introduttivo. Ve ne è menzione nell'art. 7, punto 2, lettera h. Tuttavia, tale riferimento al ricorso manca dell'accezione prospettata nella relazione. Nella disposizione richiamata sono descritti alcuni elementi di cui la Commissione può tener conto per valutare se un sistema di IA «presenti il rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali»²⁸. Singolare appare innanzitutto la scelta di deporre il linguaggio della lesione, simbolo di una mancata attenzione all'eventuale momento della violazione della sfera giuridica del soggetto.

Per quanto riguarda, invece, il ricorso, a ben vedere si tratta di una mera allusione. L'istituzione dell'Unione, nella sua valutazione, può tener conto della presenza nella legislazione «di misure di ricorso efficaci in relazione ai rischi presentati da un sistema di IA, ad esclusione delle richieste di risarcimento del danno»²⁹.

Quella appena descritta è una discrepanza rilevante. Sebbene per la Relazione di accompagnamento non possa, certo, parlarsi di

²⁷ Proposta di regolamento <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, p.12 (d.u.c. 30/12/2021).

²⁸ Proposta di regolamento, art. 7, Modifiche dell'allegato III, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, (d.u.c. 30/12/2021).

²⁹ *Ibidem*.

vincolatività giuridica, e men che meno di *giustiziabilità*³⁰, il rapporto fra «tecnica di confezione legislativa»³¹ e chiarezza dell'indirizzo generale dell'atto appare compromesso. La mancanza di un ricorso effettivo rappresenta così una contraddizione all'interno del *draft* e dei canoni di precisione e chiarezza richiesti. E, dunque, al netto di quanto evidenziato, l'unica tutela prevista sembrerebbe assorbita dalla trasparenza.

Dietro questa disciplina si celano scelte di etica pubblica che hanno ispirato la struttura giuridica del modello sorveglianza-controllo. La scienza del movente del legislatore³² dell'Unione stringe i nodi principali che organizzano e dirigono le condotte di sorveglianza e controllo.

L'analisi delle criticità dell'articolazione del sistema di *governance* vuole invitare a riflettere sulla tendenza, propria del modello sorveglianza-controllo, a livellare le garanzie di vigilanza senza tenere debitamente in considerazione le specificità di alcuni settori pubblici. L'estensione dei sistemi di IA all'ambito giudiziario ne è un esempio. Nonostante il dibattito contemporaneo abbia da tempo evidenziato la vastità del bacino di incertezza al riguardo, alcuni aspetti sembrano essere pericolosamente trascurati dalle scelte di *governance* della Proposta.

L'analisi si concentrerà su due profili. In primo luogo, si tenterà di delineare quale sorvegliante-controllore, inteso come organismo complesso e multilivello, possa emergere sullo sfondo della Proposta. Scopo dello studio sarà vagliare la presenza di zone grigie nel tentativo europeo di armonizzazione delle tecniche di sorveglianza. Precisamente, si rifletterà sulle implicazioni legate alla scelta di eleggere la sorveglianza a laboratorio di armonizzazione. In secondo luogo, sulla base del lavoro di ricostruzione, si ragionerà su quali aspetti critici meritino una revisione, soprattutto per quel che riguarda

³⁰ Cfr. Vendaschi A., *Gli strumenti di regolazione della tecnica legislativa nell'Unione europea: dai paradossi sulla loro giustiziabilità alla ricerca di una "terza via"*, in AA.VV., *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bonomo, 2003.

³¹ Espressione tributata da Frosini V., in *Tecniche giuridiche*, Enciclopedia del diritto – Volume XLIV – 1992, cit. p. 45.

³² Qui l'espressione "scienza del movente" è usata per indicare l'etica del movente del legislatore, riprendendo la distinzione fra etica del fine ed etica del movente.

le implicazioni dell'utilizzo dei sistemi di IA nel settore dell'amministrazione della giustizia.

2. I luoghi della governance dell'IA: sorveglianza e controllo

La Proposta di regolamento nasce da una lacuna. I tentativi di disciplinare il funzionamento e l'applicazione dei sistemi computazionali si scontrano con lo scenario opaco della progettazione. L'equilibrio della bilancia algoritmica³³ è espresso in un linguaggio al quale sembra possano, seppur parzialmente, accedere solo gli *officianti tecnici*³⁴. Da questa insondabilità è emersa l'urgenza di trovare, nella speranza che vi siano, o, in caso contrario, di creare, luoghi e attori di *governance* dell'IA.

Quello di *governance* è un concetto che si espone all'incertezza di diadi semantiche. La discrasia insita nella *governance*³⁵ conduce a contraddizioni e paradossi le riforme sulle quali essa viene calata come marchio. L'agire politico-giuridico dell'Unione, da tempo ormai, sfrutta le strutture della *governance*. L'interesse per i luoghi di *governance* della Proposta può essere fecondo per l'analisi trasversale della riforma.

L'immagine del *luogo* è utile per esemplificare metaforicamente l'incontro reticolare fra la politica e l'azione di governo, ossia il legame fra i moventi del *gubernaculum* e l'agire dei soggetti

³³ Si parla qui di bilancia algoritmica per indicare, sincreticamente, l'insieme di funzioni di *preferenza e/o pesi*, in virtù del quale è costruito il sistema di calcolo (*software*) o in virtù del quale si fonda la replicazione dell'algoritmo (*rectius*, come cita Cucchiara, «schema di calcolo») nel caso dell'apprendimento automatico. Cfr. Cucchiara R., *L'intelligenza non è artificiale*, Mondadori, 2021, pp. 36 e ss.; Carcaterra A., *Machinae autonome e decisione robotica*, in Carleo A. (a cura di), *Decisione robotica*, pp. 33-62.

³⁴ L'immagine dell'officiante tecnico vuole leggere l'opacità del *coding* algoritmico in chiave metaforica. Le difficoltà di accessibilità sembrano ricalcare quasi la struttura templare del ἄδυτον, una zona alla quale era precluso l'accesso, se non agli officianti.

³⁵ Gaudin discute di *governance* in uno studio destinato a evidenziare l'ambiguità di un concetto accostato molto spesso ad altri semanticamente attigui. Cfr. Gaudin J.P., 2014, *La Tour d'Aigues*, 2014, Éditions de l'Aube, *La governance a double-face. Declinazioni e contraddizioni*, S. Volpe (trad. it.), Aracne, 2017.

istituzionalizzati. La figura iconica del luogo descrive la relazione fra questi due elementi. Il caso della Proposta di regolamento cala il pluralismo reticolare della *governance* nel rapporto IA-uomo. Il sistema duale illustrato nel progetto incorpora, fra i propri strumenti, accanto all'apparato burocratico, la sorveglianza e la vigilanza umana. Queste diventano luoghi di *governance* dell'IA. La lettura antropocentrica sembra ispirare l'assetto tratteggiato nella Proposta di regolamento.

