

REGOLE DI IMMISSIONE SUL MERCATO E «PRATICHE DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE» VIETATE NELLA PROPOSTA DI ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT*

| 346

Di Salvatore Orlando

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Carattere fuorviante dell'espressione 'pratiche di intelligenza artificiale'.* – 3. *Le tre attività vietate ai sensi dell'art. 5 AIA.* – 4. *In particolare: la 'immissione sul mercato' e la 'messa in servizio'.* – 5. *(Segue) l'uso dei sistemi di IA e la sua differenza dalla 'utilizzazione degli output' dei sistemi di IA.* – 6. *Il problema della 'parte verso il tutto' (cenno).* – 7. *Le attività non vietate e l'inopportunità del riferimento al c.d. effetto Bruxelles a proposito dell'AIA.* – 8. *I sistemi di IA interessati, le rationes e i destinatari dei divieti dell'art. 5 AIA.* – 9. *(Segue) in particolare, il tabù del marketing.* – 10. *(Segue) l'effetto di invisibilità prodotto dagli artt. 5 e 52 AIA sui sistemi di IA di neuromarketing.* – 11. *(Segue) una proposta sui sistemi di IA di neuromarketing.* – 12. *Il difetto di coordinamento con il Digital Services Act, con la proposta di regolamento sulla trasparenza e targeting della pubblicità politica e con la recentissima proposta di AI Liability Directive.* – 13. *Due parole di congedo.*

ABSTRACT. *L'a. esamina criticamente le norme sul divieto delle c.d. 'pratiche di intelligenza artificiale' e sul c.d. 'obbligo di trasparenza' contenute, rispettivamente, negli artt. 5 e 52 della proposta di regolamento europeo COM(2021) 206 final noto sotto il nome di Artificial Intelligence Act (AIA). La prima critica riguarda la stessa espressione 'pratiche di intelligenza artificiale', che l'a. ritiene essere tecnicamente errata e fuorviante. La seconda critica riguarda il perimetro delle attività effettivamente vietate dall'art. 5 della proposta di regolamento, dove in particolare l'a. osserva che l'AIA, nell'attuale testo, consente inter alia di progettare e produrre nel territorio dell'UE, e di esportare fuori dall'UE sistemi di intelligenza artificiale la cui immissione, messa in servizio ed uso nel mercato dell'Unione sono invece vietati ai sensi della medesima proposta di regolamento. La terza critica riguarda la mancata specifica considerazione da parte dell'AIA dei sistemi di intelligenza artificiale di neuromarketing. La quarta critica consiste in un difetto di coordinamento che l'a. rinviene tra la proposta di AIA con il divieto di trattamento di dati sensibili a fini di marketing previsto sia dal Digital Services Act che dalla proposta di regolamento relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica (del 25 novembre 2021) e con la recentissima proposta di AI Liability Directive (del 28 settembre 2022).*

The author critically examines the provisions of the EU regulation proposal COM(2021) 206 final on artificial intelligence (so-called Artificial Intelligence Act: AIA) relevant to the prohibition on certain so-called 'artificial intelligence practices' and to the so-called 'transparency obligation', as contained in article 5 and 52 of AIA, respectively. The first criticism regards the very expression 'artificial intelligence practices', which the author argues to be incorrect in terms of legal language as well as misleading. The second criticism regards the perimeter of the activities that are effectively prohibited under article 5 AIA. In this respect, the author remarks that, under the current wording of the proposed regulation, it would not be prohibited - inter alia - to design and manufacture within the EU's territory and to export outside the EU's territory those very AI systems that are under the prohibitions of article 5 AIA (i.e. the prohibition on placing on the market, putting into service and/or use in the Union's market certain AI systems). The third criticism regards the lack of specific consideration in the AIA of the neuromarketing AI systems. The fourth criticism consists in an alleged lack of coordination between the AIA proposal, on one side, and the Digital Services Act, the proposal for a regulation relevant to transparency and targeting of political advertising (of 25 November 2021), as well as with the recent proposal of AI Liability Directive (of 28 September 2022), on the other side.



1. Introduzione

“Immissione sul mercato” e “pratiche di intelligenza artificiale” sono due espressioni contenute nell’articolo 5 della Proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale, qui di seguito per brevità richiamata col suo acronimo inglese “AIA” da *Artificial Intelligence Act*¹. Nell’articolo 5 AIA, alle lettere a), b), c) e d), sono previste quattro ipotesi di cosiddette pratiche di intelligenza artificiale vietate. A questa previsione dell’articolo 5 AIA fa da *pendant* l’articolo 71 AIA, in particolare il paragrafo 3 che collega alla violazione del divieto contenuto nell’articolo 5 AIA sanzioni amministrative pecuniarie fino a 30 milioni di euro o, se il responsabile della violazione² è una società, fino al 6 % del fatturato mondiale annuo, ove superiore a detto importo.

Le quattro previsioni *sub a), b), c) e d)* del paragrafo 1 dell’art. 5 AIA sono tutte precedute dalla formulazione di un divieto unitariamente riferito a ‘pratiche di intelligenza artificiale’: “Sono vietate le seguenti pratiche di intelligenza artificiale: [...]”. Si tratta di un’espressione che, così utilizzata, appare inopportuna e fuorviante, per i motivi che proveremo a riassumere più avanti.

Le previsioni sono le seguenti:

«a) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa*

*provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico*³;

b) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico*⁴;

c) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari:*

i) *un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti;*

ii) *un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità*⁵;

* Il presente testo costituisce la traccia scritta, con integrazioni e note, della relazione dallo stesso titolo presentata dall’a. al Convegno “La via europea per l’intelligenza artificiale” del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche, tenutosi a Venezia il 25-26 novembre 2021, destinata, in versione ridotta, ai relativi Atti a cura di Carmelita Camardi.

