

Le fonti del diritto: un argine all'intelligenza artificiale?

Sommario: 1. Le fonti del diritto: come cambia nel tempo il potere di decidere. – I Parte: le fonti di ieri e il diritto dei privati. – 1. La *self-regulation* da autoregolazione a fonte del diritto. – 2. Le condizioni di legittimità dei codici-fonti. – II Parte: le fonti di oggi e l'intelligenza artificiale. – 1. Le tre forme di fonti previste nell'*A.I. Act*. – 2. Le norme armonizzate nel tessuto normativo dell'*A.I. Act*. – 2.1. I privati: autorità delegate a creare norme armonizzate. – 2.2. Le norme armonizzate: riedizione di un vecchio modello di *self-regulation* o disegno di uno nuovo? – 2.3. Un esempio di norma armonizzata secondo l'*A.I. Act*. – 3. I codici di condotta per l'I.A. generativa. – 3.1. I codici di condotta per l'I.A. a basso rischio. – III Parte: le fonti di domani. – 1. La tecnica *as "source of law"*. – Conclusioni.

1. Le fonti del diritto: come cambia nel tempo il potere di decidere.

Questo lavoro ripercorre nel tempo il mutamento delle fonti del diritto, esaminate in tre figure – l'autoregolazione, la co-regolazione e la tecnica – che corrispondono al diverso modo di essere del diritto di Internet. Tale diritto ha conosciuto forme e affioramento giuridico mutevoli sotto l'impulso dei privati forti, combinandosi a vario titolo con la volontà eteronoma fino a quando non è sopravvenuta la tecnica. Quest'ultima fonte ha rappresentato una rottura con la fisionomia

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Napoli "Federico II"; *legal chief* del Partenariato pubblico e privato "FAIR", finanziato dall'Unione europea.

dell'autoregolazione perché esaurisce in sé il discorso normativo, senza richiedere l'apporto dell'uomo. Da qui l'esigenza che le sia assegnato un regime giuridico su misura.

Le fattispecie in esame hanno un comune terreno di incontro: la relazione tra la decisione politica e la valutazione tecnica, spazio virtuale dove l'azione di regolamento dei confini è costretta ad acrobazie tra scelte valoriali, affidate al decisore politico, e valutazioni suggerite da parametri tecnici, rimesse ai privati ben attrezzati. Questo intreccio, dove spesso un termine vorrebbe stare in luogo dell'altro, creando confusione quanto ai rispettivi compiti e responsabilità, pone alcune domande ancora prive di univoche risposte. Quale posto occupa il diritto dei privati¹ nella scala delle fonti europee? Quale il suo affioramento giuridico e, infine, quale relazione intrattiene con la Politica²?

Il diritto nato dalla volontà dei regolati è un fenomeno che sta stretto nel paradigma classico dell'atto-fonte. Ciò giustifica la scelta di osservarlo facendo nostro il punto di vista del Legislatore europeo, che ha preferito a un'impostazione teorica un disegno più aderente al modo di essere dell'autoregolazione nei contesti economico-sociali, consapevole che tale prospettiva potrebbe collocare questa *soft law* fuori dell'ordine giuridico. Nel prosieguo della nostra riflessione vedremo se siamo in presenza di un possibile rischio o di un evento accaduto.

Chiariamo che il nome *soft law* raccoglie sotto lo stesso ombrello anche gli atti di indirizzo di soggetti pubblici, destinati a orientare le loro future azioni o quelle altrui (art. 288 TFUE). Ebbene, questi atti di diritto debole, dove l'aggettivo è dovuto all'assenza di imperatività, ma non di "*indirect legal effects*"³, rimangono fuori della nostra indagine perché generati da un atto volitivo di un soggetto pubblico. Qui invece ci dedicheremo al *droit doux*⁴ di ideazione privata o mista, cioè pubblica e privata insieme, in quanto uniche fonti previste nell'*A.I. Act*⁵.

La nostra attenzione ha interessato le norme armonizzate, quelle contenute nei codici di *self-regulation* o in analoghi atti e, infine, le norme tecniche. Ci chiederemo se esiste un denominatore comune tra le figure in esame, senza incorrere nell'errore di bloccarle in un unico modello di fonte perché crediamo che la diversità identitaria di ciascuna sia preferibile all'omogeneità forzata dell'insieme.

¹ L'espressione dà il titolo al lavoro di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963.

² Sul punto A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo*, in OSF, 2021, 2, 727.

³ D. THÜRER, *The role of soft law in the actual process of European integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD - P. PESCATORE (a cura di), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Schulthess Poly-graphischer, Zürich, Verlag, 1990, 131, dove si può leggere una definizione chiara di diritto *soft*: "*commitments which are more than policy statements but less than law in its strict sense. They all have in common, without being binding as matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance*". Anche C.A. MORAND, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1970, 2, 626.

⁴ Così J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne?*, in *Rev. dr. pub.*, 1998, 3, 659-714, con l'aggettivo "*doux*" la dottrina francese riunisce l'eterogeneità delle figure di autoregolazione nell'assenza di cogenza, che non è sinonimo di mancanza di effetti giuridici, come si dirà diffusamente in seguito.

⁵ Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, *Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024*, in https://www.lavorodirittieuropa.it/images/INTELLIGENZA_ARTIFICIALE_Regolamento_AI_ACT_Reg._2024.1689.U_E_ITA.pdf.

Alle conclusioni affideremo invece la domanda finale: cosa rimane dello Stato di diritto, se i principi delle fonti si sono sbriciolati in piccoli frammenti?

I Parte: le fonti di ieri e il diritto dei privati.

1. La *self-regulation* da autoregolazione a fonte del diritto.

L'intervento di Internet ha costretto l'eteronomia classica a condividere con le fonti private la costruzione della giuridicità, un tempo riservata in via esclusiva alla prima. In queste pagine disegneremo attributi, *status* giuridico e condizioni di legittimità di una *self-regulation*⁶ abilitata a integrare l'ordine giuridico europeo.

La variabilità dei modelli di *s.r.* ha suggerito ad alcuni l'immagine dell'*umbrella concept*⁷, che, diversità semantica a parte, è un modo di essere del diritto dei privati, che si caratterizza per il fatto che il destinatario detta a se stesso le regole che poi osserverà, in modo da azzerare la distanza che nell'eteronomia classica separa il regolato dal regolatore.

Questo modello, congeniale al pragmatismo anglosassone⁸ e gradito all'ordine europeo, stava sottraendo terreno al diritto verticistico statale, perché affiancava alla legge, fonte esclusiva della volontà regolatoria, un diritto, che ai suoi esordi si era affermato con precetti privi della cogenza propria delle norme giuridiche pubbliche, ma sorretti dalla sola efficacia *inter partes* del negozio giuridico.

La complessità crescente delle relazioni moderne chiedeva però risposte giuridiche flessibili, tempestive e *reasonable* alle realtà in continuo movimento; di conseguenza, l'ordinamento fu costretto a lasciarsi alle spalle il modello monolitico e autoritario per avvicinarsi a forme reticolari e partecipate dal basso. Lo Stato cominciò dunque a cedere spazi normativi ai soggetti collettivi privati, i quali si rivelarono capaci di elaborare regole efficaci anche verso soggetti terzi rispetto alla loro base associativa.

La riflessione di Santi Romano⁹ ci aiuta a giustificare il mutamento in atto: il concetto di autonomia dello Studioso, intesa, non tanto come facoltà dell'individuo, quanto come dato strutturale del diritto, rappresenta la premessa ideologica del pluralismo ordinamentale. Lo Stato riconosce a soggetti sociali strutturati la dignità di ordinamenti minori, ai quali cede autonomia regolatoria, la quale, perdendo il prefisso *extra* (*ordinem*), si integra nel quadro sistemico, a condizione di svolgersi nel rispetto dei principi costituzionali e sotto la supervisione del primo.

⁶ Da ora in avanti con l'acronimo di: *s.r.*

⁷ Si deve a L. SENDEN, *Soft law in European community law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, 110.

⁸ Per rigore sistematico, è doveroso rinviare al pensiero di J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. L. Rev.*, 1996, 59, 26.

⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1^a ed., 1918), 3^a ed., Firenze, 1977, in part. il cap. II., ma anche nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, (voce *Autonomia*), Giuffrè, Milano, 1947, 29.

Chiariamo allora che l'apertura dello Stato alle fonti private non ha significato abdicare *tout court* alla propria sovranità normativa, ma più correttamente rinunciare alla pretesa di esaurire in sé ogni manifestazione della giuridicità a favore di un diritto concepito da una volontà diversa da quella autoritativa¹⁰, ma da essa fatto proprio in un successivo momento. Insomma, lo Stato non è più l'unico autore della regola e, venuto meno l'assunto che al di fuori dell'ordinamento esista solo illiceità o irrilevanza giuridica¹¹, affiora un modello di 'co-regolazione', in cui autorità pubbliche e soggetti privati condividono la funzione normativa secondo una precisa divisione di ruoli e di tempi di intervento.

Lo Stato diventa 'architetto di sistema', che delinea le strutture istituzionali, definisce gli obiettivi generali e si riserva il potere di intervento correttivo; mentre il diritto dei privati si muove con una certa leggerezza entro il terreno che lo Stato gli ha perimetrato in anticipo.

Questo approccio si è tradotto in un idealtipo di regolazione "poroso" perché capace di accogliere contributi provenienti dalla società civile, senza tuttavia disperdere la funzione ordinatoria del diritto. In questa prospettiva, si colloca la proposta teorica del "diritto riflessivo" di Teubner¹² - cui si deve anche l'aggettivo "poroso" - che concepisce l'ordinamento giuridico come un sistema aperto al confronto con i bisogni sociali, ma sufficientemente strutturato da guidarne la traduzione in regole operative. L'autoregolazione così intesa non è la mera esternalizzazione della funzione normativa quanto un'articolazione funzionale di un progetto politico più ampio, che valorizza le capacità regolative diffuse, subordinandole al rispetto di precise condizioni di legittimazione, inclusione e responsabilità politica.

In questo contesto, i soggetti privati, deputati a compiti regolativi, devono possedere una precisa fisionomia strutturale che garantisca adeguata rappresentatività degli interessi di base, trasparenza nei processi decisionali, apertura al confronto con i portatori di interessi esterni e docilità al controllo pubblico.