Un'analisi delle scelte semantiche fatte può chiarire ulteriormente quale paradigma di sorveglianza e controllo, e, dunque, quale figura di sorvegliante e controllore, si stagliano sullo sfondo della Proposta. Per fare ciò si è scelto di leggere la disciplina rapportandola ai due diversi lemmi. Le loro differenti collocazioni nel testo riflettono, infatti, la natura del modello di *governance*. Nonostante in alcune sezioni della Proposta possa sembrare che il legislatore dell'Unione faccia un uso indifferenziato dei due termini, scandagliando la statistica del rispettivo utilizzo, emergono due categorie di senso ben distinte.

Qualche considerazione etimologica può contribuire a chiarire la diversa sfumatura cui ci si vuole riferire. Il concetto di sorveglianza è collegato alla famiglia della *custodia* e del *vigilare*³⁶. È, sì, inglobata in essa la relazione di prevalenza-inferiorità del lato attivo e passivo, ma questo rapporto è declinato secondo il paradigma della difesa conservativa e cooperativa di un certo interesse. Diversamente, nel concetto di controllo il paradigma muta, per accostarsi a quelli più spigolosi e gerarchici di ispezione e *dominium*. Nella prospettiva qui accolta, si ritiene che non possa essere fortuita la circostanza che, nella modulazione degli obblighi di gestione e amministrazione del funzionamento dei sistemi di IA, si ricorra ora al termine sorveglianza, ora a quello di controllo. Su questa diversa ricorrenza semantica si baserà la descrizione di alcuni aspetti della normativa.

³⁶ L'etimologia del verbo "sorvegliare" guarda, infatti, tanto al lemma *custodia*, quanto al lemma *vigilia*. Entrambi sono semanticamente connessi al concetto di tutela. Cfr. *Dictionnaire Etymologique De La Langue Latine*, Ernout-Meillet, Klincksieck, 2001, p. 161.

2.1 Codici di condotta in luogo di sorveglianza e controllo: sistemi di IA ad alto rischio e sistemi di IA *diversi*

I luoghi della *governance* dell'IA assumono una fisionomia differente a seconda che si parli o meno di sistemi di IA ad alto rischio. Richiamarsi all'impianto definitorio della Proposta è essenziale. L'articolo 6 del capo 1, titolo III, descrive i requisiti di classificazione per i sistemi di IA ad alto rischio. La tassonomia fa diretto riferimento agli allegati II e III: sono da considerare tali quei sistemi che o sono componenti di sicurezza di un prodotto, o sono essi stessi prodotti di sicurezza, oggetto di normativa di armonizzazione *ex* allegato II; oppure quei prodotti il cui sistema di IA, prima di essere immesso sul mercato, deve essere sottoposto alla valutazione di conformità *ex* allegato II. Una clausola di estensione ingloba fra i sistemi di IA ad alto rischio anche quelli elencati nell'allegato III.

L'altra categoria manca di criteri distintivi, o, meglio, è delimitata per esclusione. La bipartizione che affiora è fra sistemi di IA ad alto rischio e sistemi di IA *diversi*. Di questa suddivisione colpisce il fatto che, quanto meno a livello terminologico, il legislatore dell'Unione sembra aver scelto di non definire questa seconda categoria delimitando il rischio in misura inferiore. Volontà singolare, soprattutto alla luce del ruolo fondante assunto dal rischio nell'architettura normativa.

La differenza fra sistemi di IA ad alto rischio e sistemi di IA diversi appare rilevante per la modulazione degli obblighi di gestione e trasparenza. Mentre per i primi vige il rispetto dei requisiti e delle procedure *ex* titolo III, capo 2, per i secondi si parla di *applicazione volontaria*.

Di questa disciplina ciò che interessa sono i tratti assunti dallo schema della *governance*. Infatti, per i sistemi di IA *diversi* i luoghi della *governance* sono i codici di condotta che, elaborati su base spontanea *ex* articolo 69, dovrebbero mediare la *conformità* ai requisiti, previsti per i sistemi di IA ad alto rischio, con le finalità e le specifiche tecniche di quel determinato sistema. La Commissione, con gli Stati membri, può incoraggiare la loro adozione, fermo restando che la concreta formulazione dei codici di condotta è demandata ai fornitori di sistemi di IA, singolarmente o in sinergia con gli organismi rappresentativi.

Per questa categoria, probabilmente, è persino deviante far riferimento al concetto di *governance*. La sfera ottativa del codice di condotta risponde a una logica inversa. Se per i sistemi di IA ad alto rischio il legislatore dell'Unione ha preferito una soluzione più pervasiva per l'autonomia dei fornitori, nel caso dei sistemi di IA *diversi* l'interesse economico a tutela del mercato unico ha prevalso. Ciò è avvenuto sino al punto da elidere dal campo del bilanciamento l'orizzonte del rischio. In questo caso il modello etico della *governance* per sorveglianza è attenuato da una *accountability* dai contorni, tuttavia, molto sfumati.

L'affidabilità nei sistemi di IA *diversi* è qui presunta. Come anticipato in apertura di queste riflessioni, il dinamismo rischio-monitoraggio si scontra con una declinazione disequilibrata, della quale questa ne è un primo esempio. Nel caso dei codici di condotta, infatti, il bilanciamento fra rischio e vantaggiosità del progresso scientifico è effettuato non solo *a priori* e in assenza di chiari requisiti, ma anche presupponendo un affidamento sottratto alla verifica degli utenti e dei soggetti passivi coinvolti. Per di più, limitatamente ai sistemi di IA che non ricadono nella disciplina del titolo III, il manto dell'applicazione volontaria sembra insufficiente a coprire l'estensione del progetto di armonizzazione vantato dalla Proposta. Demandando ai fornitori e agli organismi rappresentativi un mero invito, il legislatore dell'Unione legittima una frammentazione della normazione, eventualità dicotomica rispetto all'obiettivo dichiarato.