¹ Nel testo verranno riportati gli articoli dell’AIA nella formulazione di cui alla proposta della Commissione europea del 21 aprile 2021 (COM(2021) 206 *final*) nota come proposta dell’*Artificial Intelligence Act*, ossia la “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione”. In nota segnaleremo di volta in volta gli articoli della medesima proposta con le modifiche apportate dal Consiglio dell’Unione europea nel primo, parziale, testo di compromesso della Presidenza pubblicato il 29 novembre 2021, ossia il documento 14728/21. Le dette modifiche sono state pubblicate solo in lingua inglese, e verranno in questa sede riportate in tale lingua ed indicate con l’abbreviazione “1^a proposta di compromesso 14728/21”.

² L’impiego del termine “reato” nella versione italiana dell’art. 71 paragrafo 3 AIA, è chiaramente un errore (“[...] se l'autore del reato è una società, fino al 6 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente [...]”).

³ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “a) *the placing on the market, putting into service or use of an AI system that deploys subliminal techniques beyond a person’s consciousness with the objective to or the effect of ~~in order to~~ materially distorting a person’s behaviour in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person or another person physical or psychological harm;*”.

⁴ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “b) *the placing on the market, putting into service or use of an AI system that exploits any of the vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, ~~physical or mental~~ disability or social or economic situation, with the objective to or the effect of ~~in order to~~ materially distorting the behaviour of a person pertaining to that group in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person or another person physical or psychological harm*”.

⁵ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “c) *the placing on the market, putting into service or use of AI systems ~~by public authorities or on their behalf~~ for the evaluation or classification of ~~the trustworthiness~~ of natural persons over a certain period of time based on their social behaviour or known or predicted personal or personality characteristics, with the social score leading to either or both of the following:*

(i) *detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or whole groups thereof in social contexts which are unrelated to the contexts in which the data was originally generated or collected;*

(ii) *detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or whole groups thereof that is unjustified or disproportionate to their social behaviour or its gravity;*”.



d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi⁶: [...]».

2. Carattere fuorviante dell'espressione 'pratiche di intelligenza artificiale'

Rispetto a questo articolato normativo, bisogna chiedersi innanzitutto cosa debba intendersi per 'pratiche di intelligenza artificiale'. Il sostantivo 'pratiche' - impiegato, come noto, in altro ambito dal legislatore europeo (in particolare relativamente alle pratiche commerciali scorrette o sleali di cui alla Direttiva 2005/29/CE, sulla quale torneremo *infra*) – suscita in questo contesto notevoli perplessità, segnatamente per il suo riferimento alla 'intelligenza artificiale' e per l'assoggettamento ad un divieto.

Deve escludersi che l'espressione “sono vietate le seguenti pratiche di intelligenza artificiale” stia a significare che la 'intelligenza artificiale' debba considerarsi agente delle 'pratiche' assoggettate al divieto di cui all'art. 5, e dunque, anche, che la 'intelligenza artificiale' sia destinataria del divieto di cui all'art. 5. Si tratta di due conclusioni che – seppur letteralmente compatibili con l'infelice formula in commento - bisogna scartare radicalmente sulla base dello stesso articolo 5 AIA e di tutte le altre norme dell'AIA, posto che sicuramente (nessuno ha dubbi in proposito), l'AIA non prevede alcuna attribuzione di personalità giuridica o personalità c.d. elettronica all'intelligenza artificiale⁷ o ai sistemi di

⁶ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “d) the use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible spaces by law enforcement authorities or on their behalf for the purpose of law enforcement, unless and in as far as such use is strictly necessary for one of the following objectives: [...]”.

⁷ Sul dibattito circa la c.d. personalità elettronica, cfr. (da ultimo, e anche per riferimenti bibliografici) G. DI ROSA, *Soggettività giuridica e responsabilità robotica*, in *La responsabilità civile nell'era digitale*, Atti della Summer School 2021, a cura di Valentina V. Cuocci, Francesco Paolo Lops e Cinzia Motti, Bari, 2022, p. 163 ss., spec. p. 169 ss.; F. ASTONE, *Artificial Intelligence: ipotesi per una regolazione normativa*, *ivi*, p. 29 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019; P. FEMIA, *Introduzione. Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, in G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?* cit.; G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Persona e mercato*, 3/2019, p. 79 ss. (dove, in particolare, una critica alla *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 2015/2103(INL)); A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”*. *Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Riv. Biodir.*,

IA, come definiti nella medesima proposta di regolamento.

Né, come pure proveremo a dimostrare, quella proposizione è idonea ad esprimere un significato alternativo che possa ritenersi tecnicamente fruibile o altrimenti giustificato.

