

Chi sa gestire il diritto in Europa?

Il mondo è sempre più complesso e le normative non possono che rispecchiare questo intrico. E' un dato di fatto: inutile discutere se sia un bene o male, se sia possibile trovare vie di fuga oppure se si debba per forza correre sulla ruota del criceto.

Nei primi decenni dello scorso secolo i codici penale e civile rappresentavano il 90% del patrimonio giuridico di un avvocato ed evolvevano con estrema lentezza, in paragone al ritmo odierno, per cui un avvocato che fosse uscito dall'università con in mente entrambi i codici poteva dire di padroneggiare il diritto ed avrebbe conservato questa conoscenza per il resto della carriera. Certo l'esperienza non era un fattore trascurabile, ma le nozioni di base richieste potevano essere raggiunte con relativa facilità e mantenute nel corso della carriera.

Oggi i codici sono una parte trascurabile della produzione normativa, soprattutto in settori specialistici, e gran parte delle fonti produttive sono da ricercarsi al di fuori dei confini, in un'Europa sempre più burocratizzata e cavillosa.

Certo, è un bene che le norme finalizzate a regolamentare fenomeni transnazionali, come il WEB o l'AI, siano di applicabilità quanto più vasta possibile; l'ideale sarebbe una capacità normativa delle Nazioni (dis)Unite, che renda uniforme sul pianeta la normativa riferita ad attività appunto planetarie. In attesa di ciò, accontentiamoci di normative uniformi sul continente nel quale ci troviamo.

Partiamo da una norma recente e moderna, che è oggetto di studio anche al di fuori dell'Europa, ovvero il Regolamento (UE) 2024/1689, il cosiddetto AI Act.

Già nel titolo, statuisce di andare a impattare su altre nove normative europee. Chi si appresta a leggerlo dovrebbe quindi fare voto di andare poi a (ri)leggersi altri nove Regolamenti e Direttive. Scorrendo i considerando e gli articoli ci si imbatte abbastanza presto nel richiamo all'allegato 1, quello dedicato alla normativa armonizzata di riferimento, che richiama venti (20!) normative che possono essere impattate. Certo, sono normative di settore, che quindi interessano solo gli specialisti d'ambito, ma restano comunque parecchie.

Non mancano poi i richiami alla Carta fondamentale dei diritti (e ci mancherebbe) e alla cyber sicurezza. La quale è regolata da una Direttiva¹, appena recepita da un Decreto nazionale². Poi ci sono richiami al GDPR (a sua volta completato da una serie di normative, sentenze, linee-guida...), alla Direttiva 2002-58-CE sulle comunicazioni elettroniche, al Regolamento 2022-2065 sui servizi digitali. Ognuno di essi richiama poi altre norme, tutela diritti e impone obblighi e controlli. L'art. 6 par. 5 incarica la Commissione di produrre orientamenti, che andranno quindi ad aggiungersi alla normativa di base. Poi ci sono i documenti aggiuntivi, come lo studio sulla *digital fairness*³ (di oltre 200 pagine) o l'*AI Treaty*⁴,

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2555>

² Decreto Legislativo n. 138, ufficialmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del primo ottobre 2024, che recepisce la direttiva (UE) 2022/2555, nota come NIS 2

³ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en

⁴ <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-opens-first-ever-global-treaty-on-ai-for-signature>

che ha il grande merito di estendere al di fuori dell'Europa i principi sui quali essa si fonda, ma che aggiunge un ulteriore livello di complicazione, così come li aggiungeranno gli interventi dell'ONU⁵.

Insomma, per avere il quadro completo richiamato dall'AI act già avremmo dovuto studiarci una trentina di Regolamenti, Direttive, Decreti...

Quantomeno il Regolamento sull'AI è fortunatamente chiaro e facilmente interpretabile da tutti (!).

Ad esempio il menzionato allegato 1 si apre con il punto 1), che fa riferimento *alla Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine e che modifica la direttiva 95/16/CE (GU L 157 del 9.6.2006, pag. 24) [abrogata dal regolamento sui prodotti macchina]*.

E' un riferimento armonizzato, oppure è abrogata? Mah.

E poi un plauso al considerando numero 15, che ci tutela dalla prosodia. Quanti in sala e in Europa sanno cos'è la prosodia? Quanti erano preoccupati per il suo uso improprio?

Insomma, soltanto con un Regolamento – per quanto importante e di vasto impatto – abbiamo sollevato un vespaio fatto di intrecci di norme, di traduzioni non sempre ineccepibili, di interpretazioni dottrinali, di recepimenti nazionali, di buone pratiche, di certificazioni.