2.2 Sorveglianza e controllo: un modello multilivello per i sistemi di IA ad alto rischio

A differenza dei precedenti, per i sistemi di IA ad alto rischio la Proposta si articola in un complesso di obblighi capillarizzati su più livelli. Nella rete dell'assetto avanzato è possibile studiare il legame fra il sistema politico di sorveglianza e controllo e la stratificazione burocratica dell'*iter* pensato per garantire una normazione

armonizzata³⁷. Come si avrà modo di evidenziare, alcune premesse definitorie serviranno per seguire la catena di vincoli. Ragioni di chiarezza esigono che vengano separate le prospettive: da un lato, vi è il piano degli obblighi di certificazione e sorveglianza dei fornitori, e, a valle, degli utenti; dall'altro quello del controllo delle autorità nazionali e degli organismi notificati.

2.2.1 Sorveglianza umana: fornitori e utenti

Fanno da prelude le definizioni utili *ex* articolo 3. La struttura degli obblighi di sorveglianza si diversifica, infatti, a seconda degli *operatori* coinvolti. Tali sono il fornitore, l'utente, il rappresentante autorizzato, l'importatore e il distributore. Seguendo, ancora, la nomenclatura della disciplina proposta, si possono *in primis* tracciare i profili delle figure del fornitore e dell'utente. La natura dell'uno e dell'altro è una determinazione compilativa per classi di enti, ampie e ciascuna appartenente a una specifica categoria giuridica. Fornitore e utente sono distinti solo in virtù del ruolo ricoperto nella catena produttiva: il primo, sviluppatore, mediato o immediato; il secondo, fruitore applicativo³⁸.

Un'ulteriore precisazione propedeutica permette di evidenziare aspetti decisivi per questa analisi. Nonostante nei documenti di sintesi che accompagnano il testo si parli di obblighi di conformità e di

³⁷ *Milieu* di questa analisi è il concetto di potere politico che si evince dalle ricerche condotte da Talcott Parsons per la cui ricostruzione si rimanda a Parson T., *Sul concetto di potere politico* (1963), in *Sistema politico e struttura sociale*, Giuffrè, 1975.

³⁸ Fornitore può essere «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA, o che fa sviluppare un sistema di IA, al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio marchio, a titolo oneroso o gratuito». Anche per la definizione della figura dell'utente, quanto alla natura del soggetto, il bacino di possibilità è medesimo, con l'unica differenza, appunto, che utente è colui che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità. Le definizioni sono contenute nell'articolo 3, Titolo I, rispettivamente, punti 2 e 4, Proposta di regolamento di norma armonizzate sull'intelligenza artificiale, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

trasparenza, il vocabolario della doverosità giuridica, insito nel concetto di obbligo, nei fatti sembra, in parte, ridursi nella dimensione formalistica della certificazione di conformità. Una descrizione può chiarire queste considerazioni. I capi 2 e 3 del titolo III sono rispettivamente dedicati l'uno alla descrizione dei requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio, l'altro agli obblighi dei fornitori, degli utenti e di *altre parti*.

Per quanto riguarda il primo versante di analisi, l'approccio della gestione dei rischi impone un controllo iterativo che perduri per l'intero ciclo di vita del sistema di IA ad alto rischio. Le misure di accertamento delle funzionalità e le modalità attraverso le quali attuare le procedure di verifica devono essere documentate e debitamente aggiornate³⁹. «Adeguate pratiche di *governance*»⁴⁰ sono inoltre previste anche per l'uso dei dati di addestramento, convalida e prova, onde valutare la ricorrenza di eventuali *distorsioni* o carenze da colmare.

Elemento cerniera fra i requisiti di *governance* è la documentazione tecnica⁴¹. La sua redazione è prevista quale prova di conformità ai requisiti indicati per i sistemi ad alto rischio e deve precedere la loro immissione sul mercato. Scorrendo il dettaglio degli elementi richiesti, fra le diverse specifiche di progettazione e schede tecniche esplicative della logica generale dell'algoritmo, spicca l'indicazione delle misure di sorveglianza richieste *ex* articolo 14⁴². Come si legge, esse sono «necessarie per facilitare l'interpretazione degli output dei sistemi di IA da parte degli utenti»⁴³. Dunque, la garanzia di trasparenza è declinata anche sul versante della

³⁹ L'articolo 9 della Proposta descrive in dettaglio fasi e adempimenti disposti per il sistema di gestione dei rischi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴⁰ *Amplius* Considerando 44, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴¹ Per la ricostruzione della disciplina prevista in tema di documentazione tecnica bisogna combinare l'articolo 11 e quanto previsto *ex* Allegato IV, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴² Allegato IV, paragrafo 2, lettera 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴³ Il dettaglio delle specifiche di progettazione e delle tecniche di sorveglianza è ribadito all'articolo 13, paragrafo 3, lettera d, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

progettazione. L'articolo 14 condensa la dualità del modello di *governance* per sorveglianza. Le misure specificate sono, infatti, destinate al mercato, quale requisito di ingresso, e agli utenti, come requisito di utilizzo e sorveglianza *in itinere*⁴⁴. Tramite tali guarentigie dovrebbe essere garantita l'indipendenza della decisione umana rispetto al risultato dato dall'interfaccia artificiale.

Premesse le linee guida della progettazione, il capo 3 traduce tali direttrici in obblighi per il fornitore e gli utenti. La grammatica della *garanzia* sembra prevalere. I fornitori *garantiscono* che il sistema sia sottoposto alla procedura di valutazione *ex* articolo 43, la conformità dei sistemi ai requisiti previsti dal regolamento, la redazione della documentazione tecnica, con conseguente marcatura CE, la registrazione di cui all'articolo 51, nonché la collaborazione con le autorità che richiedano una dimostrazione di *conformità*. Importatori, distributori e rappresentanti autorizzati, devono, a loro volta, verificare che il fornitore abbia adempiuto agli obblighi previsti, controllando marcatura e documentazione. Sugli utenti, anello finale della catena, gravano compiti di verifica del corretto funzionamento e di comunicazione di anomalie o incidenti gravi, con conseguente sospensione del sistema⁴⁵, per facilitare il rispetto degli obblighi previsti.

Della disciplina brevemente richiamata rileva, ancora una volta, il ruolo fondante della conformità. Ai fornitori è, infatti, chiesto di adeguare la documentazione tecnica alle norme *armonizzate*, o a parti di esse, oppure alle specifiche *comuni* adottate dalla Commissione. L'insidiosità della conformità formalistica si colloca proprio nel bilanciamento sostanziale, concluso e garantito solo a monte e attraverso il controllo.