Innanzitutto, se si riflette su cosa vuol dire intelligenza artificiale, anche solo in astratto (ed al di là della specifica definizione di 'sistemi di intelligenza artificiale' proposta nell'AIA, che ha suscitato alcune riserve e alcune critiche⁸) - nessuno contesta che l'intelligenza artificiale sia una branca della scienza informatica avente ad oggetto lo studio e lo sviluppo di determinate qualità di sistemi *software*. La circostanza che sia possibile definire o individuare variamente (come effettivamente accade) quelle specifiche qualità del *software* idonee a identificare univocamente questa branca della scienza informatica, ed in particolare la circostanza (altrettanto evidente) che proprio a questo ambito di discussione appartengono le riserve e le critiche alla specifica proposta di definizione di sistemi di intelligenza artificiale contenuta nell'AIA (in particolare con riferimento all'ampio – alcuni dicono troppo ampio⁹ – elenco delle “tecniche e approcci” di cui all'Allegato I dell'AIA¹⁰), non toglie, bensì al con-

2019; G. TADDEI ELMI e F. ROMANO, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in *Inf. Dir.*, 2016, p. 115; S. ORITI, *Brevi note sulla risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 concernente le norme di diritto civile sulla robotica*, in *Ratio iuris*, 2017, N. BUSTO, *La personalità elettronica dei robot: logiche di gestione del rischio tra trasparenza e fiducia*, in *Cyberspazio e dir.*, 2017, p. 499; U. PAGALLO, *The laws of robots. Crimes, contracts and torts*, Dordrecht- Heidelberg-New York-London, Springer, 2013; D. IMBRUGLIA, *Note sulla regolazione della IA*, in *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, a cura di Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo, Roma, 2021, p. 157 ss.

⁸ Cfr. *ex multis*, N. SMUHA, E. AHMED-RENGERSB, A. HARKENS, W. LI, J. MACLAREN, R. PISELLI, K. YEUNG, *How the EU can achieve legally trustworthy AI: a response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, 5 Agosto 2021, pubblicazioni del Leads Lab, dell'Università di Birmingham, School of Law, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3899991>, p. 14 ss.

⁹ Cfr. *ex multis* EBERS, M., HOCH, V.R.S., ROSENKRANZ, F., RUSCHEMEIER, H., STEINRÖTTER, B., *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, J 2021, 4, 589–603. <https://doi.org/10.3390/j4040043>, p. 590: “Art. 3(1) AIA in conjunction with Annex I covers almost every computer program. Such a broad approach may lead to legal uncertainty for developers, operators, and users of AI systems”.

¹⁰ L'Allegato I dell'AIA, secondo la 1^a proposta di compromesso 14728/21, dovrebbe soltanto perdere nel titolo il riferimento alla “intelligenza artificiale”, rimanendo identico per il resto: “ANNEX I —ARTIFICIAL—INTELLIGENCE TECHNIQUES AND APPROACHES referred to in Article 3, point 1 (a) Machine learning approaches, including supervised,

trario conferma, che l'intelligenza artificiale sia una branca della scienza informatica intesa a studiare e sviluppare determinate qualità del *software*, secondo determinate tecniche e approcci. Da ciò deriva – senza possibilità di dubbio – che con l'espressione 'sistemi di intelligenza artificiale', si fa riferimento a sistemi *software* che hanno determinate caratteristiche.

Se si vuole proporre un'analisi giuridica rigorosa e trarre una conseguenza sensata, dobbiamo perciò – come prima cosa – necessariamente e chiaramente dire che "pratiche di IA", cioè "pratiche di una scienza" (*melius* "pratiche di una branca di una scienza"), non vuol dire assolutamente nulla. Sarebbe come dire "pratiche di filosofia teoretica" o "pratiche di diritto privato".

Per orientare utilmente l'esame della norma dell'art. 5 AIA, si deve invece necessariamente procedere dal divieto, per cercarne i destinatari, l'oggetto e i motivi.

Escluso che l'AIA abbia proposto una qualsivoglia forma di personalità elettronica, l'art. 5 AIA non può che intendersi nel senso che esso fa divieto a qualcuno (e dobbiamo individuare quindi i destinatari del divieto) di fare qualcosa (e dobbiamo individuare quindi che cosa è vietato fare) con determinati sistemi *software* di 'intelligenza artificiale' (e dobbiamo individuare quindi quali sistemi di intelligenza artificiale in particolare sono interessati dal divieto).

Naturalmente, non conoscendosi casi di elementi di norme apparsi a una luce diversa da quella delle loro ragioni, nel tratteggiare tutti questi elementi dobbiamo contemporaneamente delineare anche le *rationes* del divieto dell'art. 5 AIA. Diciamo le *rationes*, al plurale (non già la *ratio*) dato che diverse,

unsupervised and reinforcement learning, using a wide variety of methods including deep learning; (b) Logic- and knowledge-based approaches, including knowledge representation, inductive (logic) programming, knowledge bases, inference and deductive engines, (symbolic) reasoning and expert systems; (c) Statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimization methods." Secondo la 1^a proposta di compromesso 14728/21, la nuova definizione di 'sistema di intelligenza artificiale' (sistema di IA) dell'art. 3(1) AIA è la seguente: "artificial intelligence system' (AI system) means software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with; 'artificial intelligence system' (AI system) means a system that (i) receives machine and/or human-based data and inputs, (ii) infers how to achieve a given set of human-defined objectives using learning, reasoning or modelling implemented with the techniques and approaches listed in Annex I, and (iii) generates outputs in the form of content (generative AI systems), predictions, recommendations or decisions, which influence the environments it interacts with;".

come visto, sono le previsioni che dobbiamo esaminare, secondo le previsioni delle lettere a), b), c) e d) dell'art. 5 par. 1 AIA.

Va da sé che questa analisi deve essere condotta con riferimento a tutte e quattro le suddette ipotesi, e cioè dobbiamo individuare per ciascuna previsione i tipi di comportamento vietati, i tipi di sistema di intelligenza artificiale sottoposti al divieto, i motivi del divieto e i destinatari del divieto.

