

GIOVANNI COMANDÉ e MICHELE GRAZIADEI

## PRESENTAZIONE

Il volume dell'Annuario per l'anno 2020 viene pubblicato mentre tutto il mondo è alle prese con l'evoluzione di una pandemia che ha colpito duramente il nostro Paese e che ha cambiato la vita quotidiana di tutti attraverso l'intero globo. Le trasformazioni che sono intervenute rapidamente negli ambienti del diritto sono tanto vaste quanto numerose. Non sappiamo cosa penseranno i futuri lettori dell'Annuario di quanto sta accadendo in questi mesi, in un orizzonte ben diverso dall'usuale. Possiamo dire che l'importanza della ricerca scientifica, come fattore di conoscenza e di sapere critico rispetto alle sorti dell'umanità, con tutti i rischi e le incertezze legate alle sfide incombenti, è stata avvertita in modo più forte e corale. Al tempo stesso, la salvaguardia di valori fondamentali nella vita del diritto e la solidarietà sociale è stata messa alla prova dalle condizioni di emergenza in cui ci siamo trovati. E tuttavia la comunità dei giuristi ha reagito con vitalità ai problemi sollevati dall'ondata montante dei contagi e ha partecipato intensamente il dibattito intorno alle misure via via prese. Questa è un'esperienza che condizionerà per diversi anni a venire l'esistenza di tutti, a fronte di scenari sociali ed economici, e prima ancora di eventi drammatici, davvero senza precedenti nella storia recente del Paese. Il quadro internazionale non è meno complesso. A sua volta l'Unione Europea dovrà affrontare rischi inediti in scenari che, nelle prime analisi, si proiettano fino al 2035<sup>1</sup>.

Questo numero dell'Annuario ha preso corpo nel clima che abbiamo voluto evocare, grazie alla generosità dei colleghi che non hanno fatto mancare il loro apporto, nonostante le difficoltà cui abbiamo accennato.

Abbiamo voluto richiamare questo contesto anche perché esso ha

<sup>1</sup> Si può consultare sul punto il documento redatto per il parlamento europeo, *Towards a more resilient Europe post-coronavirus: An initial mapping of structural risks facing the European Union*, luglio 2020, disponibile sul sito: [www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Study-653208-Structural-Risks-FINAL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Study-653208-Structural-Risks-FINAL.pdf).

indubbiamente svolto il ruolo di innesco e di espansione di numerosi processi legati alla digitalizzazione di prodotti e servizi connessi all'iperbolica crescita sia della disponibilità di dati, sia della capacità di loro archiviazione e analisi, spesso sintetizzate nelle formule delle tecnologie che li abilitano: *data science*, *big-data*, *machine learning*, *deep learning*, Intelligenza artificiale. L'emergenza covid-19 ha accelerato i percorsi e le aspirazioni alla digitalizzazione e de-materializzazione, tanto nel settore privato che in quello pubblico. L'emergenza ha posto in una luce diversa e transnazionale l'esigenza di bilanciare accesso e qualità dell'informazione, che in questo contesto significa anche e soprattutto accesso e qualità dei dati da cui l'informazione è generata, per essere poi distribuita. Sono state così rimescolate ancor più le carte delle tassonomie tematiche.

Tutto ciò ha, se possibile, moltiplicato il novero dei temi da trattare nel progetto iniziale legato al dialogo interdisciplinare dei giuscomparatisti intorno ai *big data* nelle moderne società, rendendo ancora più ardua la scelta. Per altro verso, ci ha fornito una possibile chiave di lettura per ridurre l'apparente frammentarietà dell'insieme.