2.2.2 Il profilo del controllo: attori e procedure

⁴⁴ L'articolo 14 al paragrafo 3 distingue fra le misure integrate nel sistema di IA e individuate dal fornitore prima della immissione sul mercato (lettera a); e quelle, pur sempre indicate dal fornitore, ma destinate agli utenti (lettera b), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴⁵ Bisogna, infatti, considerare che, come descritto nel dettaglio al titolo VIII, pesano sul fornitore obblighi di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato.

Se il profilo della sorveglianza delinea la natura degli obblighi gravanti sui fornitori e sugli utenti, il controllo caratterizza meglio le attività di alcuni enti coinvolti nelle fasi di valutazione della conformità. La sorveglianza non sfugge, infatti, al confronto con gli attori istituzionalizzati. Non tanto, o non solo, sotto il profilo temporale (prima e dopo l'immissione sul mercato). Il profilo del controllo delimita proprio questo dialogo. La distinzione fra sorveglianza e controllo è, dunque, anche sostanziale, perché la supervisione cede il posto all'accertamento. E, difatti, il rapporto fra il livello della supervisione, svolta da fornitori e utenti, e quello dell'accertamento e della verifica, delinea un rapporto gerarchico fra le due fasi.

Il capo 4 del titolo III introduce questo versante del modello di *governance* dell'IA. È prevista, infatti, la creazione di un sistema di controllo demandato alle autorità nazionali competenti e agli organismi di valutazione notificati. La nomenclatura anche in questo caso cede alla cadenza compilativa dell'inventario per classi sfiorando quasi la tautologia⁴⁶.

Se alle autorità nazionali competenti è demandata l'attività di monitoraggio e vigilanza sul regolare svolgimento delle procedure di valutazione, ai secondi compete la complessa gestione della valutazione nel merito del rispetto dei requisiti. La natura dell'attività demandata agli organismi notificati impone che sia preservata la loro imparzialità. Difatti, devono essere indipendenti sia dal fornitore del sistema, sia da ogni altro operatore avente un interesse economico. Infatti, l'articolo 33 pone l'accento sulla necessità che gli organismi siano strutturati in modo tale da preservare l'obiettività e l'imparzialità dell'attività svolta. Incrociando le fasi di controllo con quanto previsto in caso di accertamento di malfunzionamento e/o violazione dei diritti fondamentali, è possibile evidenziare l'anello portante dei legami di *governance*. Se si esamina trasversalmente la

⁴⁶ Ritornando alle definizioni che il legislatore dell'Unione fornisce in apertura, è così possibile descrivere le due figure citate: l'autorità nazionale di controllo è l'autorità competente, designata dallo Stato membro, che può agire come autorità di notifica e autorità di vigilanza del mercato (articolo 59); gli organismi di valutazione, invece, svolgono, per conto di terzi, attività di verifica e ispezione, e sono notificati se designati a norma di quanto previsto nel regolamento, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

disciplina presente nel titolo VIII del regolamento, si evince, infatti, la volontà di assicurare un dialogo molto stretto con la Commissione. La catena del controllo risale, infatti, sino a quest'ultima, anche per quel che riguarda il sindacato sulle misure adottate dal singolo Stato membro⁴⁷.

A completamento della descrizione degli organi cui è demandato il controllo, vi è il riferimento a un'altra figura prevista nel titolo VI, dedicato, non a caso, alla *governance*. È contemplata l'istituzione di un Comitato europeo per l'intelligenza artificiale, il quale avrà il compito di cooperare efficacemente tanto con la Commissione, quanto con le autorità nazionali di controllo.

Il modello duale della sorveglianza e del controllo, sebbene con intensità diverse, è animato dalla tensione formalistica alla conformità. Oggetto dell'una e dell'altro è la corrispondenza ai requisiti dettati dal regolamento, dalle norme armonizzate e dalle eventuali specifiche comuni varate successivamente dalla Commissione.

Bisogna considerare, inoltre, che alla bipartizione dei ruoli così indicati, da un lato i sorveglianti, dall'altro i controllori, se ne aggiunge una ulteriore. L'articolo 43 introduce, infatti, un aspetto di particolare rilevanza. Nel descrivere le caratteristiche della valutazione di conformità, la Proposta specifica che, per i sistemi di IA elencati nel punto 1 dell'allegato III, il fornitore ha due possibilità. Per alcuni sistemi potrà procedere alla valutazione di conformità basata sul controllo interno di cui all'allegato VI. Per altri, diversamente, potrà basare la procedura sul vaglio del sistema di gestione dei rischi e della valutazione di cui all'allegato VII.

Un'ultima puntualizzazione è necessaria per completare il quadro attraverso il quale tirare le file dei limiti del modello proposto. Essa riguarda la collocazione nella Proposta dei sistemi di IA destinati ad essere applicati all'amministrazione della giustizia. Questi sono ricompresi nella categoria dei sistemi di IA ad alto rischio⁴⁸.

⁴⁷ A questo proposito, si rimanda alla disciplina prevista *ex* articolo 66, in tema di procedura di salvaguardia dell'Unione, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴⁸ Nell'allegato III è contenuto l'elenco dei sistemi di IA ad alto rischio di cui all'articolo 6, paragrafo 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

Precisamente, ci si riferisce ad assi al punto 8, quali «sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nella interpretazione dei fatti e del diritto e nella applicazione della legge a una serie concreta di fatti»⁴⁹. Il legislatore dell'Unione sceglie di specificare che, per tali sistemi, per il fornitore sarà sufficiente far ricorso alla procedura di valutazione basata sul controllo interno, senza il coinvolgimento degli organismi notificati. L'analisi della singolarità di questa scelta sarà occasione per evidenziare i limiti di una legislazione per conformità, nella quale l'esigenza di armonizzazione sembra tiranneggiare sui valori fondamentali, piuttosto che tutelarli.

3. Criticità di una disciplina armonizzata: gli aspetti generali e il caso del settore dell'amministrazione della giustizia

Come si è tentato di mostrare, sebbene per cenni, l'ecosistema fiducia poggia sull'affidabilità, che si pretende sia percepita nei sistemi di IA.