Certo, l'intelligenza artificiale e il trattamento dei dati personali sono questioni diverse, a loro volta distinte dalle comunicazioni elettroniche, dal commercio elettronico, dalle indagini penali, quindi non è ipotizzabile un testo unico che raggruppi ogni cosa; il risultato, però è che si viene a creare una costellazione di norme, come mi piace immaginare il sistema, mentre il Prof. Pizzetti ha paragonato la normativa UE ad un mosaico⁶, fatto di tante tessere volte a comporre un quadro di regolamentazione e protezione.

Ma questa struttura può veramente tutelare i cittadini europei? Lasciando da parte chi ha dovuto studiarlo per forza: giudici, avvocati, professori, quanti hanno letto (studiato è una parola grossa) l'AI ACT?

Tanto di cappello al Legislatore europeo, che questa volta ha espressamente inserito nella norma la necessità di formazione, e un grande plauso a chi, come il prof. Ziccardi, ha messo a disposizione il proprio tempo e la propria scienza per realizzare video divulgativi pubblicati gratuitamente su YouTube, ma quanti in Europa possono dire di avere assimilato i concetti espressi dal Regolamento sull'AI e di sapere quindi difendere i propri diritti al riguardo?

Certo, io posso andare in panetteria e comprare una pagnotta anche senza conoscere tutta la normativa riguardo la coltivazione del grano, la panificazione, l'HACCP, i requisiti dei locali di vendita, la gestione della contabilità: devo fidarmi del fatto che le autorità preposte esercitino il loro dovere di controllo e garantiscano all'acquirente un prodotto conforme.

Analogamente, posso vivere e viaggiare sul continente anche senza sapere cos'è la prosodia e quali forme di AI sono permesse e quali vietate. Ma, per poter realmente

⁵ <https://www.un.org/en/ai-advisory-body>

⁶ <https://privacyitaliana.com/2024/05/02/ue-digitale-un-mosaico-di-norme/>

rivendicare quei diritti che l'Unione si propone di tutelare, dovrei avere una conoscenza almeno approssimativa delle norme e dei principi ad esse sottesi.

Proviamo a metterci dal punto di vista di alcune figure, che vivono in Europa:

Il *quivis de populo*

Il cittadino medio, l'operaio, il commerciante, l'impiegato in un'assicurazione, chi lavora in un ufficio pubblico, in un ospedale o in un'industria privata, nella migliore delle ipotesi conosce (si spera) le norme che regolano il proprio settore ed ha una conoscenza dei principi generali proveniente dai mezzi di informazione generalisti, da giornali e telegiornali che, tra un omicidio e la recensione di un film, dedicano saltuariamente un articolo all'intelligenza artificiale o ad un intervento del Garante, ma che può non essere sufficiente per garantire un'adeguata consapevolezza. Magari tra una pubblicità sulla crema per le emorroidi e la *réclame* di un'auto qualche spot sulle basi del diritto europeo potrebbe essere d'aiuto, anche se, a volte, nessuna conoscenza è meglio di una nozione incompleta o distorta.

I professionisti

Andiamo un po' oltre la media: un avvocato che nei primi anni dello scorso secolo poteva accontentarsi di un paio di codici, quattro se proprio era un giurista completo, oggi può realmente affermare di padroneggiare una materia in modo assolutamente esaustivo?

Un professionista ha certo il dovere di aggiornarsi, ma anche di mettere la pagnotta in tavola, per cui la maggior parte del tempo è giustamente assorbita dall'attività professionale.

Quanti avvocati hanno studiato tutta la normativa sopra citata? Qualche specialista, sicuramente, ma un avvocato generalista può dire di padroneggiare la materia? Ed ha l'onestà di non accettare un incarico se la questione supera le proprie conoscenze? Ed anche i professionisti tecnici, oltre a programmare, migliorare i sistemi a loro affidati, studiare le evoluzioni tecniche, hanno il tempo di farsi anche una solida cultura giuridica?

Le piccole imprese e le start up

Un imprenditore, sia che abbia un'impresa avviata, sia che lanci una nuova iniziativa, dovrebbe potersi concentrare sul *core business*, sullo sviluppare le idee ed i prodotti/servizi. Ha tempo e voglia di mettersi a studiare tutta la legislazione di contorno? Oppure il pomeriggio precedente la serata di gala per presentare il prodotto va dall'avvocato sperando che con una rapida occhiata gli assicuri che va tutto bene? Vero è che in Italia manca la cultura del giurista d'impresa, ma alcune scelte, sia progettuali che commerciali, dovrebbero già in origine essere basate sulla normativa, che quindi si dovrebbe conoscere, almeno a grandi linee, anche perché non sempre ci sono i fondi per pagare gli esperti. Anche per questo molti Paesi hanno creato i parchi tecnologici, gli incubatori d'impresa, o come si vogliono chiamare: centri dove alcuni servizi condivisi – anche legali – sono messi a disposizione gratuitamente o a prezzi politici, per aiutare gli imprenditori in queste incombenze.