Consapevoli della ineludibile incompletezza dei sottotemi e approfondimenti affrontati, i dieci saggi raccolti nel presente volume potrebbero essere classificati da un ideale algoritmo automatizzato in molti modi, se si volesse farne un indice. Risalta così la trasversalità delle questioni e la difficoltà di inquadrarle in caselle stringenti. Così, per esempio, il nostro metaforico algoritmo di lettura automatica della parte prima dell'Annuario potrebbe classificare alcuni contributi sotto l'etichetta "diritto dei consumatori" (Petrucci, Mak, Poncibò, Pagallo), ma poi si accorgerebbe di altre parole chiave più specifiche, che porterebbero alcuni di questi saggi ad essere meglio/anche classificati sotto le etichette "contratti" e "piattaforme", assieme ad altri contributi (Petrucci, Mak, Poncibò, Pollicino, Pitruzzella, Borgogno). Il nostro infaticabile algoritmo, però, a ben guardare, scoprirebbe che l'etichetta "concorrenza" (Pitruzzella, Borgogno) darebbe loro ottimo asilo, di pari passo con i contributi che analizzano trasversalmente problemi e soluzioni (Comandé, Ottolia-Rossi, Ruggieri- Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini). Troverebbe facilmente altre etichette atte a raggruppare quasi tutti i saggi attorno a temi importanti, quale l'effettiva gratuità dei servizi offerti da molte piattaforme digitali, su cui quasi tutti portano l'attenzione. Memore delle tassonomie tradizionali, poi, potrebbe usarle per un *labelling* tipo "diritto pubblico" (Pollicino, Pagallo)

“diritto privato” (Petrucci, Mak, Poncibò), ma nel misurare le distanze si accorgerebbe che i contributi così classificati si avvicinano molto a quelli trasversali (Comandé, Ottolia-Rossi, Ruggieri-Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini), riconducibili nell’ambito della “teoria generale”. Insomma, con l’imbarazzo delle possibili indicizzazioni, tutte corrette e tutte incomplete, il nostro sapiente indicizzatore automatico potrebbe decidere alla fine di non raggruppare per etichette, ma di seguire il semplice ordine alfabetico dei contributi: la nostra scelta!

Come detto, la prima parte dell’Annuario ha come filo conduttore il crescente impatto sul diritto delle tecnologie digitali spinte dai c.d. *big data* e dall’intelligenza artificiale. I contributi raccolti nel volume possono offrire l’impressione di un procedere apparentemente frammentario e disorganico, poiché i temi interessati da queste tecnologie coprono praticamente ogni area dell’ambito giuridico. Di necessità, quindi, la raccolta non poteva che essere incompleta nella lista dei temi, e a macchia di leopardo. Scelta e caso hanno consentito di proporre un intreccio di contributi che equilibra profili tecnologici con temi sia privatistici che pubblicistici, le cui linee di confine tendono a farsi assai diafane proprio per l’avvento di queste nuove tecnologie (Comandé, Pollicino, Pitruzella, per esempio). Tra i temi di diritto privato si sono selezionate alcune tematiche a volte unite dai temi del *consumerism* e dell’economia digitale nella logica civilistica comunitaria (Petrucci, Poncibò, Mak), altre volte più legati alle implicazioni societarie (Ottolia-Rossi, Borgogno), di concorrenza (Borgogno, Pitruzella). Tra i temi in senso lato pubblicistici, ma con ovvie ricadute civilistiche, emerge la prospettiva collettiva in relazione alle informazioni e ai dati (Pollicino, Pagallo), senza dimenticare le rivoluzioni in essere in termini di concorrenza (Pitruzella, Borgogno), né i rapporti tra proprietà intellettuale, trasparenza algoritmica e disciplina di mercato e che trova nel GDPR un paradigma convincente (Ottolia-Rossi, Mak), fino alla tutela collettiva della privacy (Pagallo).

Il carattere trasformativo dell’associazione tra *big data* e *machine learning* costituisce un tratto comune a tutti i contributi, anche se è particolarmente enfatizzato in alcuni (Comandé, Ruggieri-Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini, Ottolia-Rossi), più di architettura e trasversali, insomma da parte generale. In questa direzione altri saggi sottolineano il valore procompetitivo della condivisione dei dati dovuta alla migliore capacità di sfruttare la rendita del consumatore (Borgogno), più che i rischi ad essa ricondotti, offrendo una immagine

speculare rispetto ai rischi per il consumatore assieme alle opportunità della *data driven economy* (Petruso, Mak, Poncibò).