2. Le condizioni di legittimità dei codici-fonti.

A questo punto della riflessione dobbiamo ragionare intorno alle condizioni che autorizzano la *s.r.* a fare il salto della staccionata da negozio con efficacia *inter partes* a disciplina con efficacia *erga omnes*.

Le condizioni di legittimità per promuovere l'autoregolazione a fonte di produzione del diritto oggettivo sono anche i requisiti minimi della sua compatibilità con l'ordine giuridico. Le esaminiamo distinguendole in tre categorie: a) soggettive, b) procedurali e c) finalistiche.

¹⁰ A.W. STREECK-P.C. SCHMITTER, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. STREECK-P.C. SCHMITTER (eds.), *Private interest government: beyond market and State*, Sage, Londra, 1985, 26.

¹¹ Limpide le parole di P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, già in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, Giuffrè, Milano, 1997, ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, 290.

¹² G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and Society Review*, 1983, 17, 239.

a) Sul piano soggettivo, il regolatore deve essere un'entità rappresentativa e democraticamente organizzata. Dunque, non ogni associazione può assumere compiti normativi: è necessario che il Legislatore identifichi *ex ante* i criteri di idoneità: numero di membri, diffusione territoriale, funzione pubblica riconosciuta. Pertanto, parliamo di una rappresentatività fondata su elementi oggettivi – numero di iscritti, rilevanza sociale, storicità – tali da assicurare che questa rappresentatività garantisca la democraticità delle decisioni del privato, che vanno assunte col consenso della base associativa, e quindi lontane dai modelli di imposizione per mano di un'*élite* dirigente.

b) Da un punto di vista procedurale, il metodo per produrre la norma è cruciale: inclusivo, trasparente e fondato su un dialogo reale con le parti sociali perché il loro effettivo coinvolgimento è necessario a garantire un processo normativo equilibrato e legittimato dalla sua diffusività¹³.

c) L'ultima condizione è la finalità dell'autoregolazione: la sua aderenza all'interesse generale in opposizione alla coincidenza asfittica con le posizioni dominanti. Ne consegue l'inammissibilità di regole elaborate con finalità esclusive, rapaci o discriminatorie. Pertanto, il procedimento regolatorio deve essere 'poroso' – aggettivo che usiamo nell'accezione di Teubner, di cui prima – alla partecipazione di tutti i regolati, anche di quelli che vantano posizioni avversariali rispetto ai privati che per primi hanno assunto l'iniziativa, cioè i regolati forti, *well structured and well funded*¹⁴, in modo che la norma sia sorretta da un reale *in idem placitum consensus*. Ciò significa che l'elaborazione delle regole consensuali non è riserva segreta ed esclusiva delle parti negoziali dominanti; essa invece dovrà avvenire alla luce del sole e articolarsi in un dialogo equiordinato e il più diffuso possibile tra i regolati. Un diritto dei privati condiviso nel suo farsi risulterà quindi meno odioso a chi lo dovrà osservare avendo contribuito a crearlo.

Altro discorso è se una genesi, equilibratamente concordata tra le opposte parti del negozio normativo, possa compensare il difetto di legittimazione politica del regolatore privato. Riteniamo che, se la diffusività partecipativa potesse supplire all'iniziale asimmetria tra i contraenti, realizzerebbe al più una rappresentanza completa di interessi.

Quest'ultima è un'entità distinta e non sovrapponibile alla rappresentanza politica; ciascuna si fa carico di proprie esigenze di base e mira a conseguire autonomi scopi rispetto a quelli dell'altra. La prima, infatti, esibisce unicamente valori individuali; la seconda invece è ordinata al *common good*, il quale non è la sfilata atomistica delle singole posizioni soggettive, ma la loro lettura, prima analitica e poi sintetica, proiettata verso l'interesse pubblico. Questa irriducibilità di un'entità

¹³ Ci sia consentito il richiamo alle nostre riflessioni sul metodo, necessario alla compatibilità costituzionale delle Autorità private di regolazione, *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, cap. III.

¹⁴ W. STREECK - P.C. SCHMITTER (eds.), *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. STREECK - P.C. SCHMITTER (eds.), *Private interest government: beyond market and state*, cit., 16-20; anche: S.R. ACKERMAN, *Consensus versus incentives: a skeptical look at regulatory negotiation*, in *Duke L. J.*, 1994, 43, 1216-17. Nella nostra dottrina C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Cedam, Padova, 1977, 4-10, dove l'Autore con lungimiranza leggeva nella nuda attribuzione del potere normativo a un privato un *vulnus* al principio di uguaglianza. *Contra*: P. RESCIGNO, *La giustizia interna nelle associazioni private*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1988, I, 123-126.

nell'altra esclude che qualsiasi sostituzione possa accadere perché quanto è nella disponibilità di una rappresentanza non è in potere dell'altra¹⁵.

L'impossibilità giuridica che la rappresentanza privata operi in sostituzione di quella politica ci consente di risolvere la spinosa *issue* affrontata a più riprese dal diritto europeo nel tentativo di chiarire l'ampiezza del *decisum* legittimamente rimesso ai privati. La questione, inizialmente riguardante la delega ai Comitati, soggetti pubblici ancillari alla Commissione, è estendibile per analogia alla delega della funzione legislativa europea ai privati in quanto il più contiene il meno. Pertanto, anche nel nostro caso varranno le condizioni di legittimità dettate nel caso Meroni¹⁶, che proibiva la delega ai Comitati di compiti regolatori squisitamente politici, o caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità o anche implicanti scelte valoriali antitetichette; la pronuncia letta in positivo ammette la delega per quelle attività estranee all'area della politica. Il divieto si giustifica in ragione del fatto che, se la *broad delegation* si dovesse realizzare, non saremmo dinanzi all'esercizio di una funzione sotto il controllo del delegante, ma alla sua cessione, con l'inevitabile imputazione della responsabilità politica al cessionario, il che altererebbe l'iniziale architettura pattizia: "*The intent is clear. Policy choices remain for the Commission, implementation is for the Agency*"¹⁷.

Il limite contenutistico alla delega¹⁸ difende l'*institutional balance*, che neppure la sua interpretazione più dinamica¹⁹ è riuscita a dilatare senza compromettere le sfere di attribuzione definite nei Trattati. Lo stesso impone a ciascuna istituzione di osservare l'obbligo "*to exercise its power with due regard for the power of other institutions...*", il che comporta che "*it should be possible to penalize any breach of that rule which may occur*"²⁰. In sintesi, il ricordato principio non consente spostamenti definitivi e solitari di attribuzioni decisionali, che, implicando valutazioni politiche in capo a soggetti estranei alle istituzioni originarie, porterebbero a inevitabili slittamenti esterni di responsabilità, se non addirittura alla creazione di aree immuni dal controllo politico.

Nell'interpretazione del Supremo Giudice, che ha privilegiato un'impostazione dinamica della *s.r.* a una più formale, quest'ultima avrebbe sottratto la *s.r.* al *judicial review*²¹, il principio in esame compone la sottile linea di confine che separa la decisione politica, riservata al Legislatore europeo, chiamato a parlare per primo, dalla *s.r.*, che invece deve seguire, sviluppare e articolare il discorso politico già iniziato da chi lo ha preceduto. Dunque, il rispetto dei principi del costituzionalismo comune europeo – uguaglianza, libertà, responsabilità, in una parola la democraticità del sistema – sono la condizione necessaria di legittimità della delega di poteri normativi al privato. Al tempo stesso, il rispetto dei tre piani di condivisione del compito normativo con i privati –

¹⁵ In proposito, ci sia consentito rinviare al nostro studio, *Regole. Comando e Consenso*, cit., in part. cap. II.

¹⁶ Corte di Giustizia, Sentenza, 13 giugno 1958 [1957-1958], *Meroni v. High Authority*, causa 9/56, ECR 133.

¹⁷ P. CRAIG, *The Constitutionalization of Community Administration*, Eur. L. Rev., 2003, 28, 849.

¹⁸ Corte di Giustizia, Sentenza (Grande Sezione), 22 gennaio 2014, C 270/12, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62012CJ0270>.

¹⁹ E. CHITI, *Beyond «Meron» the community legitimacy of the provisions establishing the European agencies*, in G. DELLA CANA-NEA (a cura di), *European regulatory agencies*, ISUPE Press, 2004, 83.

²⁰ ID., *Beyond «Meron» the community legitimacy of the provisions establishing the European agencies*, cit., 85.

²¹ Così: A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_20032010/materiali/convegni/aic200510/poggi.html#_Toc145669146, par. 3.

soggettivo, procedurale e finalistico – permette che le Istituzioni europee riconoscano all'autoregolazione dignità di fonte; diversamente, cioè in assenza di tali garanzie, la norma privata rimarrà un atto negoziale con efficacia necessariamente limitata alle parti contrattuali.

II Parte: le fonti di oggi e l'intelligenza artificiale.

1. Le tre fonti dell'*A.I. Act*.

Abbiamo detto in apertura che l'*A.I. Act* prevede tre fonti codicise o meno con i regolati: le norme armonizzate, la *co-regulation* e la tecnica.

2. Le norme armonizzate nel tessuto normativo dell'*A.I. Act*.

Le norme armonizzate devono il nome al loro obiettivo: uniformare discipline che altrimenti sarebbero diverse da Stato a Stato²². Sono un esempio di *s.r.*, nata su richiesta della Commissione, una forma di *mandated self-regulation*²³ che pertanto lascia il destinatario libero di rispondere o meno all'invito regolatorio della Commissione (art. 10, par. 3, Regolamento UE n. 1025/2012)²⁴.

Esaminiamone ora l'efficacia soggettiva, il valore giuridico e, infine, il rapporto col Giudice europeo.

a) Quanto all'efficacia soggettiva, il Regolamento UE 2024/1689²⁵ le contempla a integrazione delle disposizioni del capo III, sez. II (dedicata all' I.A. ad alto rischio), nonché di quelle del capo V, sez. II e III (dedicata alle I.A. generative). L'Atto europeo, senza dirlo espressamente, riserva loro lo stesso regime giuridico delle norme attuative di una fonte comunitaria secondaria, collocandole su un piano non distante dalle fonti delegate dalla Commissione. Né sarebbe stato possibile un esito diverso in quanto il sistema delle fonti secondarie è chiuso, cioè non può essere innovato da atti normativi atipici, equiordinati ai primi, perché la rigidità della scala gerarchica ga-

²² In proposito cfr.: M. TUOZZO, *Note intorno al (futuro) Artificial Intelligence Act. Prospettive costituzionali e sfide dell'immigrazione nell'ecosistema digitale*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2024, n. spec. 1, pp. 213 ss.