La diffusa struttura di *governance* prevista distribuisce i suoi operatori fra i luoghi della sorveglianza e del controllo. Quelle composte sembrano essere relazioni di potere che sfruttano la tecnica dell'armonizzazione disciplinante per veicolare precisi bilanciamenti di valori. Se il modello duale della sorveglianza-controllo nasce come strumento di edificazione dell'affidabilità *nei* sistemi di IA, ad essere sacrificata potrebbe essere la relazione di fiducia fra il singolo e le istituzioni. L'attenzione, cioè, deve essere spostata anche sul versante complementare del pericolo di *intrasparenza* dei meccanismi di bilanciamento del rischio. Alcune zone grigie della disciplina, in cui la conformità è ridotta a uniformità classificatoria, minano il *pactum fiduciae* con il sistema di *governance*. Il problema non è più, o non è solo, l'affidamento riposto nella macchina, bensì quello riposto nel sistema politico di sorveglianza e controllo. Alla luce di quanto descritto sino ad ora dal punto di vista normativo, è interessante

⁴⁹ Allegato III, punto 8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

notare come l'approccio politico-legislativo indicato abbia fatto propria la dualità della «comunicazione digitale»⁵⁰. La rete di sorveglianti e controllori imita la burocrazia della sorveglianza propria del mercato digitale. Suggestive, a tal proposito, le parole di Byun-Chul Han: «sorveglianza e controllo sono una parte essenziale della comunicazione digitale [...]. Ciascuno osserva e sorveglia ogni altro»⁵¹. Come si dirà, su questa logica è plasmato il modello di governance dell'IA.

3.1 Convergenza e armonizzazione: uniformità al *diktat* del mercato unico e diritti fondamentali

La Proposta di regolamento manifesta con cruda chiarezza l'insidiosità di *software* e tecniche che impiegano sistemi di IA. La questione della neutralità dell'IA, prima marginalizzata nella filosofia del rigorismo morale, è qui esposta attraverso l'immagine sibillina del rischio. Le attività dell'IA e dell'uomo sono definite rispettivamente l'una attraverso il rischio, l'altra attraverso la sorveglianza o il controllo. Si delinea quasi una polarizzazione valoriale: potenzialmente manipolante la prima, normalizzante la seconda.

La dialettica fra affidabilità e sorveglianza nasce certamente per assicurare la necessità di armonizzazione, ma si limita ad un'interpretazione unidimensionale. La convergenza e l'armonizzazione prospettate rispondono alla matrice economica della logica del mercato unico. Si insegue, infatti, il desiderio di garantire una visione digitale del progresso orizzontalmente convergente. Malgrado ciò, l'urgenza di creare uniformità nella disciplina giuridica muove certamente dal bisogno di tutelare equamente la sfera dei diritti fondamentali, ma la sua declinazione propende per la garanzia della certezza dei traffici e del diritto della *lex mercatoria* digitale. La descrizione della base giuridica, presente nella relazione, lo dimostra. La Proposta di regolamento si inserisce nel progetto del mercato unico digitale. L'armonizzazione interviene nella questione relativa agli ostacoli alla costituzione di un mercato unico: «la riduzione

⁵⁰ Han B.-C., *Nello sciame. Visioni del digitale*, Nottetempo, 2015, cit. p.90.

⁵¹ *Ibidem*.

sostanziale della certezza del diritto [...] in merito alle modalità secondo cui le regole nuove e quelle esistenti si applicheranno a tali sistemi dell'Unione»⁵².

Questo è il primo motivo che rende disequilibrato il binomio che fonda l'anima della Proposta di regolamento. Il modello etico della sorveglianza-controllo abbraccia, quale fine ultimo, l'affidabilità solo come tassello intermedio del programma economico.

Un altro indice del rapporto sperequato fra interesse economico e tutela dei diritti lo si può dedurre da un inciso contenuto nell'allegato IV. Nel descrivere il contenuto della documentazione tecnica che il fornitore deve redigere, è richiesta l'indicazione dettagliata delle scelte di progettazione. In queste rientrano «le motivazioni e le ipotesi formulate, anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato e [...] le decisioni in merito a eventuali *compromessi* posti in essere con riguardo alle soluzioni tecniche adottate per soddisfare i requisiti di cui al titolo III, capo 2»⁵³. Se si considera che l'applicazione di sistemi di IA coinvolge molti settori della sfera pubblica e dell'esercizio del potere, desta non poche perplessità la previsione che l'agire istituzionalizzato della sorveglianza parli il linguaggio del compromesso. Come si è avuto modo di descrivere, se per i sistemi di IA *diversi* l'affidabilità è stata presunta, in questo caso ad essere quantomeno velati sono i criteri di bilanciamento del rischio⁵⁴. Per il legislatore dell'Unione sembra sufficiente appellarsi alla clausola dei diritti fondamentali, senza considerare che i compromessi delle soluzioni tecniche si percuotono a valle su utenti e soggetti.

Il *movente* dell'armonizzazione tira le fila dello sciame della struttura di sorveglianza e di controllo. Nella legistica della Proposta ciò che viene definita armonizzazione è la conformità e l'uniformità. Nulla è detto del profilo sostanziale del bilanciamento dei rischi. L'aspetto qualitativo del *come* è appiattito su una descrizione reiterata nel testo: il sistema di gestione dei rischi è definito proporzionato e

⁵² Relazione di accompagnamento alla Proposta di regolamento, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, cit. p. 6.

⁵³ Allegato IV, *Documentazione tecnica di cui all'articolo 11, paragrafo 1, paragrafo 2, punti a) e ss.; corsivo mio.*

⁵⁴ Cfr., Rusconi G.E., *Rischio 1914. Come si decide una guerra*, Il Mulino, 1987.

volto a *limitare* una lesione dei diritti fondamentali. Passando in rassegna i luoghi in cui questi vengono menzionati, è possibile notare come il loro richiamo assuma i contorni di un *refrain*. I diritti fondamentali vengono indicati come elementi di valutazione del rischio, tale da definire l'appartenenza o meno al catalogo di sistemi di IA dell'allegato III, come limiti per la gestione dei dati di addestramento, come oggetto di obblighi di trasparenza e informazione, come margini agli spazi di sperimentazione normativa per l'IA, come fattori da considerare nella valutazione di conformità.

Tuttavia, ogni riferimento ad essi sembra fermarsi sulla soglia del semplice invito ad una garanzia di tutela. Il rispetto dei diritti fondamentali sembra ancorato ai limiti di una clausola formale. D'altronde, ponendosi il fine di elaborare una disciplina armonizzata, la Proposta non fornisce, in sede regolamentare, criteri orientativi concreti per definire il bilanciamento tecnico necessario per ogni settore di applicazione dell'IA. Scorrendo la lista di cui all'allegato III, ci si avvede facilmente del carattere eterogeneo degli ambiti coinvolti: si spazia dall'identificazione biometrica, all'istruzione e alla formazione professionale, dal settore lavoristico a quello delle prestazioni e dei servizi pubblici, dall'attività di contrasto alla gestione dei flussi migratori, sino all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici.