La ricostruzione storica della privacy da spiccato elemento individualistico delle sue origini alla sua crescente dimensione collettiva evidenzia il carattere di rottura in questo percorso dovuto alle tecnologie c.d. *data driven*, riaprendo sia il vaso di pandora della sorveglianza collettiva, come illustrato per esempio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, (Pagallo), sia il tema della proprietizzazione dei dati personali e dei rischi individuali e di gruppo di una profilazione assai granulare e transeunte (Ruggieri-Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini, Ottolia-Rossi, Comandé). A ben vedere, il tema va al di là di una concezione della privacy e della protezione dei dati personali quali diritti fondamentali ancorati al concetto di dignità, per coinvolgere i modelli di business della data economy<sup>2</sup>. Non abbiamo avuto spazio e tempo per agganciare compiutamente questi temi alle possibili evoluzioni di discipline privatistiche come la normativa sulle pratiche commerciali abusive e sulla protezione dei dati. L'Annuario ha gettato il sasso, iniziando a chiarire il ruolo del diritto nella disciplina dell'Intelligenza artificiale in cui convergono i *big data*, all'interno di un dibattito forse eccessivamente dominato dalla centralità dell'etica rispetto alla tecnica ed al diritto (Comandé).

La parte più spiccatamente dedicata all'analisi consumeristica si concentra prioritariamente sul ruolo delle piattaforme e degli intermediari digitali nella contrattazione algoritmica con la necessaria analisi critica delle innovazioni normative realizzatesi nell'*acquis* comunitario dal 2019 (Petruso, Poncibò e Mak).

Uno dei punti dolenti e ricorrenti con riferimento al paradigma di tutela basato sulla informazione, assuma essa la forma della trasparenza dell'algoritmo, dell'esistenza di un contributo decisionale automatizzato, della logica impiegata nella decisione automatizzata, rimane il suo carattere esteriore e poco funzionale alla tutela efficace della controparte (Petruso, Mak, Ottolia-Rossi). Il tema della discriminazione nei contratti con i consumatori, ben presente in questi contributi, è analizzato dal punto di vista degli algoritmi e dei dati applicati dai sistemi di in-

<sup>2</sup> Per una prima riflessione, M. GRAZIADEI, *Collisioni Transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, p. 361 ss.

telligenza artificiale, con la proposta di realizzare sistemi di intelligenza artificiale aperta, in grado di giustificare i propri risultati, per evitare esiti discriminatori (Ruggieri-Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini). Nel diritto dell'Unione europea, il requisito ora ricordato è posto dall'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("Diritto ad una buona amministrazione"), secondo cui la Pubblica Amministrazione nell'adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione". Questo tema si è imposto all'attenzione del mondo del diritto in Italia con le sentenze rese dal Consiglio di Stato nel 2019 e nel 2020 nella medesima materia<sup>3</sup>. Il supremo organo della giustizia amministrativa, nel sostenere che la pubblica amministrazione possa avvalersi di algoritmi nell'ambito dei propri procedimenti, tra cui la valutazione degli esami di candidati a concorsi pubblici, ha accolto alcuni principi. Essi discendono sia dall'applicazione del Regolamento generale dell'Unione sulla protezione dei dati personali (2016/679), sia dalle norme generali sull'attività amministrativa. Sul primo versante, il Consiglio di Stato ha stabilito che, nell'impiego di algoritmi in processi decisionali totalmente automatizzati, il diritto dell'Unione europea richiede di rendere lo strumento informatico pienamente conoscibile al destinatario del provvedimento. Costui deve pertanto essere informato circa l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, e ha diritto a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata nel rendere la decisione. Inoltre, il processo decisionale deve essere sottoposto al controllo umano, e non deve essere discriminatorio<sup>4</sup>. Sul secondo versante, l'algoritmo utilizzato come regola tecnica dall'amministrazione deve essere accompagnato da spiegazioni che lo traducano nella "regola giuridica" sottesa ad esso, per renderlo leggibile e comprensibile<sup>5</sup>. Non può essere addotta in contrario la pretesa di riservatezza delle imprese fornitrici del software, le quali, nel porre a disposizione dell'amministrazione questo strumento, accettano le richieste

<sup>3</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1190, nota di TIMO; Cons. Stato, Sez. VI, 08 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, cc. 11, 3, 606.