3. Le tre attività vietate ai sensi dell'art. 5 AIA

Sulla scorta di quanto sopra già argomentato, bisogna senz'altro scartare l'idea che per pratiche *asoggettate al divieto dell'art. 5 AIA* si possa intendere 'ciò che fanno i sistemi di intelligenza artificiale'. Una simile idea, effettivamente suggerita dall'espressione letterale utilizzata infelicemente nell'art. 5 par. 1 AIA (ed anche da alcune, ripetute, affermazioni che si leggono nella relazione di accompagnamento della proposta di Regolamento predisposta dalla Commissione) è da respingere per la sua capacità e la sua suggestione entificante, del tutto incoerente con l'articolato normativo e con le precise scelte di tecnica legislativa operate nell'AIA: ossia per la capacità di suggerire che il percorso logico della disciplina dell'AIA consista nell'individuare come destinatari del divieto determinati sistemi di intelligenza artificiale, ai quali viene dunque vietato di fare qualcosa.

Ora questo, si è detto, è da escludere certamente, così come – ma sarebbe un discorso molto più ampio, che non può farsi in questa sede – sono generalmente da criticare sia la stessa espressione 'intelligenza artificiale' che altri termini invalsi nella letteratura giuridica (e prima ancora nella terminologia della scienza informatica) relativi a caratteristiche, applicazioni e *output* dei sistemi *software* di intelligenza artificiale, quali 'reti neurali', 'robot' e 'decisioni automatizzate'. Si tratta, in tutti questi casi, di un linguaggio totemico (nel caso del termine 'robot', diremmo golemico), che sarebbe bene abbandonare al più presto, e che, purtroppo, non aiuta nemmeno l'analisi giuridica.

In ogni caso, e conclusivamente, su questo punto dobbiamo essere molto chiari, ossia dobbiamo dire che – ai sensi dell'AIA - *ciò che è fatto oggetto di divieto* è quello che fanno persone fisiche o enti con determinati sistemi di intelligenza artificiale.

Per stabilire adesso cosa la Commissione europea ha proposto di assoggettare a divieto e a quali categorie di persone fisiche o enti ha pensato di rivolgere in particolare il divieto dell'art. 5 AIA, può servire fare un esercizio teorico e chiederci, per co-



minciare, in astratto (ossia prima di tornare ad esaminare il testo dell’AIA) cosa si può fare con sistemi *software* di IA.

In astratto, possiamo senz’altro dire che un sistema di IA si può progettare, sviluppare, addestrare, testare (cioè provare), produrre, vendere, acquistare, diffondere (ossia rendere pubblico), detenere, si può usare e si può utilizzarne l’*output*.

Dobbiamo dunque vedere in questo vasto scenario di attività che possono avere ad oggetto sistemi di IA, cosa è vietato e cosa no, ed identificare, di conseguenza, i potenziali destinatari dei possibili, correlativi, divieti. Con questa consapevolezza, possiamo tornare quindi alle quattro previsioni dell’art. 5 AIA, per il quale, come detto, sono vietate:

“a) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali [...]*

b) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone [...]*

c) *l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche*¹¹ [...]

d) *l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto*¹² [...].”

Se allontaniamo quella suggestione totemica e fuor di luogo che le accomuna ingiustificatamente attraverso l’espressione ‘pratiche di intelligenza artificiale’, comprendiamo ora che le attività vietate rispetto a questi *software* sono attività rispondenti alla tipizzazione e alla terminologia (in particolare “immissione sul mercato”, “messa in servizio”) proprie delle numerose normative di armonizzazione dell’Unione in materia di prodotti e di sicurezza dei prodotti¹³. Ciò in quanto l’AIA considera i si-

¹¹ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “c) *the placing on the market, putting into service or use of AI systems by public authorities or on their behalf for the evaluation or classification of the trustworthiness of natural persons [...]*”.

¹² 1^a proposta di compromesso 14728/21: “d) *the use of ‘real-time’ remote biometric identification systems in publicly accessible spaces by law enforcement authorities or on their behalf for the purpose of law enforcement [...]*”.

¹³ In particolare, vengono in primo luogo in evidenza le normative armonizzate del c.d. ‘Nuovo Quadro Normativo’ indicate anche con l’acronimo ‘NLF’ dall’inglese *New Legislative Framework*, indicate nella sezione A dell’Allegato II dell’AIA: la 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 [che si prevede sarà abrogata dal nuovo regolamento sui prodotti macchina, di cui alla proposta di *Machinery Regulation* adottata dalla Commissione il 21 aprile 2021, ossia nello stesso giorno della proposta dell’AIA: *Proposal for*

a Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery products COM(2021) 202]; la Direttiva 2009/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, sulla sicurezza dei giocattoli; la Direttiva 2013/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, relativa alle imbarcazioni da diporto e alle moto d’acqua e che abroga la direttiva 94/25/CE; la Direttiva 2014/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative agli ascensori e ai componenti di sicurezza per ascensori; la Direttiva 2014/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative agli apparecchi e sistemi di protezione destinati a essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva; la Direttiva 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, concernente l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di apparecchiature radio e che abroga la direttiva 1999/5/CE; la Direttiva 2014/68/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di attrezzature a pressione; Regolamento (UE) 2016/424 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, relativo agli impianti a fune e che abroga la direttiva 2000/9/CE; il Regolamento (UE) 2016/425 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sui dispositivi di protezione individuale e che abroga la direttiva 89/686/CEE del Consiglio; il Regolamento (UE) 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi e che abroga la direttiva 2009/142/CE; il Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio; il Regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la direttiva 98/79/CE e la decisione 2010/227/UE della Commissione. Anche le normative del c.d. vecchio approccio (*Old Approach legislation*) indicate nella sezione B dell’Allegato II dell’AIA - tranne solo il primo regolamento del 2008, che istituisce norme comuni per la sicurezza civile, ossia il Regolamento (CE) 300/2008 - utilizzano questa terminologia, in particolare utilizzano l’espressione “immissione sul mercato”, e anche, variamente, le espressioni “messa a disposizione sul mercato” “entrata in circolazione” o “messa in circolazione”: Regolamento (UE) No 167/2013 sull’omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli agricoli e forestali; Regolamento (UE) No 168/2013 sull’omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli a motore a due o tre ruote e dei quadricicli; Direttiva 2014/90/UE sull’equipaggiamento marittimo; Direttiva (UE) 2016/797 sull’interoperabilità del sistema ferroviario dell’Unione europea; Regolamento (UE) 2018/858 sull’omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti destinati a tali veicoli; Regolamento (UE) 2018/1139 recante norme comuni nel settore dell’aviazione civile e che istituisce un’Agenzia dell’Unione europea per la sicurezza aerea; Regolamento (UE) 2019/2144 sui requisiti di omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché di sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, per quanto riguarda la loro sicurezza generale e la protezione degli occupanti dei veicoli e degli altri utenti vulnerabili della strada.



stemi di IA come prodotti (prodotti *software*)¹⁴ e si propone di conseguenza un problema regolamentare di sicurezza, che intende svolgere in coerenza con la normativa armonizzata esistente¹⁵.

Sono così, in particolare, vietati dall’art. 5 AIA: l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso dei prodotti *software* rispondenti alle descrizioni di cui alle prime tre ipotesi *sub a), b) e c)* del par. 1; mentre è vietato soltanto l’uso dei prodotti *software* rispondenti alla descrizione di cui all’ipotesi *sub lettera d)* del medesimo paragrafo.

4. In particolare: la ‘immissione sul mercato’ e la ‘messa in servizio’

L’*‘immissione sul mercato’* di un sistema di IA è definita nell’AIA come *“la prima messa a disposizione di un sistema di IA sul mercato dell’Unione”*, e la *‘messa a disposizione sul mercato’* è a sua volta definita come *“qualsiasi fornitura di un sistema di IA per la distribuzione o l’uso sul mercato dell’Unione nel corso di un’attività commerciale, a titolo oneroso o gratuito”* (art. 3 n. (9) e n. (10) AIA). Da notare, dunque, che una *“fornitura”* non effettuata *“nel corso di un’attività commerciale”* non è vietata, e che la *‘messa a disposizione’* (come sopra definita) di per sé non è letteralmente vietata, perché è vietata soltanto l’immissione sul mercato, ossia la *prima messa a disposizione*, nonché, come diremo subito, la *‘messa in servizio’*.

La *‘messa in servizio’* di un sistema di IA, è definita come *“la fornitura di un sistema di IA direttamente all’utente per il primo uso o per uso proprio sul mercato dell’Unione per la finalità prevista”* e la *‘finalità prevista’*, è a sua volta definita come *“l’uso di un sistema di IA previsto dal fornito-*

re, compresi il contesto e le condizioni d’uso specifici, come dettagliati nelle informazioni comunicate dal fornitore nelle istruzioni per l’uso, nel materiale promozionale o di vendita e nelle dichiarazioni, nonché nella documentazione tecnica” (art. 3 n. (11) e n. (12) AIA¹⁶).

Qui importa ribadire che l’immissione sul mercato (intesa come prima messa a disposizione di un sistema di IA sul mercato dell’Unione) e la messa in servizio (come sopra definita) ossia le due attività vietate insieme all’uso, sono attività diverse dalla messa a disposizione sul mercato, che, di per sé, non appare vietata, ossia non è vietata quando non ha i caratteri della immissione sul mercato o della messa in servizio, ossia allorché consista in una fornitura diversa dalla prima fornitura (che immette il sistema di IA sul mercato dell’Unione) e dalla fornitura all’*end user* (messa in servizio). Quindi, per intenderci, il mero distributore di un qualunque sistema di IA oggetto del divieto dell’articolo 5, può farlo ai sensi dell’AIA, ossia può distribuire tale sistema di IA nel mercato dell’Unione senza incorrere nel divieto di cui all’art. 5 AIA. Ciò in quanto il distributore, come definito dall’art. 3 n. 7) AIA, è *“qualsiasi persona fisica o giuridica nella catena di approvvigionamento, diversa dal fornitore o dall’importatore, che mette a disposizione un sistema di IA sul mercato dell’Unione senza modificarne le proprietà”*, mentre il fornitore, come definito dall’art. 3 n. 2) AIA è *“una persona fisica o giuridica, un’autorità pubblica, un’agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito”*¹⁷.

¹⁴ Sulle questioni relative alla nozione di prodotto a proposito delle tecnologie digitali, v. per tutti R. MONTINARO, *Responsabilità del prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in *Persona e mercato*, 2020, 4, p. 365 ss., spec. p. 370 ss., ove anche una accurata ricostruzione del dibattito sulle teorie che si sono confrontate sul problema del riconoscimento del *software* come prodotto.

¹⁵ Una critica a questo approccio è svolta da L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solutions*, 2022, pubblicazioni dell’Ada Lovelace Institute: <https://www.adalovelaceinstitute.org/report/regulating-ai-in-europe/>, p. 6 ss. In M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 4/2021, p. 98, si trova osservato che la struttura dell’AIA deriva dalla Decisione N. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE.