²³ J. BLACK, *Rules and regulations*, OUP, Oxford, 1997, 71-80; nonché: A. OGUS, *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg. st.*, 1995, 15, 97-108.

²⁴ Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, *Regolamento (UE) 1025/2012 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*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1025>.

²⁵ Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, *Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024*, in https://www.lavorodirittieuropa.it/images/INTELLIGENZA_ARTIFICIALE_Regolamento_AI_ACT_Reg._2024.1689.U_E_ITA.pdf.

rantisce la corrispondenza biunivoca potere politico/responsabilità²⁶, come affermato con chiarezza nella pronuncia Meroni e in termini più ambigui in quelle successive²⁷.

Di conseguenza, le norme armonizzate sono fonti del diritto, tenute al rispetto di quanto prescritto negli atti normativi sovraordinati; rimane invece incerta la loro idoneità a integrare l'elemento oggettivo della condotta *contra ius*, necessaria per attivare i procedimenti sanzionatori previsti nell'*A.I. Act*. In altri termini, la violazione di una norma *standard* perfeziona di per sé un illecito amministrativo comunitario ai sensi dell'*A.I. Act*? Oppure, è solo un indizio di illiceità da rafforzare con prove ulteriori?

Riteniamo che in caso di inosservanza delle norme da parte del fornitore, la sua condotta non sia più assistita dalla presunzione relativa di legittimità. Ne consegue che spetterà al primo la dimostrazione di aver agito correttamente, nonostante non abbia osservato le regole armonizzate. A noi sembra che il terreno probatorio suggerisca soluzioni ragionevoli, quale ad esempio, l'inversione dell'onere sul fornitore che dovrà dare la prova del fatto. Mentre, in caso di sua *compliance* alle regole armonizzate, la presunzione comporterà che sia il cittadino danneggiato a dover provare che tale *compliance* non escluda affatto l'illiceità della condotta, o il nesso causale tra condotta e danno, o persino la colpa del suo autore.

b) Quanto al loro valore giuridico, l'art. 43 *A.I. Act* lo chiarisce nei termini di una presunzione di legittimità, nel caso in cui il fornitore si attenga alle norme *standard*. Fermo restando che il fornitore si potrebbe comunque giovare della presunzione, sottoponendo il sistema di I.A. al controllo preventivo dell'organismo di notificazione²⁸. Pertanto, la norma non crea un obbligo al fornitore di obbedire alle norme armonizzate, ma un onere: infatti, se questi lo osserva, si avvantaggerà della presunzione di liceità con una mera autodichiarazione in luogo della verifica del terzo.

Nel caso opposto, invece, si tornerebbe alla situazione descritta al punto a).

c) Quanto al valore della norma standardizzata, la Corte di giustizia la promuove a criterio di interpretazione giudiziaria, salvo però approfondire e diversificare l'intensità di questo vincolo per il Giudice.

La garanzia dell'osservanza dello Stato di diritto, perseguita dal Trattato con la previsione di un sistema "completo di mezzi di ricorso e di procedure per consentire alla Corte di giustizia di controllare la legittimità delle misure adottate dalle istituzioni"²⁹, intende evitare l'esistenza di atti sottratti al suo controllo. In questa ottica si giustifica l'intervento della Corte esteso anche agli atti

²⁶ Il *reasoning* della pronuncia Meroni è stato poi ripreso in seguito, ad es., in Corte di Giustizia, Sentenza (Grande Sezione), 22 gennaio 2014, C 270/12, *Uk e Irl. v. Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62012CJ0270>.

²⁷ Si rinvia al ragionamento già esposto in termini più generali nel paragrafo che precede, qui solo richiamato perché applicabile al caso in esame.

²⁸ Per comodità del lettore ricordiamo che l'art. 42 dell'Atto europeo detta i requisiti specifici sia per i sistemi di I.A. ad alto rischio non certificati, che per quelli di I.A. certificati, nonché per le intelligenze che abbiamo ottenuto la dichiarazione di conformità; mentre l'art. 43 disciplina la procedura relativa alla valutazione di conformità.

²⁹ Corte di Giustizia, Sentenza, 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, Causa 294/83, par. 23: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0294>.

non vincolanti, ferma restando la distinzione in termini di effetti giuridici tra il ricorso in annullamento (art. 263 del TFUE) e il rinvio pregiudiziale di validità (art. 267 TFUE).

Precisamente, per quanto riguarda l'azione di annullamento sulla *soft law*, in Erta³⁰, caso emblematico, la Corte riconobbe che il ricorso fosse esperibile avverso ogni provvedimento delle Istituzioni europee, indipendentemente dalla sua forma o natura, l'unica cosa richiesta era l'idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici vincolanti³¹. La *ratio* di questa estensione oggettiva del sindacato risiede nel fatto che, se la volontà pubblica si presenta nelle vesti di un atto dolce, che al pari di uno *binding* ha però effetti vincolanti verso i soggetti, l'atto non si può autoesonerare dal *judicial review*. Diversamente, la forma prevarrebbe sulla sostanza, il che ridurrebbe la *soft law* a strumento preordinato ad aggirare la legge, perché violerebbe il principio di legalità, pur fingendo di rispettarlo formalmente: cioè, si ricorrerebbe a una forma normativa dolce, ma con un contenuto duro, per creare zone regolatorie immuni dal sindacato giurisdizionale³².

Rispetto alle autorità giudiziarie nazionali, nel caso Grimaldi³³ la Corte UE ha richiesto che i giudici prendessero in considerazione nei loro giudizi gli atti di *soft law*, poiché, anche se questi ultimi non possono produrre effetti vincolanti, non sono privi di qualsiasi effetto giuridico. In particolare, la *soft law* è di aiuto nell'interpretare le norme nazionali adottate per garantire l'attuazione o per completare le disposizioni vincolanti dell'Unione europea³⁴. Conferma il vincolo interpretativo della *soft law* sul giudice, l'affermazione della Corte che riconosce al giudice nazionale il potere di discostarsi da tale atto, sempre che ritenga che esistano motivi sufficienti e collegati alle circostanze di specie a imporlo³⁵ (al punto 42). La stessa pronuncia riconosce un ulteriore effetto giuridico alla *soft law* che, una volta adottata da un'amministrazione europea, la vincolerà al pari di un atto *binding*. Diversamente, sarebbe violata la parità di trattamento, nonché il legittimo affidamento riposto dai cittadini sulla cogenza dell'autolimitazione.

³⁰ Corte di Giustizia, Sentenza, 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee. Accordo europeo trasporti su strada*, Causa 22-70, par. 42: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0022>.

³¹ Dove la Corte ha precisato la portata degli effetti vincolanti, distinguendo che questi possono interessare a) i destinatari; b) l'amministrazione, vincolandola nel futuro esercizio della sua azione discrezionale; c) le pregresse situazioni giuridiche di destinatari e terzi; o infine d) le legittime aspettative giuridiche di soggetti determinati. In proposito, cfr.: Case C-621/16 P, *Commission v. Italy*, EU:C:2019:251, para. 44; Joined Cases C-463/10 P and C-475/10 P, *Deutsche Post and Germany v. Commission*, EU:C:2011:656, para. 36; Case C-31/13 P, *Hungary v. Commission*, EU:C:2014:70, para. 54; or Case C-599/15 P, *Romania v. Commission*, EU:C:2017:801, para. 47.

³² Corte di Giustizia, Sentenza, 13 novembre 1991, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-303/90: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0303>.

³³ Corte di Giustizia, Sentenza (Seconda Sezione), 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles*, Causa C-322/88: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61988CJ0322>, para.i 16-18.

³⁴ Si vedano in tal senso, le pronunce 13 dicembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, EU:C:1989:646, punto 18; e 11 settembre 2003, *Altair Chimica*, C-207/01, EU:C:2003:451, punto 41.

³⁵ Corte di Giustizia, Sentenza, 15 settembre 2016, *Koninklijke KPN e a.*, C-28/15, EU:C:2016:692, punto 41, con ricco corredo di giurisprudenza.

In sintesi, la Corte di giustizia³⁶ ha avallato la tesi dell'affioramento giuridico riflesso del diritto dolce, rivendicando a sé la competenza a decidere sull'interpretazione e validità di questi atti atipici, adottati da istituzioni europee³⁷ o anche da privati; e nel dilatare l'elenco dei suoi autori il giudice ha chiesto che l'atto regolativo, se privato, rispettasse la continuità con il diritto dell'Unione in quanto sua misura attuativa o applicativa.

2.1. I privati: autorità delegate a creare norme armonizzate.

Esaminiamo quali sono i potenziali autori delle norme armonizzate, scelti dall'*A.I. Act*.

Il Reg. UE n. 1025/2012 indica al Cons. 4 il Comitato europeo di normazione (CEN), quello per la normazione elettrotecnica (CENELEC) e l'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione (ETSI) come potenziali soggetti privati ai quali la Commissione può delegare il compito di ideare norme armonizzate, nella misura in cui l'*A.I. Act* le richieda. Il Cons. 3 del cit. Reg. chiarisce lo scopo di questa armonizzazione: agevolare la libera circolazione dei beni e dei servizi, rafforzare la competitività globale dell'industria europea, specie se attuata in coordinamento con gli organismi di normazione internazionali, nella fattispecie l'Organizzazione internazionale per la standardizzazione (ISO), la Commissione elettrotecnica internazionale (IEC) e l'Unione internazionale delle telecomunicazioni (ITU). Si tratta di organizzazioni che guidano il settore industriale; infatti: *"This industry-led composition also raises risks of regulatory capture and conflicts of interest, since industrial stakeholders are drafting the very same laws by which they will be governed"*³⁸.

In particolare, il CEN è un'associazione che riunisce gli organismi nazionali di normazione di trentaquattro Paesi europei. Per l'Italia, questo soggetto lavora con l'Ente nazionale italiano di uniformazione. Mentre il CENELEC è stato riconosciuto ufficialmente dall'Unione responsabile della definizione di norme volontarie a livello europeo. Il CENELEC elabora norme volontarie nel campo elettrotecnico, che contribuiscono a facilitare il commercio tra Paesi, a creare nuovi mercati, a ridurre i costi di conformità e a sostenere lo sviluppo di un mercato unico europeo.