<sup>4</sup> A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 87 ss.

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit.

delle pubblica amministrazione in termini di necessaria trasparenza<sup>6</sup>. La trasparenza della decisione resa da un processo automatizzato non dipende unicamente dalla logica che esso mette all'opera, ma è legata a doppio filo all'insieme di dati su cui l'algoritmo lavora. Per aversi una decisione trasparente, al principio della spiegabilità dell'algoritmo bisognerà dunque aggiungere anche il principio della conoscibilità dei dati che hanno dato origine alla decisione automatizzata<sup>7</sup> (Ottolia-Rossi, Comandé, Ruggieri-Giannotti-Guidotti-Monreale-Pedreschi-Turini-Ruggieri).

Le tecnologie digitali consentono la contrattazione automatizzata e standardizzata, tramite *smart contracts* (Poncibò). L'orizzonte dell'indagine dedicata ad essi riguarda anzi tutto i campi di applicazione di queste nuove modalità del contrattare. Tra questi, vi sono alcuni settori di interesse dei consumatori, in cui si svolgono operazioni standardizzabili, definibili in massa. Ad esempio, è il caso dei rimborsi dovuti per il ritardo nei voli aerei, o nei viaggi ferroviari. Le modalità di contrattazione così sviluppate accentuano aspetti problematici del diritto generale dei contratti, come quelli legati all'applicazione delle condizioni generali di contratto. Al tempo stesso, possono aiutare a risolvere problemi di efficacia, contribuendo a rendere effettivi diritti che altrimenti rimangono troppo frequentemente sulla carta.

Sul versante del diritto delle imprese e dei mercati, il diritto antitrust incontra una nuova frontiera per quanto riguarda la regolazione dell'accesso ai dati come condizione per partecipare al mercato (Borgogno). Il tema è ormai all'attenzione dei regolatori e mentre questo numero dell'Annuario prendeva forma, in Italia è stata pubblicata l'indagine conoscitiva congiunta sui *big data*, condotta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dal Garante per la Protezione dei Dati Personali<sup>8</sup>. Il documento dà atto che dal 2011 il volume dei dati creati nel mondo è in crescita esponenziale, la tendenza è destinata a continuare, con un'ulteriore accelerazione derivante dalla connessione tra oggetti (IOT) e le applicazioni sviluppate per il nuovo standard di comunicazione

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Sul punto si veda il contributo essenziale di M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. it. fil. dir.*, 2020, p. 73 ss., anche per la discussione del tema in relazione all'applicazione del GDPR.

<sup>8</sup> *Indagine conoscitiva sui big data*, Roma, febbraio 2020.

wireless 5G. Le implicazioni vanno ben al di là dei temi legate alla regolazione del mercato, coinvolgendo la tutela del pluralismo *on-line*, la protezione dei diritti fondamentali nella infosfera, e l'educazione dei cittadini all'uso dei dati. Nella prospettiva del diritto comparato, i rischi inerenti alla formazione dell'opinione pubblica determinati dalla pubblicazione in rete di *fake news* e dalla propagazione di *hate speech* costituiscono temi cruciali. Lo sviluppo della discussione nella sfera pubblica e l'esercizio della democrazia sono per loro natura fragili; il pregiudizio recato ad entrambe dalla manipolazione realizzata tramite gli strumenti disponibili in rete è oramai un dato acquisito. Le contromisure prese per combattere queste minacce sono per ora soprattutto sotto la responsabilità degli Stati Membri. Esse presentano più di un aspetto problematico, tra cui la vaghezza dei termini cui si affidano nel regolare questi fenomeni. In proposito l'Unione Europea ha provveduto ad emanare delle linee guida, nel frattempo, sotto la pandemia, il quadro offerto da alcuni paesi dell'Est Europa si è fatto ancor più preoccupante, in termini di controllo dei mezzi di informazione da parte del governo (Pollicino).