¹⁶ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “(11) ‘putting into service’ means the supply of an AI system for first use directly to the user or for own use on the Union market in the Union for its intended purpose; (12) ‘intended purpose’ means the use for which an AI system is intended by the provider, including the specific context and conditions of use, as specified in the information supplied by the provider in the instructions for use, promotional or sales materials and statements, as well as in the technical documentation; general purpose AI systems shall not be considered as having an intended purpose within the meaning of this Regulation”. La raccomandazione di prendere in considerazione i sistemi di IA *“general purpose”* si trova in L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solutions*, cit. p. 8 ss.

¹⁷ Nella 1^a proposta di compromesso 14728/21 la definizione di fornitore è stata modificata come segue: “(2) ‘provider’ means a natural or legal person, public authority, agency or other body that develops an AI system or that has an AI system developed and places that system on the market or puts it into service with a view to placing it on the market or putting it into service under its own name or trademark, whether for payment or free of charge.”.

Per gli stessi motivi, sembra corretto concludere che non debba ritenersi vietata ai sensi dell’art. 5 AIA la diffusione al pubblico di *software IA open source* (c.d. OSS: *Open Source Software*), in quanto una simile attività non appare di per sé rientrante tra le ipotesi di fornitura di un sistema di IA effettuata “nel corso di un’attività commerciale a titolo oneroso o gratuito”¹⁸.

5. (Segue) l’uso dei sistemi di IA e la sua distinzione dalla ‘utilizzazione degli output’ dei sistemi di IA

Infine è vietato l’uso dei sistemi di IA di cui alle previsioni sub *a), b), c) e d)* dell’art. 5 AIA.

L’AIA non fornisce una definizione di uso dei sistemi di IA, ma la relativa nozione può ricavarsi dalla definizione di ‘utente’, contenuta nell’ art. 3 n. 4 AIA, e, *ad excludendum*, dal riferimento all’utilizzazione degli *output* dei sistemi di IA, operato, a proposito dell’ambito di applicazione dell’AIA, nell’art. 2, par. 1 lett. c) AIA).

L’‘utente’ è definito come “*qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un’attività personale non pro-*

fessionale” (art. 3 n. 4 AIA)¹⁹. Dal complesso delle definizioni e dell’ambito di applicazione, possiamo altresì ricavare che l’uso del sistema di intelligenza artificiale è diverso dall’utilizzazione degli *output* del sistema di intelligenza artificiale. Questa differenza si ricava dall’articolo 2 dell’AIA (dedicato all’ambito di applicazione del regolamento) secondo il quale l’AIA si applica anche ai fornitori e agli utenti dei sistemi di IA situati in un paese terzo “*laddove l’output prodotto dal sistema sia utilizzato nell’Unione*” (art. 2, par. 1 lett. c) AIA)²⁰.

Da ciò comprendiamo che l’AIA distingue l’uso del sistema di IA dall’utilizzazione dei suoi *output*

¹⁹ Nella 1^a proposta di compromesso 14728/21, è stata eliminata l’esclusione dell’uso personale e non professionale: “(4) ‘user’ means any natural or legal person, public authority, agency or other body using an AI system under its authority, ~~except where the AI system is used in the course of a personal non-professional activity~~”.

²⁰ 1^a proposta di compromesso 14728/21: “(c) providers and users of AI systems ~~that~~ who are physically present or established ~~located~~ in a third country, where the output produced by the system is used in the Union”.

²¹ La distinzione è confermata dal Considerando 11 AIA, che contiene la spiegazione della norma sull’ambito di applicazione di cui all’art. 2, par. 1 lett. c) AIA. Nella 1^a proposta di compromesso 14728/21, la distinzione è confermata, e il Considerando 11 è stato modificato come segue: “*In light of their digital nature, certain AI systems should fall within the scope of this Regulation even when they are neither placed on the market, nor put into service, nor used in the Union. This is the case for example of an operator established in the Union that contracts certain services to an operator established outside the Union in relation to an activity to be performed by an AI system that would qualify as high-risk and whose effects impact natural persons located in the Union. In those circumstances, the AI system used by the operator outside the Union could process data lawfully collected in and transferred from the Union, and provide to the contracting operator in the Union the output of that AI system resulting from that processing, without that AI system being placed on the market, put into service or used in the Union. To prevent the circumvention of this Regulation and to ensure an effective protection of natural persons located in the Union, this Regulation should also apply to providers and users of AI systems that are established in a third country, to the extent the output produced by those systems is used in the Union. Nonetheless, to take into account existing arrangements and special needs for future cooperation with foreign partners with whom information and evidence is exchanged, this Regulation should not apply to public authorities of a third country and international organisations when acting in the framework of international agreements concluded at national or European level for law enforcement and judicial cooperation with the Union or with its Member States. Such agreements have been concluded bilaterally between Member States and third countries or between the European Union, Europol and other EU agencies and third countries and international organisations. Recipient Member States authorities and Union institutions, offices, bodies and bodies making use of such outputs in the Union remain accountable to ensure their use comply with Union law. When those international agreements are revised or new ones are concluded in the future, the contracting parties should un-*

¹⁸ Nella 1^a proposta di compromesso 14728/21 sono stati aggiunti due paragrafi all’articolo 2 (i paragrafi 6 e 7) e il Considerando 12a per chiarire che l’AIA non si applica ai sistemi di IA e ai loro *output* utilizzati per il solo scopo di ricerca e sviluppo: “2(6) *This Regulation shall not apply to AI systems, including their output, specifically developed and put into service for the sole purpose of scientific research and development.* 2(7) *This Regulation shall not affect any research and development activity regarding AI systems in so far as such activity does not lead to or entail placing an AI system on the market or putting it into service*”.