Detto ciò, chiariamo la relazione che corre tra il Reg. generale sui soggetti privati delegati e il Reg. speciale, *A.I. Act*: la Commissione ha opportunamente interpretato come complementari le due discipline e quindi si è rivolta³⁹ al CEN e al CENELEC, per chiedere loro di elaborare stan-

³⁶ Corte di Giustizia, Sentenza (Quarta Sezione), 25 marzo 2021, *BT v.o. Balgarska Narodna Banka*, Causa C-501/18, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0501>.

³⁷ In tal senso, cfr.: Corte di Giustizia, Sentenze, 13 dicembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, EU:C:1989:646, punto 8; 13 giugno 2017, *Florescu e a.*, C-258/14, EU:C:2017:448, punto 71; 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, C-16/16 P, EU:C:2018:79, punto 44, nonché 14 maggio 2019, *M contro Ministerstvo vnitra e X. e X. contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, (Revoca dello status di rifugiato), Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, EU:C:2019:403, punto 71 con giurisprudenza richiamata.

³⁸ M. GORNET - W. MAXWELL, *The European approach to regulating AI through technical standards*, in *Internet Policy Review*, 2024, 13, 3, 16.

³⁹ Commissione Europea, *Decisione del 22.5.2023 C(2023) 3215 final, on a standardisation request to the European Committee for Standardisation and the European Committee for Electrotechnical Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence*, in https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/enorm/mandate/593_en.

dard entro il 30 aprile 2025 in modo da implementare gli aspetti tecnici lasciati in bianco dall'Atto europeo.

2.2. Le norme armonizzate: riedizione di un vecchio modello di self-regulation o disegno di uno nuovo?

Possiamo ora rispondere alla domanda iniziale: le norme armonizzate rientrano nel modello tradizionale di *s.r.*? Oppure, il Legislatore europeo ha disegnato un paradigma *ad hoc* in linea con la novità dell'I.A.?

Per le considerazioni prima svolte questo tipo di norme rientrano nell'ideal-tipo dell'autoregolazione condivisa tra il soggetto pubblico e il privato, secondo una minuziosa divisione del lavoro. Infatti, il contributo degli organismi privati di normazione si deve combinare in più momenti dell'iter con l'apporto del soggetto pubblico. Siamo davanti a una *co-regulation*, che si caratterizza per il fatto che la voce del regolato non è sola, ma si intreccia con quella dell'Autorità. E, come per ogni processo co-regolativo, anche qui si compie uno scambio più o meno paritario, in cui l'Autorità cede all'atto privato una parte della forza imperativa dei suoi provvedimenti, e riceve come corrispettivo dai privati la loro *compliance*, risultato presumibile, visto che le regole sono condivise dai regolati stessi⁴⁰.

Vediamo ora in cosa consiste l'apporto della Commissione nell'elaborare la norma armonizzata (art. 10 Reg. 1025/2012): *in primis*, la Commissione può attivare il processo diretto alle norme in oggetto, chiedendo a una o più organizzazioni europee di normazione di elaborare una norma europea entro una certa data. A questo punto dell'iter non si può più parlare di facoltà, bensì di veri e propri doveri della Commissione: predeterminare gli obiettivi della regolazione delegata e stabilire anche in prima battuta i requisiti di contenuto che il documento deve rispettare; requisito questo che, se adempiuto in modo puntuale dalla Commissione, evita il pericolo di una delega in bianco e quindi serve a rispettare quella divisione del lavoro, di cui si è detto prima, tra decisore politicamente rappresentativo e regolato tecnicamente attrezzato. In questo modo, infatti, la Commissione perimetrerebbe lo *spatium deliberandi* del secondo con indicazioni più o meno puntuali a seconda della misura di prescrittività della norma rinviante. Infatti, se essa non si limita a fissare gli obiettivi, ma detta anche precisi obblighi, questi compongono il limite di legittimità, al quale la norma rinviata dei privati si dovrà attenere.

E siccome non basta che i limiti siano disegnati per essere rispettati, il Legislatore europeo ha garantito il contenuto precettivo degli obblighi, assegnando alla Commissione anche il potere di verificare la compatibilità del prodotto privato finale con i primi. In caso di riscontro positivo, la Commissione apporrà alle norme armonizzate il visto di esecutività, che conferisce a queste l'efficacia propria delle regole pubbliche: cioè, l'opponibilità *erga omnes* contro la relatività delle

⁴⁰ Da ultimo, si veda: J.J. MENURET, *Droit souple: être régulation, et compliance, un instrument du renouveau de l'Action publique en France*, in P. DURET *et alii* (dirigé par), *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s)*, ESI, Napoli, 2022.

regole private. Infine, visto che questi organismi privati di regolazione potrebbero rimanere inerti, la Commissione potrà sempre riprendersi il potere normativo, cioè, scrivere lei in prima battuta le norme, secondo lo schema della delega, in quanto trattandosi di trasferire non la titolarità del potere, bensì la sola legittimazione, sarà in ogni momento legittimo l'intervento della volontà regolatoria del suo unico titolare, il delegante.

Ora guardiamo al percorso delle norme armonizzate *a latere privatis*.

La loro elaborazione contempla la partecipazione negoziale della sola parte privata forte del rapporto sostanziale, cioè degli organismi di normazione europea, che appunto rappresentano gli interessi degli imprenditori di settore, ma non le istanze dei regolati deboli. L'ideazione solitaria della disciplina comporterà inevitabilmente il suo pendere dal lato del regolato forte, vincolando però anche le parti pretermesse dalle trattative negoziali. Né questo deficit di uguaglianza nelle trattative negoziali sarà compensabile dall'intervento *ex ante* del Legislatore e/o della Commissione, che non saranno in grado, per avarizia delle indicazioni dettate al regolato forte, di ricentrare l'ago della bilancia, determinando un prodotto negoziale incapace di allineare l'iniziale asimmetria dei contraenti.

Da qui una considerazione di sistema: non è stato osservato il criterio di distribuzione del lavoro normativo, che si sarebbe dovuto attenere al principio di competenza, in base al quale fonti pubbliche e private sarebbero intervenute sulla medesima materia, ma a titolo diverso. Invero, la legge avrebbe dovuto parlare per prima, disegnando il progetto regolativo di massima; mentre la regola armonizzata lo avrebbe completato nel rispetto delle indicazioni strutturali e sostanziali poste dalla prima. Ma questa ideale ripartizione è rimasta un esercizio di pura teoria del diritto, perché l'*A.I. Act* ha concretizzato male questo principio, disegnando con avere prescrizioni gli obblighi dei *provider*, obblighi questi, che invece avrebbero dovuto rappresentare la trama regolatoria, da irrobustire con le norme armonizzate. Invece, la norma armonizzata, in mancanza di un *framework* pregresso, ha fatto da trama di se stessa e, quindi, ha compiuto in prima battuta la scelta normativa sulle libertà fondamentali, data la rinuncia del Legislatore europeo.

Né questo slittamento delle *political choices* a livello delle fonti private potrebbe essere compensato da un coinvolgimento negoziale bilaterale perché, come già osservato, la procedura non prevede che entrambe le parti della futura regola privata seggano insieme al tavolo delle trattative, fermo restando che se ciò fosse accaduto, non reputiamo il negozio regolatorio idoneo a stare in luogo della regola pubblica, perché la rappresentanza di interessi privati non è fungibile con quella politica⁴¹. L'esito finale sarà quindi l'inevitabile torsione rapace, egoistica delle regole armonizzate, ideate a vantaggio esclusivo dell'impresa.

⁴¹ Permetteteci di rinviare alle più diffuse osservazioni sul punto svolte nel nostro lavoro: *Regole. Comando e Consenso*, cit., 61-64.

2.3. Un esempio di norma armonizzata secondo l'A.I. Act.

Conclusa la riflessione sul metodo di scrittura delle norme armonizzate, chiediamoci se l'art. 40 Reg. (UE) 2024/1689, basato sulla divisione del lavoro tra Commissione e regolatore privato, basti da solo a creare regole *secundum legem*, cioè, orientate al *common good*.

Questa espressione, calata nella mutevole realtà dell'I.A., perde la sua genericità semantica e assume un preciso significato, rimandando alla centralità dell'individuo, che pretende dal Legislatore un'intelligenza sintetica affidabile, sicura, esplicabile nei suoi esiti, conoscibile nella logica di funzionamento e pienamente giustiziabile. La domanda che ci stiamo ponendo è se la procedura a imputazione privata unilaterale, parzialmente condivisa con l'attore pubblico, sia sufficiente a realizzare l'umanesimo digitale. L'interrogativo si presenta come una scelta binaria: l'ideale ripartizione del lavoro – la Commissione dedicata alla dimensione politica e il regolatore privato ai soli *standard* – è un dato effettivo o una dichiarazione di intenti, sepolta tra gli innumerevoli articoli, paragrafi e sub-paragrafi dell'Atto europeo?

Partiamo dal diritto positivo: l'art. 40 dell'*A.I. Act* rinvia alla sez. II, cioè a quegli obblighi che in sostanza impongono scelte valoriali sui diritti fondamentali, tra questi quelli posti dall'art. 9 sulla gestione del rischio. La norma è un esempio di come la tecnica possa nascondere importanti opzioni valoriali perché questi *standard* devono definire in modo chiaro il processo, i sistemi di addestramento, gli *input*, la periodicità degli aggiornamenti, i risultati da conseguire, ma anche i criteri e le priorità che il *provider* deve osservare quando misura la mitigazione del rischio. Allora, fissare uno *standard* tecnico su questi intricati aspetti significa scegliere il "tipo" di eguaglianza da imporre ai fornitori nella gestione del rischio, che non deve essere discriminatorio a danno di taluni diritti e a vantaggio di altri⁴².