Un tema di fondo, che lega tutti questi contributi, è quello proprio alle dimensioni della fiducia che deve accompagnare lo sviluppo delle tecnologie digitali emergenti (Comandé). Il Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018 per promuovere lo sviluppo di una intelligenza artificiale affidabile, ha individuato tre componenti interconnesse e necessarie a tal fine. Secondo il documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile* pubblicato nel 2019 dal Gruppo di alto livello, l'intero ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale deve essere basato su tre componenti essenziali: a) la legalità, l'IA deve ottemperare a tutte norme giuridiche applicabili; b) l'eticità, l'IA deve assicurare l'adesione a principi e valori etici; c) la robustezza, dal punto di vista tecnico e sociale, poiché i sistemi di intelligenza artificiale possono causare danni<sup>9</sup>. Il punto interessante – ma paradossale, se si vuole – è che il primo pilastro di questa architettura – la legalità – non viene esaminato nel documento elaborato dal Gruppo. Il documento si concentra esclusivamente sugli altri due pilastri ora richiamati, vale a dire l'eticità e la

<sup>9</sup> Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla commissione europea nel giugno 2018, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 9 aprile 2019, reperibile sul sito: [www.ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation](http://www.ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation).

robustezza dei sistemi di intelligenza artificiale. Beninteso, le norme di carattere generalissimo, relative ai diritti fondamentali, e le norme altrettanto generali, di rango costituzionale, governano senz'altro questa incandescente materia, al pari di molti altri ambiti. Il loro impatto è assolutamente centrale, come mostra con grande chiarezza la giurisprudenza della Corte di Giustizia da *Google Spain*<sup>10</sup> a *Schrems II*<sup>11</sup>. Tuttavia, proprio l'elevata generalità di queste norme supreme lascia aperto il problema dell'affidabilità delle nuove tecnologie digitali, in termini di conformità alla legalità. Queste norme infatti al momento non offrono un quadro operativo sufficientemente dettagliato. La possibilità di ricorrere ad esse nel rispetto dei diritti individuali è assicurata solo in misura parziale, come avviene, ad esempio, per quanto riguarda il trattamento dei dati personali sulla base del Regolamento generale sulla protezione dei dati. Il paragone che può catturare l'immaginazione, è quello del codice della strada. Si potrebbe affidare la circolazione dei veicoli a motore unicamente ai precetti costituzionali, alle carte sui diritti fondamentali, e alle norme generali sulla responsabilità civile nelle condizioni attuali del traffico? Nonostante le sanzioni ad esse collegate, queste norme, e tutte le regole di contorno, incluse le norme sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli, svolgono una indispensabile funzione abilitante, da cui dipende la praticabilità della circolazione stradale. Non a caso, i veicoli a guida autonoma hanno portato con sé l'esigenza di un nuovo quadro normativo che ne regoli l'omologazione e la circolazione su strada.

Il quadro che viene così presentato al lettore è dunque inevitabilmente parziale, come lo sarebbe del pari se l'Annuario avesse ospitato dieci volte il numero dei saggi che ora accoglie. Piuttosto, è gioco-forza riconoscere che la rivoluzione digitale cui stiamo assistendo è impetuosa e pervasiva al tempo stesso, riguardando ogni ambito della vita sociale. Il cambiamento è destinato a rimettere in discussione in profondità le idee portanti di interi settori del diritto. Si pensi all'idea di autonomia. Tradizionalmente, il mantenimento di un certo ambito in cui la scelta collettiva non può e non deve sovrapporsi alla scelta individuale è giustificato rilevando che la collettività non conosce in

<sup>10</sup> Corte giust., 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>11</sup> Corte giust., 16 luglio 2020, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.



---

profondità come si orientano le preferenze degli individui rispetto alle scelte possibili. Ora però disponiamo di strumenti che possono dirci moltissimo rispetto alle preferenze individuali. Per certi aspetti, grazie ad essi, si conoscono le preferenze di un individuo meglio di quanto il medesimo saprebbe esprimere, o consapevolmente rappresentare, anche a sé stesso. Non abbiamo qui un paradosso, rispetto alle idee ricevute in materia di autonomia privata? Il diritto a conoscere i dati personali in possesso di altri nell'era digitale, è dunque anche il diritto a conoscere se stessi.