La diversità degli interessi coinvolti si presume poter essere amministrata dalle *norme armonizzate*, alle quali l'articolo 40 si riferisce, o da *specifiche comuni*, ex articolo 41. Difatti, le une e le altre costituiscono i parametri della valutazione di conformità.

Il carattere procedurale del vaglio dei requisiti è pervaso dal formalismo insito nel concetto di conformità e difformità. La logica dell'armonizzazione propone qui uno schema nel quale la sorveglianza e il controllo sono modalità iconiche della riduzione delle differenze, a favore di un'identità non sostanzialmente definita. Fra i molti nodi di discussione che emergono dall'esame della Proposta, conformità tecnocratica è il termine-chiave che offre una possibilità di interpretazione sistematica.

La Commissione e l'apparato istituzionale dell'Unione occupano una posizione preminente nel definire la direzione verso la quale deve tendere l'armonizzazione. Spia di questo ruolo direttivo è il

Considerando 61⁵⁵. In esso sono dichiarate le funzioni strategiche sia della normazione, sia degli organi ai quali è demandato il suo compimento. La determinazione tanto delle norme armonizzate, quanto delle specifiche comuni, è un compito centralizzato e ricondotto entro la legislazione dell'UE. Le prime sono definite nel regolamento 1025/2012⁵⁶, le seconde sono adottate dalla Commissione.

Quest'ultimo dettaglio normativo consente di chiosare sulla fortuna della scelta del modello sorveglianza-controllo come laboratorio e strumento di armonizzazione.

3.1.1 Governance dell'IA: l'anello di Gige nella catena della sorveglianza-controllo

Nel diritto dell'Unione la *governance* nasce come parametro e misura di neutralità⁵⁷. Il ruolo *bipartisan* della Commissione vorrebbe assicurare l'eredità genetica della neutralità anche nella normazione armonizzata e nelle specifiche comuni. L'espressione "normazione armonizzata", tuttavia, se da un lato è coerente con il modello di «poliarchia democratica»⁵⁸, dall'altro, non dispone di una struttura tecno-funzionale sufficiente a sganciarla, davvero, dalla negoziazione

⁵⁵ «La normazione dovrebbe svolgere un ruolo fondamentale nel fornire soluzioni tecniche ai fornitori per garantire la conformità al presente regolamento. La conformità alle norme armonizzate quali definite nel regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere un modo per i fornitori di dimostrare la conformità ai requisiti del presente regolamento. La Commissione potrebbe tuttavia adottare specifiche tecniche comuni nel settore in cui le norme armonizzate non esistono oppure sono insufficienti», considerando 61, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, p. 35.

⁵⁶ Regolamento (UE)n. 1025/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio

⁵⁷ Cfr. Palombella G., *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law, e la governance del mondo*, Il Mulino, 2012.

⁵⁸ *Ivi* p. 256. Cfr. anche *Whiter Paper on Governance*, COM (2001) 428, Luglio 2001 e Sabel C.F., Zeitlin J. (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union; Towards a New Architecture*, Oxford University Press, 2010.

politica, o meglio, dalla logica politica del *self-interest* di stampo privatistico. L'ombra di questo fantasma si allarga ancor di più se tutto il sommerso della *governance* si unisce al mondo, non solo sotterraneo⁵⁹, ma anche inesplorato, della tecno-scienza dell'IA.

Nella Proposta di regolamento la figura del sorvegliante-controllore riflette l'ambiguità di fondo alla base del concetto di *governance*⁶⁰. Il sorvegliante-controllore è un organismo multilivello. La sua natura è ibrida perché, ricalcando lo scheletro della *governance*, lega il livello intermedio della sorveglianza (fornitori e utenti) a quello istituzionale del controllo⁶¹ (Commissione e Autorità nazionali competenti). Anche la doppia semantica, cui si è accennato, sembra consolidare questa prospettiva. La grammatica della garanzia, l'ibridazione fra logica della tutela e logica dell'aggiornamento continuo delle soluzioni tecniche, l'ideologia del rischio delle variabili scientifiche, definiscono un modello di sorveglianza revisionale e una figura di sorvegliante burocrate.

La legittimazione per conformità rappresenta la risorsa principale per garantire il dominio della molteplicità. Infatti, la complessità della relazione fra interessi economici e rischi tecnologici chiede da un lato, un aggiornamento delle soluzioni normative, dall'altro l'armonizzazione diacronica di queste continue revisioni.

Nella fase successiva, che rappresenta il lato del controllo, la semantica della garanzia lascia spazio a quella di tipo ispettivo. La procedura di legittimazione per conformità è assistita da una composizione di interessi tramite il canale dei nodi decisionali europei. La presunta inespressività politica della *governance*, nonostante il tentativo di ragionare per obiettivi, è costretta a ragionare per valori, bilanciamenti e, infine, concezioni particolari del *bene*. Non è un caso che l'armonizzazione sia la metodologia usata anche per la Proposta. Qui lo spazio di regolazione del conflitto degli

⁵⁹ Weiler J., 1998, In der Underwelt der Ausschuesse, in *Diet Zeit*, 22 ottobre 1998.

⁶⁰ Cfr. Ferrarese M. R., La governance e il suo strabismo: l'indagine di J.-P. Gaudin, in *Politica del diritto*, 2, 2019, pp. 349-360.

⁶¹ La descrizione del carattere ibrido del modello sorveglianza-controllo vuole interpretare quella della struttura minima della sorveglianza fatta dal Palombella, il quale distingue il *mesolevel* e l'*higher level*: "Il progresso della *governance* produce una relazione di connessione e controllo tra livelli diversi, tra le pratiche intermedie (*mesolevel*) e i processi istituzionali (*higher level*)", *op.cit.*, p. 258.

interessi in gioco sembra avere gli stessi caratteri che Joerges imputa all'approccio generale della *governance* europea: il criterio tecnico-operativo del *problem solving* può davvero essere adottato senza che la sua applicazione coinvolga risvolti politici?⁶²

La risposta a questo interrogativo chiama in causa un secondo, quello relativo al paradigma etico che sostiene il modello sorveglianza-controllo. Il sistema della *governance* opera attraverso l'individuazione di una serie di obiettivi, precipitato dei *beni* coinvolti. Tuttavia, le operazioni di proporzione e di bilanciamento del rischio, volendo armonizzare gli interessi, compiono una scelta etica. L'uniformità, solo a valle e di primo acchito formale, è possibile grazie alla prevalenza di una nozione di bene che fonderà l'etica particole del modello sorveglianza-controllo. La procedura di conformità sembra celare, cioè, la natura di una conformità rispetto a un'etica particolare, legittimata dall'incontro, comunicativo e deliberativo, della comitologia, proprio della *governance*⁶³. L'orizzontalità partecipativa e comunicativa, garantita nella Proposta dall'istituzione del Comitato europeo per l'intelligenza artificiale, è tale se osservata da un punto di vista bidimensionale. Adottando, invece, una prospettiva tridimensionale, ecco che l'orizzontalità si declina in una piramide. Il sorvegliante burocrate è il volto mediano del controllore apicale. Nel rapporto fra le due figure ad essere intrasparente – perché assente? – è il confronto riflessivo sulle questioni di giustizia, e non etiche, coinvolte nella conformità.