Un gruppo di studiosi ha segnalato che rimettere allo *standard* la definizione sul rischio riguardante equità e diritti fondamentali non è un'operazione neutrale perché comporta una preferenza per una logica specifica e un insieme di priorità⁴³ in luogo di altre pure possibili. Se ci riferiamo al riconoscimento facciale e a come si possono misurare le differenze di prestazioni rispetto a gruppi di individui diversi per genere ed etnia, ogni sistema equo dovrà ridurre il tasso di errore discriminatorio, ma il modo in cui si raggiunge il risultato non può essere lasciato solo alla tecnica, poiché implica una scelta. La scelta riguarda il tasso di errore che il decisore è disposto a sopportare, data l'impossibilità di errore zero; questa non è l'unica valutazione rimessa al decidente, che dovrà anche calcolare i tassi di errore per ogni gruppo e poi confrontare i risultati conseguiti. Potrebbe adottare come metodo di confronto quello intermedio tra il gruppo migliore e il peggiore:

⁴² Commissione Europea, *Commission Implementing Decision on a standardisation request to the European Committee for Standardization and the European Committee for Electrotechnical Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence, Annex 1, C (2023) 3215 final*: "This (these) European standard(s) or European standardisation deliverable(s) shall set up specifications for a risk management system for AI systems. Risk management shall be intended as a continuous iterative process run throughout the entire lifecycle of the AI system, which is aimed at preventing or minimizing the relevant risks to health, safety or fundamental rights", in https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/enorm/mandate/593_en.

⁴³ M. GORNET - W. MAXWELL, *The European approach to regulating AI through technical standards*, cit., 13; A. SOLOW-NIEDERMAN, *Can AI standards have politics?*, in *UCLA Law Review*, 2024, 71, 239-244.

in particolare, si misureranno i tassi di errore tra il gruppo in cui il sistema funziona meglio e quello in cui funziona peggio (cioè che ha più errori). Questa misura non è molto robusta perché anche un piccolo cambiamento nei parametri del sistema – ad esempio, se si cambia l'algoritmo usato o il campione di dati – può modificare drasticamente il gruppo risultante 'il peggiore' o 'il migliore'. Ne consegue l'instabilità e la scarsa affidabilità dei risultati prodotti.

Il metodo alternativo, quello basato sulla media dei tassi di errore, potrebbe essere più robusto del primo perché non dipende da un singolo confronto tra gruppi antagonisti, anche se la media può nascondere le disparità tra i gruppi. Per esempio: se un sistema funziona molto male per un gruppo, ma molto bene per tutti gli altri, il risultato medio potrebbe sembrare accettabile. Con la conseguenza che un gruppo sarebbe penalizzato a vantaggio di un altro.

Ne deriva che la scelta della misura di equità da usare per valutare questi sistemi è cruciale. Ogni approccio ha pregi e difetti: il confronto tra il gruppo migliore e il peggiore evidenzia le disparità, ma è instabile; la media è stabile, ma può mascherare problemi significativi per certi gruppi. Ne consegue allora che fissare uno *standard* sull'inclusività dei dati inevitabilmente definisce il livello di discriminazioni accettabile, ma, trattandosi di una scelta anche sensibile, non può essere lasciata agli organismi privati, come invece è accaduto, perché come *political issue* spetterebbe al Parlamento europeo o, in via residuale, alla Commissione, ma non ai privati, perché privi della necessaria legittimazione a decidere per tutti questioni politiche, fingendo di limitarsi a definire *standard* neutrali, i quali dietro una parvenza di tecnicità nascondono valutazioni squisitamente politiche o almeno di indiscutibile discrezionalità.

3. I codici di condotta per l'I.A. generativa.

Il codice per l'I.A. generativa, cioè quella in grado di creare contenuti in modo autonomo, realistico e coerente con semplici dati di *input*, è il secondo modello di fonte previsto nell'*A.I. Act*.

L'atto in oggetto è scritto dal regolato forte, cioè dal fornitore di I.A., che, sotto l'impulso dell'Ufficio europeo per l'I.A.⁴⁴, elabora le norme integrative, tenendo conto anche degli apporti della società civile, dell'industria, del mondo accademico, degli altri portatori di interessi pertinenti e degli esperti indipendenti.

L'*A.I. Act* (artt. 53-55) al fine di evitare che i privati scrivano su una lavagna bianca, detta loro in prima battuta gli obblighi per i fornitori dei modelli generativi che andranno recepiti nel Codice. Detti obblighi sono riconducibili a due classi: i doveri informativi e quelli a tutela dei diritti fondamentali.

Il Codice di pratiche, come le norme armonizzate, segue il modello co-regolativo per l'apporto del soggetto pubblico, qui è l'Ufficio dell'I.A., che rappresenta il controllo ultimo rimesso alla Commissione. Si consideri, infatti, che prima della sua adozione l'Ufficio per l'I.A. e il Comitato

⁴⁴ Cfr.: Commissione Europea, *Decisione della Commissione del 24 gennaio 2024 che istituisce l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale* (C/2024/1459), in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202401459.

valutano se i codici di buone pratiche abbiano contemplato gli obblighi di cui agli articoli 53 e 55, sui quali vigileranno per assicurarne il rispetto. Essi pubblicano la loro valutazione riguardante l'adeguatezza dei codici di buone pratiche. Mentre compete alla Commissione approvarli o meno con atto di esecuzione, che conferisce al codice validità *erga omnes* all'interno dell'Unione, secondo un *modus procedendi* già visto per le norme armonizzate⁴⁵.

In ragione di questi stringenti indizi, l'atto in esame rientra a pieno titolo nel modello co-regolativo, al quale l'Atto europeo, pur non promuovendolo a fonte del diritto europeo, riconosce un robusto affioramento giuridico riflesso quanto alla sua efficacia soggettiva e al regime di impugnabilità davanti ai giudici, europei e nazionali, valendo per questa fonte le stesse considerazioni prima svolte per le norme armonizzate.

3.1. I codici di condotta per l'I.A. a basso rischio.

I codici di condotta, diversamente da quelli appena esaminati, sono adottati per i sistemi di I.A. a basso rischio e possono essere elaborati da singoli fornitori o *deployer* di sistemi di I.A. (o da organizzazioni che li rappresentano o da entrambi), anche con la partecipazione di portatori di interessi, delle organizzazioni della società civile e del mondo accademico. La loro adozione è incoraggiata dall'*A.I. Office* e dagli Stati membri, affinché siano adottate soluzioni ispirate agli artt. 8-15 *A.I. Act*. Competerà alla Commissione entro il 2 agosto 2028, e successivamente ogni tre anni, valutare l'impatto e l'efficacia di tali codici.

Riteniamo che si tratti di un modello di *s.r.* quasi pura, diversamente dai codici di cui prima; infatti, l'intervento dell'*A.I. Office* (cioè l'organo insediato presso la Commissione) si limita a indicare le linee guida, mentre gli Stati membri ne agevolano l'elaborazione sulla base di obiettivi chiari. Qui non c'è una legge che parli per prima; né tale difetto è compensato dall'*A.I. Act* (art. 95), che non va oltre i meri suggerimenti, quali appunto: a) gli elementi previsti negli orientamenti etici dell'Unione per un'IA affidabile; b) la riduzione al minimo dell'impatto dei sistemi di I.A. sulla sostenibilità ambientale; c) la promozione dell'alfabetizzazione in materia di I.A.; d) la facilitazione di una progettazione inclusiva e diversificata dei sistemi di I.A.; e) la valutazione e la prevenzione dell'impatto negativo dei sistemi di I.A. sulle persone vulnerabili.

Tali parametri sono lasciati indefiniti dall'*A.I. Act*, ciò significa che la girata del potere normativo ai privati è in bianco; mentre l'assenza del soggetto pubblico al suo processo di elaborazione comporta l'affievolirsi della loro rilevanza pubblicistica con il necessario ritorno al diritto privato, salvo la loro sottoponibilità al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴⁶. Il loro permanere sul

⁴⁵ Il Codice in questione è stato adottato mentre si scriveva questo lavoro: è il *Code of Practice on General Purpose* del 10 Luglio 2025. Esso consta di tre capitoli – *Transparency, Copyright, Safety and Security* – in cui danno indicazioni pratiche ai fornitori di modelli di IA per finalità generali in modo da aiutarli nella loro compliance con gli articoli 53 ss., in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/content-code-gpai>.

⁴⁶ In proposito, si vedano le seguenti pronunce: Corte di Giustizia, Sentenza (terza sezione), 27 ottobre 2016, *Elliott v. Irish Asphalt*, Causa C-613/2014, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0613>;

terreno del diritto negoziale è la conseguenza dell'assenza di quel necessario scambio tra la coerenza della norma pubblica, dovuta a una presenza forte dell'autorità pubblica, e l'obbedienza dei regolati alla norma privata. Insomma, si compirebbe quel *do ut des*, che ricorre tendenzialmente rispetto a ogni *s.r.*, come osservato dalla dottrina anglosassone più attenta⁴⁷.

III Parte: le fonti di domani.

1. La tecnica as “source of law”.

Rivolgiamo la nostra attenzione al terzo modello di fonte del diritto, la tecnica, che si ricava per interpretazione dall'Atto europeo, perché non inclusa nell'elenco nominativo. Qui la tecnica da presupposto obbligatorio, non vincolante, di regole che i privati detteranno in base ai suoi esiti, si autopromuove a fatto idoneo a creare diritto oggettivo. In questa azione la tecnica altera radicalmente il paradigma tradizionale del diritto dei privati, perché disegna regole di condotta senza ricorrere alla mediazione umana. E in questa assenza dell'individuo si compie la sua rottura con il sistema classico delle fonti.

Infatti, la sua peculiarità si manifesta nell'essere fonte autosufficiente, che avvia e conclude l'iter regolatorio solitariamente: il cerchio inizia e termina nella tecnica. Insomma, tutto si risolve nella statuizione della mente meccanica. Questa situazione si verifica quando – qui offriamo uno dei tanti esempi – legge e codici non dicono cosa si intenda per notizia falsa o diffamatoria. Quindi, per capirne qualcosa in più anche ai fini della conoscenza anticipata del divieto, si dovranno leggere i concreti atti di pulizia adottati dalle piattaforme *on line*. Così la catena normativa scende a livello più basso del codice per coincidere con il concreto provvedere diretto a rimuovere la notizia falsa, denigratoria o violenta. Ne consegue che l'astrattezza e la generalità si convertono nella concretezza e nella particolarità del provvedimento di rimozione meccanica, a danno della certezza e dell'uguaglianza del diritto.

La sostituzione della mente meccanica a quella umana genera una “regola tecnica” completa, particolare, *ad personam*, riconducibile alla volontà sintetica, dinanzi alla quale lo *human in the loop* è ridotto a una mera rivendicazione verbale della centralità dell'umano, diritto questo, rimasto però sulla carta perché non lascia tracce di sé nel processo creativo delle regole: un mito che si aggiunge ai tanti altri creati dall'*A.I.Act*.