Inoltre, nella 1^a proposta di compromesso 14728/21 si fa espresso riferimento ai sistemi *software open source* nel paragrafo 4 del nuovo art. 52a: “1. *The placing on the market, putting into service or use of general purpose AI systems shall not, by themselves only, make those systems subject to the provisions of this Regulation.* 2. *Any person who places on the market or puts into service under its own name or trademark or uses a general purpose AI system made available on the market or put into service for an intended purpose that makes it subject to the provisions of this Regulation shall be considered the provider of the AI system subject to the provisions of this Regulation.* 3. *Paragraph 2 shall apply, mutatis mutandis, to any person who integrates a general purpose AI system made available on the market, with or without modifying it, into an AI system whose intended purpose makes it subject to the provisions of this Regulation.* 4. *The provisions of this Article shall apply irrespective of whether the general purpose AI system is open source software or not.*”.



Cosa l’AIA intenda per *output*, si ricava dalla definizione di ‘sistema di intelligenza artificiale’, dove gli *output* sono descritti come “*contenuti*”, “*previsioni*”, “*raccomandazioni*”, “*decisioni*” in quanto generati dai sistemi di IA (art. 3 n. 1 AIA).

Dobbiamo perciò dedurre che l’articolo 5 AIA, letteralmente vietando l’uso di determinati sistemi di IA, non vieta l’utilizzazione degli *output* generati dai medesimi sistemi.

È opportuno ora sottolineare che tale utilizzazione può ben essere vietata da altre normative armonizzate del diritto dell’Unione. Questa notazione introduce un problema di *layers* e di coordinamento tra normative, sul quale non possiamo soffermarci in questa sede²², ma che può esemplificarsi attraverso il riferimento alla normativa generale ed armonizzata delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori. Possiamo così fare l’esempio di una società con sede nell’Unione (che chiameremo “società UE”) che appalta l’uso di un sistema di IA di *neuromarketing* ad una società che non ha sede né stabilimento nell’Unione (che chiameremo “società extra-UE”). La società UE si limita ad utilizzare nell’Unione gli *output* prodotti dal sistema di IA, il cui uso è, come detto, interamente demandato ed effettivamente svolto dalla società extra-UE. Immaginando ora che il sistema di IA in questione sia un sistema rispondente alla descrizione di una delle ipotesi *sub a)* o *b)* dell’art. 5 AIA, noi avremmo che, ai sensi dell’art. 2, par. 1, lett. c) AIA, la società extra-UE sarà assoggettata al divieto ex art. 5 AIA e alla conseguente sanzione ex art. 71 par. 3 AIA, mentre a nessun divieto e sanzione *ai sensi dell’AIA* sarà assoggettata la società UE. Ciò non toglierà tuttavia che, se e nella misura in cui l’utilizzazione degli *output* di quel sistema di IA da parte della società UE riguarderà rapporti tra la società UE e consumatori situati nell’Unione, e l’utilizzazione di tali *output* sarà idonea a falsare il comportamento economico dei medesimi consumatori, la società UE sarà senz’altro assoggettata al divieto e alle sanzioni della normativa armonizzata generale di diritto dell’Unione in materia di pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, ossia al divieto generale previsto dall’art. 5 (non dell’AIA ma) della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, e alle correlate sanzioni, come previste

dertake the utmost effort to align those agreements with the requirements of this Regulation.”

²² Cfr. P. HACKER, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law* (April 28, 2021), in *European Law Journal* (forthcoming), disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3835259>, spec. p. 31.

ora dalla direttiva c.d. ‘omnibus’, Direttiva (UE) 2019/2161, che ha integrato sul punto la disciplina generale della predetta Direttiva 2005/29/CE.

6. Il problema della parte verso il tutto (cenno)

Per concludere il commento sulle attività vietate dall’art. 5 AIA, dobbiamo fare un cenno alla questione della ‘parte verso il tutto’. È un problema su cui non possiamo soffermarci in questa sede, ma che va inserito all’interno della discussione sulle attività vietate.

In particolare, dopo aver individuato quali sono le attività vietate dall’art. 5 AIA, si deve tenere conto del problema della complessità dei sistemi di IA, per interrogarsi sulla dimensione delle attività vietate e, dunque, dello stesso divieto. I sistemi di IA sono sistemi *software* estremamente complessi, composti di miriadi di linee di codice. Per funzionare in un certo modo, essi hanno numerosi ‘parti’. L’art. 5 vieta l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso di determinati sistemi di IA, ma si tratta in concreto di vedere e capire se e come si possa applicare l’art. 5 AIA a singole ‘parti’ di *software*, ossia a specifiche componenti di sistemi *software* complessi. Il problema, che non riguarda solo l’art. 5 ma generalmente anche le altre disposizioni dell’AIA, è stato già avanzato da alcuni commentatori, e mi limito qui a segnalarlo²³.

7. Le attività non vietate dall’art. 5 AIA e l’inopportunità del riferimento al c.d. effetto Bruxelles a proposito dell’AIA

²³ EBERS, M., HOCH, V.R.S., ROSENKRANZ, F., RUSCHEMEIER, H., STEINRÖTTER, B., *The European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, cit., p. 591: “The AIA also does not clarify as to how various components of AI systems should be treated which could include either re-trained AI systems from different manufacturers forming part of the same AI system or components of one and the very system that are not released independently. Therefore, it should be clarified whether separate components of AI systems would be individually required to conform to the AIA and what would be the implications for responsibilities when these components are not compliant”.