Non ci vuole spingere sino a declinare sul modello sorveglianza-controllo le parole di Foucault, ma l'esame di conformità mostra suggestivi rinvii a quella «cerimonia del potere»⁶⁴ con la quale la sorveglianza qualifica e il controllo normalizza. Nel labirintismo tecnico della *governance*, che si vorrebbe apolitico, la volontà di sorvegliare l'opacità dell'IA ne sovrasta un'altra: evitare che sia

⁶² La questione dell'interdipendenza propria della *governance* è affrontata da Joerge e ripresa anche da Palombella, che applica lo studio allo scenario globale; cfr. Joerges Ch., *European Law as Conflict of Law*, in Joerges Ch., Neyer J., *Deliberative Supranationalism Revisited*, part II, EUI Working Paper Law, 20, 2006.

⁶³ Cfr. Palombella G., *op.cit.*, cit. p. 255.

⁶⁴ L'immagine richiamata guarda metaforicamente all'analisi dei mezzi di addestramento descritti da Foucault, per la cui descrizione si rinvia a Foucault M., *op. cit.*, pp. 202 e ss.

l'incontro di istanze di giustizia a diventare intrasparente. La conformità formale, sotto l'egida dell'armonizzazione, rischia di essere l'anello di Gige della Proposta. Con il favore dell'ombra della razionalità tecnica, fra le maglie dell'invisibilità garantita dai *compromessi* di progettazione, l'universalizzazione procedurale di un bene particolare non corre il rischio di sovrapporsi alle questioni di giustizia?

L'ecosistema fiducia e l'ecosistema sorveglianza appaiono destinati a definire il nuovo volto della sfera pubblica. La logica binaria rischio-monitoraggio asseconda, piuttosto che inibire, la «renderizzazione unilaterale»⁶⁵ dei confini e delle possibilità della libertà. La trasparenza che dovrebbe essere approfondita dai meccanismi di tutela della Proposta riguarda le scelte sostanziali che guidano la decisione automatizzata della macchina e il controllo della sfera pubblica, al di là degli aspetti tecnico-formali, o accessibili solo alla ristretta cerchia di esperti, o ridotti alla certificazione. Si tratta, infatti, di un aspetto cruciale per impedire che, tramite la standardizzazione del controllo, la *governance* diventi strumento a servizio di uno «Stato di Sorveglianza»⁶⁶.

3.1.2 *L'opacità riversata al settore dell'amministrazione della giustizia: riserve e prospettive di modifica*

Nella disamina delle scelte normative del modello sorveglianza-controllo, si è avuto modo di evidenziare come, per il settore dell'amministrazione della giustizia, non sia previsto il coinvolgimento di un organismo notificato nel corso della valutazione di conformità. Questa è affidata al controllo interno del fornitore e avviene secondo quanto disposto nell'allegato VI. Il settore dell'amministrazione della giustizia e dei processi democratici, infatti, afferisce alla categoria per la quale i sistemi di IA sono considerati ad alto rischio. L'articolo 43, che, si rammenta, descrive

⁶⁵ Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Bassotti P. (trad. it.), Luiss University Press, 2019, cit. p. 514.

⁶⁶ Cfr. Lagioia F., Sartor G., *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *federalismi.it- Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 11, 2021, cit. p. 99.

la procedura di valutazione di conformità, destina a tali sistemi il semplice controllo interno.

Il controllo interno, come descritto dal punto 2 al 4 dell'allegato VI, non coinvolge gli organismi notificati. Al solo fornitore spetta la verifica di conformità ai requisiti previsti per il sistema di gestione della qualità e per la documentazione tecnica. Sono certamente salvi, inoltre, gli obblighi di comunicazione e informazione nei confronti delle autorità competenti, così come quelli di monitoraggio. Tuttavia, nessun'altra figura è coinvolta e la dualità della sorveglianza, almeno nella fase *ex ante*, diventa pericolosamente mono-prospettica.

Vaghezza e lacunosità tracciano i contorni della disciplina che la Proposta avanza per un settore nel quale l'imparzialità e la neutralità occupano un ruolo non certo residuale. Altrettanto opaco risulta il tentativo di derivare un qualche indizio di neutralità dalla ricostruzione della natura della figura del fornitore. Non può essere considerato un dato secondario il fatto che il fornitore di un sistema di IA che troverà applicazione nel campo della giustizia possa essere tanto una persona fisica o giuridica, quanto un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo. L'approssimazione con la quale è delimitato il novero delle figure coinvolte, e le modalità del controllo, sembra non considerare le peculiarità del settore di intervento.

La Proposta ha vagliato la possibilità che, in sede di progettazione tecnica, il fornitore debba indicare la logica di funzionamento dell'algoritmo e le ipotesi formulate dal programmatore. Malgrado ciò, le sue previsioni non sembrano aver ponderato quale portata abbia la grammatica del compromesso, seppur tecnico, se applicata a presupposti in base ai quali l'algoritmo assisterà l'attività di interpretazione del diritto.

Il legislatore dell'Unione sembra aver glissato sulla circostanza che la logica di funzionamento, con la quale il sistema di IA elabora un risultato interpretativo, non possa essere sottratta né a un vaglio democratico di legittimità, né a uno di giustizia.