Siamo forse in presenza di una riedizione semplificata della robusta tesi di Lessig⁴⁸, che legittimava il “*code is law*” a dettare norme? Per evitare pericolose confusioni, dobbiamo ricordare che

e Corte di Giustizia, Setenza (seconda sezione), 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles*, Causa C-322/88, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61988CJ0322>.

⁴⁷ In tema ci sia consentito il rimando a un nostro saggio: *A hard look at self-regulation in the UK*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2006, 17,183-211.

⁴⁸ L. LESSIG, *Code: and other laws of cyberspace*, 1999, Basic Book, NY, di cui in part. il cap. I: “*Code is law*”.

nella costruzione dello Studioso il codice, inteso come tecnica con attitudini regolatorie *ex se*, era parte di un armonico concerto di fonti – che legge, comportamenti sociali e dinamiche di mercato – ciascuna delle quali era addetta a un compito preciso, non delegabile alla tecnica. Nel caso invece dell'I.A. la tecnica agisce da sola, non può contare sull'aiuto del mercato o della legge; e a ciò si aggiunga che le dimensioni macroscopiche del fenomeno in corso non sono paragonabili al microcosmo del *code* nel sistema pensato da Lessig.

Il concreto provvedere dell'I.A. in luogo dell'astratto disporre crea problemi all'ordine giuridico? E, se è sì, quali?

In primo luogo, la tecnica, che si sostituisce integralmente alla volontà umana, è un esempio di provvedimento integralmente automatizzato e pertanto nullo, lo dispone l'art. 22 del GDPR. Il divieto viene poi ripreso dall'*A.I. Act* negli artt. 13 e 14, che riaffermano la necessità della partecipazione sostanziale dell'individuo ai processi algoritmici.

Né l'impedimento giuridico alla tecnica-fonte può essere superato dall'*escamotage* di riprodurre il risultato automatizzato in un atto umano. Questo rimedio potrebbe al più soddisfare lo *human in the loop* sul piano formale, senza assicurare l'effettivo apporto dell'individuo all'ideazione della regola. Già il Gruppo 29⁴⁹ rispetto al GDPR non confondeva il gesto simbolico del *rubber stamp* con il controllo significativo di chi è “dotato di sufficiente autorità e adeguata competenza per modificare la decisione meccanica”.

Infine, possiamo spendere ancora un argomento per arginare la tirannia della tecnica: uno dei primi atti europei⁵⁰ di apertura alla *s.r.* assumeva come condizione di legittimità la sua inclinazione al dominio umano, come voleva una delle leggi di Azimov⁵¹. Questa legge di funzionalità si combina con l'impostazione del rapporto uomo/macchina in termini di ancillarità della seconda al primo, e non viceversa, cosa che accadrebbe invece se la tecnica si sostituisse integralmente alla volontà dell'individuo.

Mettiamo ora da parte tale *issue*, consapevoli di non poterla risolvere vigente il divieto normativo, e riflettiamo invece sul senso giuridico dell'estromissione dei privati. Esso significa che l'individuo, autorità o privato, non è più il regolatore, come invece ancora accade con le norme armonizzate e i vari codici di co-regolazione, prima esaminati.

⁴⁹ In questo caso acquisterebbe concretezza la figura del funzionario pubblico sul modello del *rubber stamp*, che il Gruppo di lavoro art. 29 aveva indicato come forma di elusione sostanziale del divieto (art. 22 GDPR), perché dietro la sua apparente osservanza la persona si limiterebbe ad apporre un timbro per fingere di richiamare a sé un atto che però non gli apparterebbe.

⁵⁰ Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)) Norme di diritto civile sulla robotica*, (2018/C 252/25), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051>.

⁵¹ Qui si riportano per comodità del lettore: (1) Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno. (2) Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravvengano alla Prima Legge. (3) Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge. (cfr. I. ASIMOV, *Circolo vizioso*, 1942) e (0) Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno.

Quando la tecnica diventa *source of law*, un “soggetto-non soggetto” entra sulla scena politica: l'I.A., abilitata a dire il diritto in luogo della ragione umana. Cade dunque l'imputazione umana dell'atto-fonte perché siamo davanti a un fatto non riconducibile a un momento volitivo dell'individuo: qui manca l'energia intenzionale della persona, che nella fonte-atto occupa il segmento deliberativo della decisione normativa⁵².

Affermare il vuoto volitivo non significa ridurre l'I.A. a un'entità incapace di conoscere e riflettere; lo prova il fatto che l'*A.I. Act* chiede all'intelligenza una prestazione di risultato, il cui adempimento richiede consapevolezza e logica argomentativa: scrivere una motivazione ragionevole a supporto della statuizione intelligente. Questa motivazione presuppone che l'intelligenza sia in grado di compiere deduzioni secondo il criterio causale, non diversamente da come farebbe la mente umana. Se questo accostamento del *reasoning* tra le due intelligenze è sostenuto in filosofia⁵³, noi non siamo pronti ad aderire all'una o all'altra delle ipotesi in campo, perché ancora embrionali scientificamente; invece possiamo osservare che il ragionamento, alla base della motivazione, è ancora un aspetto deficitario dell'atto algoritmico, prestandosi a facili impugnative per l'inconsistenza della motivazione rispetto al modello astratto posto dal Legislatore europeo. Pertanto, se la motivazione è l'unico elemento che avvicina I.A. a quella umana, essa prova poco, visto che l'I.A. è sufficientemente inadempiente in merito all'obbligo motivazionale.

Ammettiamo pure che l'I.A. abbia capacità dianoetiche, questo riconoscimento non sana il fatto che l'I.A. non possieda le virtù etiche, essenziali per compiere scelte valoriali e graduarle secondo un ordine di priorità temporale, al fine di disegnare la misura di equilibrio desiderabile tra gli opposti interessi, come invece è richiesto a un legislatore umano.

Visto che l'I.A. non sa darsi un patrimonio valoriale, eccezion fatta per chi la ritiene capace di generare in autonomia il suo scopo⁵⁴, lo dovrà fare in sua vece la mente umana, educandola al linguaggio etico, cioè orientandola verso quella articolazione di beni, previamente disegnata dalla politica, secondo la tesi aristotelica che assegna alle virtù etiche, cioè alla politica, il compito fondamentale di correggere le tensioni autonomistiche e le cadute egoistiche di una tecnica abbandonata a se stessa. Questa incapacità genetica dell'intelligenza è dovuta alla sua natura di scienza della quantità, diversamente dalla politica che è l'arte della qualità; e in questo caso la qualità vanta una primazia sulla grandezza numerica, che da sola non saprebbe dove andare⁵⁵.

In un'ottica di corretta ripartizione del lavoro tra politica e tecnica, quest'ultima non può fare da mezzo e al tempo stesso da fine di se stessa, perché come aiutante di campo del decisore politico deve conseguire i fini che le sono stati assegnati, come vuole il principio democratico, che

⁵² A. CARDONE, “Decisione algoritmica” vs Decisione politica?, ES, Napoli, 2021, 159.

⁵³ S. BUBECK - V.CHANDRASEKARAN - R.ELDAN *et alii*, *Sparks of Artificial General Intelligence: Early experiments with GPT-4*, in <http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/> <https://arxiv.org/pdf/2303.12712>.

⁵⁴ Una tesi brillante quella di Severino, in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Bari, 2001, 52, anche se qualche sua affermazione rimane inspiegata: ad es., quando individua lo scopo della tecnica nell'accrescimento all'infinito della sua potenza, senza dirci come ciò possa avvenire.

⁵⁵ F. SALMONI, *Il difficile equilibrio del diritto costituzionale tra presunta neutralità della tecnica e scelte politiche*, in *Justiça do Direito*, 2019, 2, 152; e sull'antagonismo tra tecnica e politica nel pensiero di Platone e Aristotele, si rinvia a U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2021, 250.

trattiene le scelte politiche di fondo al decisore rappresentativo, mentre distribuisce l'azione di sviluppo delle prime tra gli altri poteri, e tra questi anche alla tecnica⁵⁶.

Nel caso invece della tecnica-fonte, essa è inizio e fine della decisione politica, che si risolve interamente nella determinazione meccanica, abilitata a scrivere su una lavagna quasi bianca. Questo modello di tecnica non tollera limiti, perché forte dell'autolegittimazione non riconosce nessuna autorità superiore a sé. Per tale motivo va dove le pare, noncurante di un'eventuale responsabilità politica da cui è sollevata perché per essere responsabili occorre che qualcuno investa un altro con un mandato politico, di cui il secondo deve rendere conto dinanzi al primo, il suo mandante. Ma questa situazione non riguarda affatto la tecnica, che, forte dell'autoinvestitura, non compare davanti a un giudice politico per esporre le ragioni del suo operato, perché deve solo a se stessa l'investitura; questa autogenesi le regala il privilegio della impunità assoluta.

La descritta mancanza dell'elemento volontaristico corrompe un'altra pietra fondativa dell'assetto democratico: la necessaria individuazione di un soggetto politicamente responsabile per le scelte compiute, salvo imputare questa *accountability* alla macchina. Chi pensa che l'idea avanzata possa sciogliere il nodo della responsabilità, non si rende conto che essa crea più problemi di quelli che pretende di risolvere: tra questi, l'irremovibilità nel tempo della tecnica, che potrebbe resistere all'infinito, senza correre il rischio di essere sostituita, come invece accade con l'eletto non più gradito agli elettori, che potrebbero non riconfermargli l'iniziale fiducia.

Né il difetto di responsabilità sarebbe recuperabile con una tecnica costruita *by design* perché l'anticipazione della soglia dell'antigiuridicità, introducendo nel frullatore meccanico gli elementi essenziali per adeguarla al parametro di legittimità, funziona bene quando si deve evitare un danno, cioè rispetto alle misure precauzionali.

Se invece la questione verte sul giudizio di responsabilità politica, esso, in quanto valutazione su comportamenti già esauriti, consumati nei loro effetti, non può essere anticipata da una tecnica disegnata in modo da includere la partecipazione popolare in supplenza di quella politico-rappresentativa. Peraltro, questa surrogazione non solo non è corretta perché colloca sullo stesso piano entità diverse per natura, composizione e valore giuridico – la partecipazione d'interessi e quella politico rappresentativa – la cui ineliminabile disallineazione non consente di trarre dall'una quanto è nella disponibilità dell'altra. Inoltre, in questo caso il tempo del giudizio deve essere necessariamente postumo alla condotta; quindi, questa misura suppletiva non compensa l'assenza di responsabilità, il che lascia aperto il *vulnus* democratico per la fuga dall'*accountability*⁵⁷.

