

niche e organizzative adeguate, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati (*by design*), nonché a garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento (*by default*).

Come osservato, però, queste ricerche dovrebbero emanciparsi dall'ambito specifico della protezione dati. Lo studio sulle dinamiche di controllo della persona sui processi automatizzati andrebbe collocato entro un contesto di più ampio respiro, che permetta di apprezzarne le implicazioni (per esempio, nel contesto relativo a decisioni amministrative o provvedimenti giurisdizionali automatizzati).

5. La giurisprudenza di fronte alla società algoritmica

La giurisprudenza non ha fatto mancare alcune prime, embrionali indicazioni al confronto con casi concreti che hanno riguardato l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.

L'attitudine al confronto con l'innovazione non costituisce di certo una novità per i giudici. Essi, infatti sono gli attori istituzionali più prossimi "per vocazione" alle situazioni in cui si danno nuove esigenze e istanze di tutela per effetto del mutato contesto tecnologico e sociale.

Le prime indicazioni giurisprudenziali si sono avute negli Stati Uniti a fronte della diffusione dei primi dispositivi di natura robotica e del verificarsi di alcuni incidenti produttivi di eventi dannosi e talvolta letali (su cui Bassini/Pollicino/Liguori, 2018).

Pur in carenza di un vero e proprio *leading case* da parte della Corte suprema, i temi al centro della giurisprudenza più risalente in materia concernono in particolare la definizione dello standard di diligenza richiesto ai produttori di componenti robotiche e ai relativi utilizzatori. Alcune delle pronunce si sono focalizzate sull'esistenza di un nesso di causalità che rendessero addebitabili all'utilizzatore ovvero al produttore le conseguenze dannose degli incidenti. In tale prospettiva era analizzato il contributo causale offerto da eventuali comportamenti negligenti da parte delle vittime. Altri precedenti in questa direzione hanno affrontato il tema della separabilità tra le componenti difettose e i macchinari nei quali queste ultime venivano incorporate.

Indicazioni di significativa importanza si sono intraviste anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che si è confrontata con l'applicazione di sistemi di filtraggio automatici sui flussi di comunicazione da parte delle piattaforme digitali e sull'esistenza di una responsabilità di questi operatori per eventuali illeciti commessi dagli utenti terzi a mezzo dei servizi (specialmente nelle cause C-70/10, *Scarlet c. Sabam* e C-360/10, *Sabam c. Netlog*; oltre che in cause riunite C-236, 237 e 238/08, *Google France*).

A differenza delle decisioni incentrate sulla robotica, che hanno spesso fatto ricorso alle categorie della responsabilità da prodotto difettoso in relazione a eventi dannosi, un filone giurisprudenziale più recente cerca di conciliare l'utilizzo di sistemi algoritmici con, da un lato, l'amministrazione della giustizia e, dall'altro, gli eventuali provvedimenti della pubblica amministrazione.

Le pronunce paradigmatiche in questo ambito risalgono, per un verso, al Consiglio di Stato italiano (sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270) e al *Conseil Constitutionnel* francese (sentenza n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018) e, per altro, alla Corte Suprema del Wisconsin (*Loomis v. Wyconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), *certiorari* negato con sentenza 137 S.Ct. 2290, 2017).

Da un lato, il Consiglio di Stato si è espresso, nello scorso aprile, in una vicenda originata dall'utilizzo da parte del MIUR di un sistema algoritmico per la definizione delle assegnazioni del personale docente della scuola secondaria. Il supremo organo di giustizia amministrativa ha chiarito che la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima. Pertanto, la "regola algoritmica" deve rispettare alcuni requisiti: (i) ancorché declinata in forma matematica, ha piena valenza giuridica e amministrativa, e come tale deve soggiacere ai principi di pubblicità e trasparenza, di ragionevolezza e di proporzionalità; (ii) non può lasciare spazi applicativi discrezionali ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, cosicché la discrezionalità amministrativa, non demandabile al software, possa rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale; (iii) presuppone che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo; (iv) deve contemplare la possibilità che sia il giudice a svolgere, sul piano "umano", valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica, per permettergli di apprezzare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti.

La decisione del Consiglio di Stato ha fatto seguito a una serie di ricorsi sui quali si era precedentemente pronunciato il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, con sentenze non sempre lineari, frutto della difficoltà di inquadrare univocamente una materia da ricollocarsi entro le categorie esistenti (tra le altre, Tar Lazio – Roma, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769; 10 settembre 2018, n. 9227; 12 marzo 2019, n. 3238; 27 maggio 2019 n. 6606). In particolare, ha suscitato dibattito la possibilità per un algoritmo, anche laddove "istruito" da un agente umano e dunque pre-impostato in base a un sistema assiologico, di assicurare il rispetto delle garanzie procedurali contemplate dalla legge sul procedimento amministrativo.