Le grandi Compagnie

Queste da un lato sono avvantaggiate, perché non hanno problemi a reclutare un team di alto livello che segua il progetto fin dall'inizio, *by design*. Per contro, però, si trovano a dover operare a livello globale e non sempre le normative sono coerenti, per cui si rischia di

trovarsi con un prodotto *compliant* in un luogo e illegale in un altro. A volte anche tra Stati europei, con riguardo ai gradi di libertà che la norma generale consente.

E andiamo ancora oltre

Anche un grande professore, un docente universitario che, oltre alla didattica, possa dedicarsi interamente allo studio e alla ricerca, può davvero essere certo che in qualche angolo della normativa europea, in qualche recepimento nazionale, in qualche sentenza della Corte UE, di quella per i Diritti Umani, della Cassazione, del Consiglio di Stato, del TAR, della Corte X non sia nascosto un comma, un codicillo, un'interpretazione che potrebbe far mutare un parere o un'interpretazione?

La certezza del diritto

Infine pensiamo ai Giudici, a quanti sono chiamati ad analizzare una situazione concreta e decidere quale legge applicare e come interpretarla. In questa situazione così complessa, ingarbugliata, stratificata non è del tutto insolito che casi apparentemente simili, per quanto casi reali non possano mai essere esattamente identici, vengano giudicati in modo diverso, per cui la certezza del diritto viene sempre più a mancare, proporzionalmente all'aumento della complessità normativa. Situazione che peraltro può mettere in difficoltà lo stesso Legislatore, sia europeo che nazionale, nel momento in cui si trova ad introdurre una nuova norma, che deve inserirsi in un quadro complesso, senza entrare in contraddizione con altre regole, né comprometterne lo spirito e l'efficacia.

Esempi

Dati sanitari

Consideriamo la diffusione di dati sanitari, che deve essere naturalmente limitata allo stretto necessario: la Corte dei Conti è stata condannata per aver pubblicato integralmente una sentenza che consentiva di desumere lo stato di salute di alcuni soggetti⁷ e ha dovuto versare un indennizzo di 2000 euro ciascuno, mentre un Comune, che aveva analogamente pubblicato degli atti contenenti dati sanitari, non ha dovuto risarcire nulla, non essendovi l'indicazione della patologia, ma solamente un'indicazione generica⁸.

Situazioni certamente diverse, ma neppure così distanti fra loro e indicative del grado di incertezza che accompagna il tentativo di conciliare privacy e trasparenza.

Videosorveglianza comunale

Una sentenza aveva assicurato l'accesso alle immagini di videosorveglianza del Comune, se sussiste una situazione concreta di necessità e con le dovute cautele verso terzi: se sussistono le condizioni è possibile accedere alla videosorveglianza del Comune⁹.

Però un altro TAR ha dato un parere diametralmente opposto, ritenendo che l'accesso sia consentito solo per atti amministrativi¹⁰.

In questo caso si tratta di TAR, quindi – senza voler mancare di rispetto per i magistrati – esprimono un primo grado di giudizio, che potrà essere ridefinito da Corti superiori.

Bisognerà leggere bene entrambi i dispositivi, confrontarli, analizzarli alla luce di altre sentenze europee, generare dottrina.

⁷ Trib. di Palermo, 5 ottobre 2017 n. 5261.

⁸ Cass., 13 ottobre 2016 n. 20615.

⁹ Tar Catania, sez. I, 22 dicembre 2022, n. 3376

¹⁰ TAR Puglia, sez. II, 2 novembre 2021, n. 1579

Però un Sindaco di un piccolo Comune, che magari nella vita fa il medico, l'impiegato o l'allevatore, come può capirci qualcosa se due casi simili portano a conclusioni completamente opposte? Che certezza del diritto si può garantire se neppure i giudici sanno interpretare in modo uniforme una normativa sempre più complessa e dispersa in mille rivoli?

La gogna mediatica

- Agente di polizia penitenziaria condannato per un like
- Non viola la privacy un commento negativo dell'insegnante su un Social
- Chi offende su FB è condannabile anche se non nomina la persona

Richiamiamo il sito Privacy Italiana¹¹, che segnala queste situazioni simili, almeno in apparenza, con esiti giudiziari diversi. Come possono regolarsi le persone, in particolare dipendenti pubblici, soprattutto dopo le modifiche al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. n. 62/2013) introdotte dal D.P.R. n. 81 del 13 giugno 2023, posto che ora l'articolo 11 ter regola l'utilizzo dei social? La norma prevede che, nell'utilizzo dei propri account di social media, il dipendente dovrà usare ogni cautela affinché le proprie opinioni su eventi, cose o persone non siano in alcun modo attribuibili alla PA. Ma dov'è il confine?