Quanto alle ricadute della tecnica sul sistema delle fonti del diritto, notiamo che essa non rispetta il vincolo gerarchico tra le fonti, in quanto è difficile sostenere che la regola tecnica, perfettamente coincidente con l'I.A., si collochi a un gradino immediatamente sottostante al Regolamento europeo, riempiendone gli spazi lasciati in bianco. La realtà è lontana da questa costruzione teorica perché la tecnica ha diversificato ulteriormente la scala delle fonti, aggiungendovi un

⁵⁶ Cfr.: L.B. SOLUM, *Artificially Intelligent Law*, in *BioLaw Journal*, 2019,1, 57; anche A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quad. Cost.*, 2022, 3, 667- 670.

⁵⁷ A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs *Decisione politica?*, cit., 163.

nuovo gradino: oltre lo Stato e oltre le Autorità private. Si tratta di una *fiction iuris* che non ci deve trarre in inganno perché la tecnica assorbe la politica, la sovrasta, e, sorretta da una patente di legittimità, detta statuizioni *ad personam* e concrete, obbedienti alla logica statistica, che non hanno nulla in comune con la libera scelta dei valori, riservata al decisore politico.

Proviamo ora a estendere il ragionamento dalle fonti all'ordinamento giuridico. Questo tenderà ad avvicinarsi ai modelli di *common law*, con la particolarità che allo *stare decisis* delle pronunce dei giudici si sostituirà il concreto provvedere della mente meccanica con effetti che ostacolano l'innovazione del diritto.

Mentre il giudice a certe condizioni può rovesciare le precedenti pronunce perché sono emersi nuovi valori; l'I.A. non è allenata all'*overruling*. Ne consegue che la regola *bias* si cristallizzerà, riproponendo per l'avvenire il medesimo errore, divenuto non più removibile⁵⁸.

L'ultima osservazione interessa invece il modo di essere della procedura, osservata dalla tecnica per creare la regola giuridica, per poi interrogarci sul suo significato normativo.

Indipendentemente dalla procedura scelta, è stato sostenuto con suggestive argomentazioni⁵⁹ che l'iter da solo garantirebbe la bontà della regola finale. Noi proponiamo una idea diversa: il susseguirsi di momenti prodromici in sé corretti non basta ad assicurare il *common good*. Infatti, la neutralità della procedura non garantisce come esito automatico la vittoria del bene sul male: il suo output dipende invece da come la persona la orienta, la guida e infine la verifica.

Al credo della bontà in assoluto della procedura⁶⁰ preferiamo l'adesione ai fatti per come sono; questo metodo ha il merito di restituire le cose alla loro dimensione reale, rinunciando a inseguire falsi miti, dannosi al diritto e alla politica. Dunque, la procedimentalizzazione della tecnica assicura unicamente la sua obbedienza a un iter preconfezionato prima del suo avvio. Il che non è cosa da poco, purché non lo si carichi di significati impropri. Se sopravvalutato, si finisce per promuovere la procedura, ridotta a un involucro vuoto, a fonte legittimante le future regole che lei stessa si darà.

Questa procedimentalizzazione alla lunga distrae dai nodi politici irrisolti e nascosti dietro la perfezione procedurale: la difesa della separazione dei poteri e delle libertà fondamentali. La loro cura invece deve rimanere affidata al soggetto politico rappresentativo, che ha appunto il dovere di attivarsi in prima persona per garantirli ai suoi cittadini, astenendosi dal delegarne il compito a pallidi sostituti, in questo caso la tecnica, incapaci e indisponibili a rendere una prestazione di risultato.

⁵⁸ In proposito ci sia consentito rinviare a un nostro recente lavoro: *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Riv. AIC*, 2024, 2, 95 ss.; nonché a F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 2020, 1, 421, e E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Franco Angeli, Milano, 2023.

⁵⁹ Di contrario avviso: O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione tecnologica nell'ordinamento della rete*, in *Riv. AIC*, 2025, 2, 152.

⁶⁰ G. DE GREGORIO, *The Normative Power of Artificial Intelligence*, in *Ind. Jour. Glob. L. S.*, 2023, 30, 73; a E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *Int'l Rev. L. Comput. Treaty*, 2019, 33, 76, si deve di aver anticipato la costruzione in esame, che per le ragioni esposte nel testo non possiamo condividere.

Notiamo che il contesto ipertecnologico taglia le gambe dello Stato di diritto. Infatti, la divisione dei poteri cede davanti a una tecnica onnipotente, che è il Re Sole dell'età digitale perché si comporta da legislatore ma anche da amministratore e, se del caso, veste anche gli abiti del giudice con un'autodichia *in house*, come sperimentato da molte piattaforme.

Né alle libertà fondamentali è riservato un trattamento migliore in termini di certezza del diritto perché sono difesi se e nella misura in cui coincidono con le regole meccanicistiche, che la tecnica di volta in volta detta secondo ripetitività statistica. Pertanto, la protezione delle libertà è affidata a un evento del tutto futuro e incerto, il cui accadere dipenderà dalla loro occasionale coincidenza con gli obiettivi privatistici delle Autorità di regolazione “*may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate*”⁶¹.

Quindi, questa fiducia incondizionata nella forza salvifica della procedura non solo non è sostenuta da prove effettive, ma pregiudica la tenuta dell'ordine giuridico, perché il “*procedural fetishism*”⁶² – cioè l'appiattimento acritico sulle virtù taumaturgiche di un iter chiuso nella sua perfezione formale⁶³, ma leggero nel contenuto – consegna nelle mani incontrollate dell'I.A. sia la cura delle nostre libertà che gli argini ai poteri costituiti, nell'illusoria speranza che “*if we manage to do so just procedures will yield just outcomes*”⁶⁴.

In sintesi, la procedimentalizzazione non è il rimedio idoneo a capire e quindi a incontrare la domanda di democraticità delle fonti e, tra queste, del *code* che, se non anticipato dalla misura politica di coesistenza tra i contrapposti valori, sintetizzerà nell'a-fisicità dell'Intelligenza i due momenti che andavano invece mantenuti distinti: la creazione delle norme e la loro attuazione.

Possiamo dire che la tecnica *as source* commette in una sola mossa più violazioni del diritto: calpesta la gerarchia delle fonti, logora la certezza del diritto, nega all'ordinamento l'attributo del *civil law*, perpetua ingiustizie per l'avvenire, il tutto mascherato da una finta legalità.

In sintesi, questa tecnica cancella il valore democratico della *rule of law* a favore dell'arbitrio della *rule of tech*⁶⁵.

⁶¹ J. KAY - J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. MAJONE (ed.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, Frances Pinter, Londra, 1990, 239.

⁶² T.R. TYLER - K.M. MCGRAW, *Ideology and the interpretation of personal experience: procedural justice and political quiescence*, in *Jour. Soc. Issue*, 1986, 42, illustrano il *procedural fetishism* come una pericolosa tendenza che genera nelle persone la convinzione che una decisione ingiusta sia corretta solo perché obbedisce a un preciso rigore formale.

⁶³ J. ROCHEKWAU, *Proceduralism*, in D.K. CHATTERJEE (ed.), *Encyclopedia Global Justice*, Springer, Salt Lake City, 2012, 906.

⁶⁴ E. CEVA, *Beyond legitimacy. Can Proceduralism say anything relevant about justice?* in *Critical Rev.Int'l soc and Pol. Phil*, 183, 191, 2012.

⁶⁵ Aspre, ma ragionevoli, le critiche mosse da M. ZALNIERIUTE, *Against procedural feticism: a call for a new digital constitution*, in *Ind. Jour. G.L.S.*, 39, 2, 2023, 253-256.

Conclusioni.

La riflessione fin qui svolta ha individuato il tratto comune alle tre tipologie di fonti in una mancanza: il regolatore, autorità privata o entità impersonale, non è eletto dal popolo sovrano, né è riconducibile alla sua volontà politica. Questa fisionomia del regolatore stride con un mandato che consegna nelle sue mani il potere di creare diritto oggettivo a livello quasi primario; ma quanto non sarebbe dovuto accadere invece è accaduto. Infatti, le norme esaminate nel corso del lavoro compiono scelte valoriali e disegnano azzardate misure di equilibrata coesistenza tra beni antagonisti, in un'espressione sono a tutti gli effetti regole politiche, eccetto nell'autore.

La tecnica ha dunque spezzato il rapporto indirizzo politico/responsabilità perché ha conservato dei due termini solo il primo, pur se negli insoliti abiti di *political choices*, che, una volta sottratte al decisore politicamente responsabile, sono affidate alla libera scelta di Autorità private o di Intelligenze Artificiali, che si sono affermate in via di fatto come *Tech Barons*⁶⁶ o entità immateriali, tendenzialmente permanenti in forza di un mandato senza scadenza.

All'originario binomio democratico si è sostituita una relazione atipica che ha nel privato o nell'Intelligenza il soggetto delegato alla funzione regolativa, con la particolarità, tutt'altro che trascurabile, che la delega in questione, a differenza dell'archetipo classico, non conosce limiti al suo esercizio per l'assenza di un *framework* previamente dettato. Questa delega quasi in bianco, più accostabile a una cessione di potere che non a un trasferimento del solo esercizio della funzione, consente che il potere delegato si muova come meglio gli aggrada, mancando la delimitazione preventiva di un confine di sostanza da non superare. Sono questi i privati *well-structured and well-founded*, che, dietro un'apparente *s.r.*, assumono decisioni che vincolano un ambito soggettivo più ampio della base associativa che si autoregola, e che sono in grado di esibire come titolo legittimante, non il consenso elettivo, ma la forza soverchiante della tecnica e l'acquisizione di una dominanza economica indebita, perché costruita, non su propri beni, ma sui nostri dati.