In Francia, una decisione del *Conseil Constitutionnel* del 2018 si è pronunciata sulla legittimità di una norma che ampliava la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere (seppure a titolo di eccezione) a decisioni in grado di produrre effetti giuridici sugli individui fondate su un trattamento automatico di dati personali. La stessa disposizione legittimava decisioni automatizzate nel caso in cui (i) l'attività algoritmica non riguardasse dati sensibili, (ii) fosse possibile una via di ricorso amministrativa e (iii) fossero fornite adeguate informazioni in relazione all'utilizzo di algoritmi. Di tale norma veniva dedotto un possibile conflitto con la distribuzione dei poteri esecutivi prevista dall'art. 21 della Costituzione, soprattutto in relazione alle capacità di autoapprendimento degli algoritmi che avrebbero potuto determinare l'applicazione di regole differenti da quelle pre-impostate. Il *Conseil* ha però escluso l'esistenza di profili di incostituzionalità, ritenendo che fossero state osservate tutte le garanzie necessarie alla salvaguardia dei diritti e delle libertà degli individui. Tra queste, rientravano fattori come: la limitazione dell'utilizzo a specifiche tipologie di decisioni, la previsione delle ricordate condizioni legittimanti e la possibilità per l'individuo destinatario ultimo di una decisione di ottenere una spiegazione in modalità intelleggibili e dettagliate del funzionamento del processo algoritmico.

Dall'altro lato dell'Oceano, invece, nel caso *State v. Loomis*, la *Supreme Court* del Wisconsin ha confermato nel 2016 la decisione d'appello in un procedimento penale conclusosi con la condanna dell'imputato in cui era stato tenuto in conto, ai fini della recidiva, il risultato di un *Presentence Investigation Report* prodotto attraverso l'uso di un *software* proprietario (COMPAS), il cui funzionamen-



to risulta coperto da segreto industriale. Tale *software* restituisce *risk assessment* sulla base sia delle informazioni raccolte sulla base di un colloquio con l'imputato sia delle informazioni relative al suo storico criminale. In questa pronuncia, la Corte ha ritenuto che l'utilizzo del *software* non implicasse una violazione del principio del giusto processo (essendo i suoi risultati peraltro rilevanti solo per la valutazione della recidiva e non per la decisione circa la condanna); tuttavia, ha enunciato alcune cautele di cui tenere conto onde garantire che il risultato ultimo sia sempre il frutto di un apprezzamento da parte di un agente umano, che potrà eventualmente rivedere gli esiti del processo algoritmico.

6. *Pars construens*: per una *governance* dell'intelligenza artificiale

L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale pone in discussione la funzionalità degli istituti giuridici esistenti all'interno di branche disparate del diritto. In ambiti diversi, infatti, la capacità delle norme vigenti di soddisfare le finalità di interesse pubblico affidate loro da legislatori e regolatori, oltre che dalla pubblica amministrazione, sembra vacillare.

Come si è ricordato nella premessa, Lessig, già descrivendo le criticità connesse alla regolazione della rete Internet, osservava come il web rendesse precaria la capacità delle norme giuridiche di assolvere gli obiettivi "politici" ivi sottesi. Lo studioso evocava la necessità che legislatori e regolatori utilizzassero il diritto per regolare indirettamente l'architettura del cyberspazio, condizionata nella sua fisiologia da vari fattori (le norme sociali, le regole del mercato e il contesto infrastrutturale) di cui l'ideale sintesi veniva definita come il *code* (Lessig, 1999). Infatti, a differenza di altre posizioni che sostenevano l'impossibilità di una regolamentazione della rete, la posizione di Lessig è stata supportata da diversi interventi normativi atti invece a regolarla. Ne consegue che, dal punto di vista della *governance*, la domanda principale non è costituita dall'*an* ma dal *quantum* di regolamentazione ossia da quel principio di proporzionalità che esige di ridimensionare la portata delle regole al fine di trovare un punto di equilibrio tra interessi confliggenti.

Contestualizzando tali riflessioni nel campo dell'intelligenza artificiale e astraendole a un livello metagiuridico, il punto di equilibrio deve essere trovato tra l'uomo e la macchina al fine di scongiurare che lo sviluppo dell'automazione porti l'uomo in una posizione di subordinazione a una sua stessa creazione. Appare dunque necessario che, a fronte dell'erompere dei sistemi di intelligenza artificiale, i giuristi approfondano gli sforzi per restituire un ecosistema antropocentrico, nel quale il fattore tecnologico non sovrasti e non si imponga sui valori, primo fra tutti la dignità, su cui si incentra la tutela dell'individuo. In tal senso, si avverte la necessità che il diritto "guidi" e "orienti" la tecnologia, onde permetterle di percorrere binari rispettosi di un sistema assiologico di valori riflesso nelle costituzioni degli stati moderni e nei trattati internazionali. Affinché tale missione sia portata a compimento, però, non è sufficiente (né forse, a rigore, è necessaria) un'opera di rivisitazione delle garanzie costituzionali dei diritti fondamentali; occorre, invece, una puntuale verifica circa le norme dell'ordinamento positivo e la loro perdurante abilità a riflettere alcuni principi ispiratori che ne giustificano la collocazione all'interno del sistema delle fonti.

Il diritto deve pertanto regolare la tecnologia, così da condizionarne virtuosamente il funzionamento, declinandolo al perseguimento delle finalità sottese all'azione di legislatori e regolatori. Occorre tut-