Difatti, a essere coinvolti sono il tema dell'imparzialità e dell'indipendenza della figura del giudice. Ogni sistema di IA, in quanto *medium digitale*⁶⁷, «privatizza»⁶⁸, tanto i dati, quanto le

⁶⁷ Questa espressione è tratta dall'indagine condotta da Byung-Chul Han a proposito di *visioni del digitale*; Han B.-C., *Nello sciame. Visioni del digitale*, Nottetempo, 2015, cit. p. 12.

nozioni di *bene* implicate. I dati di addestramento e di prova, in base ai quali si forma l'esperienza algoritmica, sono legislativi, ma soprattutto giurisprudenziali. La programmazione del *software* parte innanzitutto da una selezione, necessaria per la creazione della banca dati giurisprudenziale. La possibile migrazione verso il particolarismo della sfera privata, *rectius* la natura del fornitore e delle scelte di programmazione del *software*, non è esclusa esplicitamente dalla Proposta di regolamento. Quantomeno, non si scorgono garanzie al riguardo. Quest'opacità non può sfuggire a quella meditazione, di diritto e di giustizia, qui profondamente implicata.

Anzi, il suo chiarimento, da parte del legislatore dell'Unione, dovrebbe essere la premessa per una disciplina che si pretende estesa anche alla sfera dell'amministrazione della giustizia. L'unico obbligo di conformità a norme armonizzate o specifiche comuni, benché inserite nella legislazione dell'Unione, non è una garanzia sufficiente. L'armonizzazione normativa per i sistemi di IA applicati all'amministrazione della giustizia difficilmente può essere scissa da ingerenze del sistema politico, soprattutto in assenza di una garanzia di uno spazio di riflessione adeguatamente individuato e rappresentativo.

Non può sottacersi che la scelta selettiva della banca dati sia in parte politica e in parte valoriale. Il «pensiero computazionale»⁶⁹ alla base della decisione giudiziale robotica non è indifferente alle opzioni di giustizia. Von Neumann definisce il *coding* «un sistema di istruzioni logiche che un automa sia in grado di svolgere e che porti l'automa a effettuare una qualche operazione organizzata»⁷⁰. L'organizzazione di *output* dell'algoritmo è perciò orientata secondo una metrica interpretativa precisa. Il «tecnico delle norme»⁷¹ che deve programmare il *coding* non può dirsi neutrale o libero dal soggettivismo politico della decisione. L'armonizzazione cui il

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. Ferragina P., Luccio F., *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Il Mulino, 2017; Luciani M., *La decisione giudiziale robotica*, in *Decisione robotica*, Carleo A. (a cura di), Il Mulino, 2019, pp. 63-96.

⁷⁰ Von Neumann J., 2014, *Computer e cervello*, Il saggiatore, cit. p. 127.

⁷¹ Avitabile L., *Il diritto davanti l'algoritmo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 8, 2017, cit. p. 319.

fornitore deve rifarsi implica la questione del potere sulla scelta di valori, spostata da sorvegliante a controllore.

La presupposta neutralità politica della *governance* fatica a mantener fede alle sue premesse. Ad essere compromessa è l'indipendenza del potere giudiziario, architrave dello Stato di diritto. Si tratta di una garanzia prismatica: non solo baluardo per l'autonomia del sistema giudiziario da quello politico, ma anche condizione di giustizia. L'interpretazione di fatti e di norme giuridiche, assistita dal *medium digitale*, risente delle ipotesi formulate dal programmatore. Lo stato dell'arte in tema di decisione giudiziale robotica è denso di analisi relative a *biases* pregiudiziali, spesso inglobati nel sistema di IA.

A ciò è necessario aggiungere che la complessità dell'IA, in questo settore, è chiamata a rapportarsi con la complessità del ragionamento giuridico⁷². Da questo confronto ogni ipotesi di semplificazione e standardizzazione si espone al rischio di disperdere la flessibilità, la variabilità e la discrezionalità proprie della decisione giudiziale⁷³.

Sebbene la Proposta di regolamento prenda in considerazione il possibile *over-fitting* e la dipendenza dai dati, le riflessioni di carattere generale e il modello sorveglianza-controllo così previsti non possono ritenersi sufficienti a garantire la trasparenza del meccanismo decisionale, soprattutto se l'unico garante è il solo controllo interno di conformità del fornitore. D'altronde, la Carta etica per l'uso degli algoritmi nei sistemi giudiziari ha ben condensato questa esigenza di tutela nel principio di trasparenza, imparzialità ed equità⁷⁴.

Bisogna, infatti, considerare che l'apprendimento dei *software* di IA è continuo e osmotico. L'interfaccia uomo-macchina è magazzino di esperienza, fucina nella quale vi è simmetria fra potere delle

⁷² Cfr. Sartor G., Karl Branting L., *Judicial Application of Artificial Intelligence*, Springer Science+Business Media B.V., 1998.

⁷³ Taruffo M., *Judicial decision and Artificial Intelligence*, in Sartor G., Karl Branting L., *op. cit.*, 316 e ss.

⁷⁴ «Principle of transparency, impartiality and fairness: make data processing methods accessible and understandable, authorize external audits», *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment*, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

informazioni date in *input* e potere delle informazioni date in *output*. Entrambe sono coinvolte, in egual modo, nel procedimento di apprendimento⁷⁵.

La simmetria è però un pendio scivoloso e rischia di essere meramente formale in un contesto nel quale la rete di *governance* maschera precise relazioni fra libertà, individui e diritto. Per evitare che il modello di sorveglianza-controllo degeneri nella visibilità controllante del *panopticon*, è necessario che il legislatore dell'Unione declini diversamente il proposito dell'armonizzazione: la modifica delle garanzie del controllo interno e la previsione di spazi di rappresentanza democratica possono essere fruttosi nodi di aggiornamento per una disciplina dallo scheletro ancora incerto. La certezza del diritto, univocamente declinata sulle esigenze del mercato unico, non può diventare valore tiranno e trasformare il sovrano di Schmitt in colui che decide sullo stato di disordine. La «datacrazia»⁷⁶ appare mossa dal capitalismo e dal suo relazionare i soggetti secondo l'armonia del mercato e del progresso, come la vecchia talpa che Marx descrive intenta a scavare in profondità⁷⁷.

⁷⁵ Il concetto di simmetria deriva dalle riflessioni di Han B. C., *op.cit.*, pp.14 e ss.

⁷⁶ Avitabile L., *op. cit.*, p. 326.

⁷⁷ La figura della “vecchia talpa” di Marx è un’immagine che, a tale proposito, ricorre. V., ad. es., Ferrarese M. R., La governance e il suo strabismo: l’indagine di J.-P. Gaudin, in *Politica del diritto*, 2, 2019, 349-360; cfr. anche Romano B., *Dalla Metropoli verso Internet. Persona, libertà diritto*, 2017, Giappichelli.