L'emergere di fonti di autoregolazione o di *co-regulation* in alternativa all'eteronomia classica non ci deve stupire perché questo fenomeno è solo la conseguenza inevitabile di una torsione egoistica subita dall'*A.I. Act*, che, almeno durante la fase del trilogio, si è piegato alle pressioni dei produttori e dei *deployer* di I.A., abili nell'orientare la mano del Legislatore in direzione privatistica. Gli esempi di questa influenza si leggono nei ripetuti rinvii alle autodichiarazioni del soggetto controllato in luogo dei più appropriati provvedimenti oggettivi di sindacato di un controllore pubblico, che qui sono invece mancati. Tale è l'autodichiarazione che precede l'immissione della macchina sul mercato o il *Fundamental Rights Impact Assessment* (FRIA), ossia la valutazione di impatto sui diritti fondamentali, che verifica *ex ante* l'impatto del rischio sulle libertà fondamentali, o

⁶⁶ L'uso dell'endiadi si deve all'idea di due studiosi del diritto antitrust statunitense: A. EZRACHI - M. E. STUCKE, *How big tech barons smash innovation*, Harper Business, NY, 2022. L'immagine sottolinea l'incontestabile dominanza dei Baroni e l'impiego di una tecnica obediante solo ai loro interessi lucrativi. Pertanto, il progresso è orientato in modo da dare ai: "*Tech Barons time – years to kill the pirates and reorient the innovation paths to those inventions that reinforce their power*", p.160.

infine la *filter clause*⁶⁷. In questi casi la dichiarazione *in house* dell'autore della macchina è prodromica al marchio di conformità CE, con la differenza però che, nei casi di beni materiali, la dichiarazione di conformità si limita ad attestare la regolarità procedurale, nel caso *de qua* essa garantisce la compatibilità delle regole con i diritti fondamentali. In sintesi, si è dato a un privato, che ha tutto l'interesse di dichiarare che ogni cosa è al posto giusto, il potere di mediare tra i suoi interessi economici e i diritti fondamentali dei cittadini, costretti ad arretrare davanti alla logica del profitto.

Il Legislatore europeo è ricorso, dunque, a uno strumento privatistico per realizzare uno scopo pubblico, che però è destinato a perdere nel confronto col primo. In questo uso distorto del mezzo rispetto al fine si è consumata l'involuzione egoistica della struttura regolativa dell'Atto europeo.

Questo *sliding doors*⁶⁸ dal pubblico al privato e viceversa ha provocato, come si è visto, non pochi danni al sistema delle fonti, perché ha interrotto la corrispondenza biunivoca potere politico/responsabilità a favore di un'area di politicità crescente al crescere inarrestabile della tecnica; dove le *political issue*, riguardanti intere collettività, si devono però alla volontà di pochi privati, tecnicamente supportati, economicamente incontestabili, ed esonerati da responsabilità politica. Al *soft law* dei ricchi si è aggiunto un fenomeno che ha mandato in briciole l'archetipo fonte, il *code as source*: una decisione algoritmica, promossa a fonte del diritto *ex se*, assunta solitariamente dalla mente sintetica e non riconducibile a quella umana, se non per finzione, poco controllabile *in itinere* come in sede di *judicial review* per l'oscurità del *reasoning*.

Qui la *rule of law* arretra davanti alla *rule of tech*; e con la prima cedono i principi di legalità, democraticità e uguaglianza dell'ordine europeo, che perdono la loro forza prescrittiva, rimanendo in piedi come un involucro vuoto, alleggerito nel contenuto dalla tirannia tecnologica.

Quello che sta venendo fuori è un diritto a genesi variabile in ragione del destinatario: consensuale rispetto ai legittimati alla contrattazione, imperativo nei confronti degli esclusi dalla trattativa, verso i quali il diritto conserva "*toute son hétéronormativité*"⁶⁹. Nei fatti si è confermato, dunque, un diritto dei privati in continuità con l'eteronomia classica perché queste regole sono più cogenti di quelle imperative, visto che si affermano per l'imposizione di pochi regolati forti, e non si basano sull'anticipato consenso dei destinatari delle regole, come vorrebbero far credere. Quindi, l'espressione "diritto debole", riferita a una realtà di decisioni autoprodotte scarsamente condivise dai regolati, non descrive nell'effettività la realtà di questo fenomeno.

Ci sembra infatti più prudente e corretto dire che siamo di fronte a un perfezionamento in chiave di efficienza della produzione normativa. Un'ipotesi questa che, se da un lato tempera la concezione monista, dove il soggetto pubblico esauriva in sé ogni manifestazione della normativi-

⁶⁷ In merito a questa debolezza dell'Atto ci sia consentito rinviare il lettore alle nostre osservazioni: *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Riv. AIC*, 2024, 2, 88-93; altresì: P. FRIEDL - G. GIL GASIOLA, *Examining the EU's Artificial Intelligence Act*, in *VerfBlog*, 2024/2/07, 3.

⁶⁸ *Sliding Doors*, film del 1998, diretto da P. Howett, qui ricordato per la simmetria tra la proiezione *ex ante* dell'I.A. rispetto a quanto potrà accadere in avvenire e il gioco delle porte scorrevoli del film, che disegnava un futuro possibile in alternativa al presente vissuto dagli interpreti.

⁶⁹ C.A. MORAND, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit*, cit., in part. 215.

tà; dall'altro, apre con ingiustificata fiducia alla condivisione della giuridicità tra l'eteronomia classica, unilaterale, monologica e politicamente responsabile, e il diritto negoziato, dialogico⁷⁰ ma incline ad avviare per primo il discorso politico, violando la riserva a favore dell'eteronomia⁷¹.

In questa prospettiva, l'ordinamento si dovrebbe articolare su più spazi giuridici, che agiscono simultaneamente, intervenendo sul medesimo oggetto a titolo diverso: realtà che non si sovrappongono, ma si mescolano, si completano a vicenda, intersecandosi, attente ciascuna a non annullare il patrimonio valoriale dell'altra⁷². Il vecchio e il nuovo compongono, dunque, una struttura reticolare dell'ordine giuridico, che dovrebbe però continuare a mantenere al soggetto politico-rappresentativo il suo compito, non di regolare in dettaglio le condotte umane, bensì di ordinare il molteplice, di ricondurre la diversità a unità, attraverso processi tendenti a “*réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses*”⁷³.

Questa razionale divisione del lavoro normativo tra il Legislatore europeo e i privati proprietari delle I.A. non si è realizzata come avrebbe dovuto. Alle Istituzioni europee spetterà allora il delicato compito di promuovere l'innovazione tecnologica, attente a ricentrare l'azione politica sulla *rule of law*. Il tempo presente offre loro l'occasione di disegnare senza vincoli preconfezionati la nuova relazione che dovrà tenere insieme da un lato le fonti *binding* del diritto europeo; dall'altro, la *co-regulation* e la tecnica-fonte nel rispetto della regola del *cuique suum tribuere*.

Ciò potrà accadere solo se l'Unione intenda realmente riservare all'individuo la difesa dei valori democratici e il dominio sulla tecnica.

Abstract [It]: Il lavoro della De Minico esamina come le fonti del diritto siano cambiate via via che le dinamiche di Internet e dell'intelligenza artificiale (I.A.) si evolvevano, presentando tre forme distinte che riflettono contesti storici, contemporanei e futuri. Inizialmente, l'analisi esplora la tradizionale autoregolazione, ricostruendone il percorso da semplice pratica autoregolativa a fonte del diritto, a condizione di rispettare i requisiti di legittimità posti dall'ordinamento europeo. Nel contesto contemporaneo, il lavoro approfondisce il ruolo dell'intelligenza artificiale, concentrandosi sui seguenti strumenti normativi individuati nell'*A.I. Act*: norme armonizzate e co-regolazione tra autorità pubbliche e privati. Queste fonti esemplificano una complessa interazione tra decisioni politiche e competenza tecnica, sollevando importanti questioni riguardo alla legittimità, alla rappresentanza democratica e alla tutela dei diritti fondamentali. Guardando al futuro, l'Autrice discute il ruolo inedito della “tecnica come fonte del diritto”, un modello che diverge radicalmente dai paradigmi tradizionali e autoregolati di cui

⁷⁰ E. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *OSF*, 2023, 2, 261, critica con fondate ragioni l'*over-regulation* dell'Atto europeo.

⁷¹ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne*, cit., 673.

⁷² B. DE SOUSA SANTOS, *Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne*, in *Droit et société*, 1988, 10, 382-390.

⁷³ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne*, cit., 674.

prima. Qui la tecnologia detta solitariamente le regole senza la mediazione umana, mettendo in discussione principi giuridici consolidati: la gerarchia delle fonti, la certezza del diritto e la responsabilità politica.

In conclusione, il lavoro critica l'erosione dei processi democratici dovuti alla crescente dominanza delle Autorità private e della tecnica autonoma nella creazione del diritto oggettivo. Quindi, l'Autrice sottolinea due urgenze per le Istituzioni europee: ridefinire il rapporto tra fonti vincolanti e co-regolazione privata; e ricentrare gli equilibri istituzionali sulla *rule of law*. Impegni questi, che si giustificano se si vuole realmente riservare alla persona la difesa dei valori democratici e il dominio sulla tecnica.

Title: The Sources of Law: A Barrier to Artificial Intelligence?

Abstract [En]: *This paper by De Minico investigates the evolving nature of legal sources in response to the shifting dynamics of the Internet and artificial intelligence (A.I.), identifying three distinct models corresponding to historical, contemporary, and prospective legal frameworks.*

The first part of the analysis focuses on traditional self-regulation, tracing its evolution from a mere practice of regulatory autonomy to a recognised source of law – provided that it complies with legitimacy requirements as prescribed by the European legal order. In the contemporary context, the paper examines the role of artificial intelligence, with reference to the regulatory instruments delineated in the A.I. Act: harmonised standards and co-regulation involving public authorities and private entities. These instruments illustrate a complex interaction between political decision-making and technical expertise, giving rise to significant issues concerning legal legitimacy, democratic representation, and the safeguarding of fundamental rights.

Looking towards future developments, the author addresses the unprecedented role of “technology as a source of law”, a model that departs radically from traditional and self-regulatory paradigms. Under this framework, technology independently generates normative outputs, without human intermediation, thereby challenging legal principles: the hierarchy of norms, legal certainty, and political accountability.

The conclusion underscores the erosion of democratic processes caused by the increasing influence of private authorities and autonomous technological systems in regulation. Consequently, the Author identifies two urgent priorities for European institutions: redefining the relationship between binding sources and private co-regulation; and reasserting the institutional balance through a renewed commitment to the rule of law, provided that the aim is to truly ensure that individuals retain both the protection of democratic values and control over technology.

Parole chiave: Intelligenza artificiale; fonti del diritto; autoregolazione; co-regolazione; tecnica come fonte, A.I. Act.

Keywords: *Artificial intelligence; sources of law; self-regulation, co-regulation; technique as source, A.I. Act.*