La conservazione di dati e immagini del lavoratore

Il Garante ha sanzionato una ditta per un trattamento di dati personali dei lavoratori considerato non corretto, ma la Corte di Cassazione ha ritenuto scorretta l'interpretazione dall'Autorità, ritenendo lecito l'utilizzo¹². Non è questa la sede per una disamina dottrinale delle due posizioni, ma certo il Diritto nel suo insieme non fa una bella figura, non consente di fondare le proprie scelte su basi solide.

Il consenso

Anche in questo caso il Garante e la Corte di Cassazione hanno assunto posizioni diverse, come rileva l'avv. Pietro Montella¹³: *Non sussiste alcun dubbio circa il fatto che il consenso debba essere libero, specifico e informato. Ma cosa si intende per consenso libero e, soprattutto, come fa a orientarsi chi deve compiere delle scelte in tema di marketing digitale se l'Autorità indipendente in materia di protezione di dati personali ed il supremo Organo giurisdizionale sono in contrasto?*

In sintesi, la Corte ha ritenuto che il gestore di un sito "fungibile e rinunciabile" possa negare il servizio a chi rifiuta di ricevere mail promozionali. Il che ha anche un senso, in un'ottica di libero mercato: io ti do un servizio, tu lo paghi guardando la pubblicità, come d'altra parte hanno sempre fatto radio e TV private (per tacere del servizio pubblico). Però detta affermazione è in contrasto con la posizione del Garante, che, in un provvedimento del 12 giugno 2019, ha ribadito che la libertà del consenso "non è assicurata né quando viene richiesto un unico consenso per più diverse finalità di trattamento, né quando si assoggetta la fruizione di un servizio [...] alla previa autorizzazione a trattare i dati conferiti, ai fini di tale

¹¹ <https://privacyitaliana.com/2022/04/01/la-certezza-del-diritto/>

¹² <https://fulviosarzana.nova100.ilsole24ore.com/2024/02/17/garante-privacy-cassazione/>

¹³ <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/consenso-al-trattamento-dei-dati-e-marketing-due-orientamenti-opposti-a-confronto/>

servizio, per finalità diverse qual è quella di promozione e quella statistica”. Posizione ribadita in altri documenti e provvedimenti.

Anche in questo caso, il punto non è chi abbia ragione o torto, il punto è su quali basi un Titolare o un DPO possano operare.

Raffinati problemi procedurali

Secondo la Corte UE il Regolamento (UE) 2019/1157 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, sul rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari è giusto, ma sbagliato¹⁴. Cerchiamo di capire meglio: richiesta di giudicare alcune questioni pregiudiziali riguardo il Regolamento in questione, a cominciare dalla legittimità dell'acquisizione delle impronte digitali. La Corte ha ritenuto che il fine di garantire la certezza dell'identità personale, anche con parametri biometrici, faccia ritenere l'acquisizione legittima e proporzionata al fine della sicurezza che si propone di raggiungere. Però ha anche sollevato una questione di lana caprina sull'adozione del Regolamento in sé in quanto, pur legittimo, è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio sulla base dell'articolo 21, paragrafo 2, del Trattato di Funzionamento, relativo al diritto dei cittadini europei di circolare e di soggiornare liberamente negli Stati membri, mentre secondo la Corte la corretta base giuridica sarebbe l'articolo 77, paragrafo 3, dello stesso TFUE, che riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, più precisamente, le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione.

Conclusione

Per com'è impostata oggi, la normativa europea, con tutto quanto ad essa sotteso, sembra più uno stagno dove sguazzano specialisti e studiosi, che possono produrre fiumi di libri e di articoli, a volte anche in conflitto tra loro, ma che può fagocitare gli europei come un campo di sabbie mobili, più che garantirne i diritti.

La complessità, oggi, è ineludibile, al di là dei proclami e delle buone intenzioni. Ma può essere un limite, anziché una garanzia, come anche evidenziato da un report del prof. Draghi¹⁵, il quale, da economista, ha più valutato gli impatti sull'economia del continente.

Una volta si faceva la battuta che errare è umano, ma per incasinare davvero tutto ci vuole un computer. Oggi mi chiedo se per sbrogliare il groviglio creato dagli umani non occorra un computer.

Senza volersi affidare completamente ad un Legislatore artificiale e dando per scontato che il sistema sia affidabile, quindi ragionevolmente esente da *bias* e allucinazioni (il che è un assunto piuttosto ardito e impegnativo), un'intelligenza artificiale che aiuti tutte le figure sopra elencate nello svolgere i rispettivi compiti, anche grazie alla capacità di adattarsi alle esigenze, al livello e al linguaggio di ognuno, potrebbe essere una soluzione, anziché un problema?

¹⁴ <https://privacitaliana.com/2024/03/30/impronte-digitali-su-cie-il-regolamento-e-giusto-sbagliato/>

¹⁵ https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en