In proposito, si rammenta che, in coerenza con l’integrazione della formula definitoria di ‘finalità prevista’ di cui all’art. 3 n. 12 AIA, la 1^a proposta di compromesso 14728/21 ha anche introdotto un nuovo art. 52a AIA rubricato *General purpose AI systems*, riportato *supra* alla nota 18.



Sulla base di quanto fin qui osservato, è possibile adesso indicare in sintesi cosa non è vietato dall’articolo 5 AIA.

Secondo il testo dell’art. 5 AIA di cui alla proposta della Commissione del 21 aprile 2021, qui in commento, nel mercato dell’Unione non è vietato progettare, sviluppare, produrre, provare, addestrare, fornire o diffondere nell’ambito di un’attività non commerciale, acquistare, distribuire, detenere, usare per fini personali non professionali²⁴ sistemi di IA di qualsiasi tipo, ivi inclusi i sistemi di IA assoggettati al divieto dell’art. 5 (che proveremo ad identificare *infra*), né è vietato dall’articolo 5 AIA, come visto, utilizzarne gli *output* anche a fini professionali, fatta salva l’applicazione di altre normative armonizzate. Avuto riguardo ai sistemi di IA indicati nelle lettere *a*), *b*), *c*) e *d*) dell’art. 5 (che proveremo ad identificare *infra*) è vietato solo immetterli commercialmente sul mercato dell’Unione, fornirli direttamente all’utente per l’uso e usarli professionalmente²⁵ nel mercato dell’Unione.

Inoltre non è vietato ai soggetti stabiliti nell’Unione fornire i sistemi di IA assoggettati ai divieti di cui all’articolo 5 per la distribuzione o l’uso in mercati diversi dal mercato dell’Unione. Ad esempio, ai sensi dell’art. 5 AIA, non è vietato a società stabilite nell’Unione, sviluppare, produrre, acquistare e vendere per la distribuzione o l’uso in mercati diversi dal mercato dell’Unione sistemi di IA di *social scoring* che sarebbe vietato fornire e usare nel mercato dell’Unione ai sensi dell’articolo 5 AIA, per esempio per assoggettare a *social scoring* discriminatorio etnie di popoli che vivono in Cina, o in Africa, o in Amazzonia.

Stando così le cose (e lasciando in disparte in questa sede altre considerazioni che potrebbero svolgersi in relazione alla realizzazione dei valori incorniciati nella CDFUE), reputiamo sicuramente inopportuno richiamare a proposito dell’AIA – quanto meno relativamente al testo della proposta attualmente in discussione – il c.d. “effetto Bruxelles”, ossia quell’effetto virtuoso per la promozione della protezione dei diritti fondamentali fuori dall’Unione europea, notoriamente associato a normative dell’Unione, ed archetipicamente al GDPR (Regolamento (UE) 2016/679).

8. I sistemi di IA interessati, le *rationes* e i destinatari del divieto

²⁴ Come detto, nella 1^a proposta di compromesso 14728/21, è stata eliminata dalla definizione di utente l’esclusione dell’uso personale e non professionale.

²⁵ V. nota precedente.

Comprendere a quali sistemi di IA si riferisce l’art. 5 par. 1 AIA è agevole solo per quanto riguarda le previsioni di cui alle lettere *c*) e *d*), mentre non lo è per quanto riguarda le previsioni delle prime due lettere.

Se ci è consentito continuare ad esprimerci in modo retorico e figurato, ci sembra adeguato dire che così come abbiamo criticato l’espressione ‘pratiche di IA’ per la sua capacità entificante e per il suo manifestare un approccio totemico alla tecnologia, qui, a proposito delle lettere *a*) e *b*) dell’art. 5 AIA, siamo di fronte a un nascondimento, ad un tabù che va disvelato. Nell’AIA non si utilizza mai la parola *marketing*, né nell’art. 5 né in altre norme o allegati dell’AIA. E tuttavia, a nostro avviso, per i motivi che proveremo a riassumere qui di seguito e nei prossimi paragrafi, le lettere *a*) e *b*) dell’art. 5 AIA si riferiscono a sistemi di IA di *marketing*, mentre (come è comunemente riconosciuto) la lettera *c*) si riferisce a sistemi di IA di c.d. *social scoring*, e la lettera *d*) si riferisce infine, chiaramente, a sistemi di IA di identificazione biometrica in tempo reale.

Per ciascuna ipotesi, dobbiamo comprendere in quali limiti e perché l’art. 5 AIA vieta le descritte attività, ossia l’immissione sul mercato, la messa in servizio e/o l’uso dei sistemi di IA ai quali collega il divieto.

Nel caso dei sistemi di IA di *marketing* (lettere *a*) e *b*)), sembra corretto osservare che l’art. 5 AIA vieta l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso relativamente e limitatamente a prodotti *software* progettati per, o comunque idonei a, influenzare il comportamento di persone in modo scorretto e capaci di causare danni fisici o psicologici alle persone; e dunque la *ratio* del divieto di immissione sul mercato, messa in servizio e uso risiede nel contrasto alla circolazione ed impiego nel mercato dell’Unione di prodotti *software* idonei a falsare il comportamento delle persone e a cagionare danni fisici o psicologici alle persone.

Nel caso dei sistemi di IA di *social scoring* (lettera *c*)), sembra corretto osservare che l’art. 5 AIA vieta l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso relativamente e limitatamente a prodotti *software* progettati per, e comunque idonei a, discriminare persone fisiche o gruppi di persone fisiche, e dunque la *ratio* del divieto di immissione sul mercato, messa in servizio e uso risiede nel contrasto alla circolazione ed impiego nel mercato dell’Unione di prodotti *software* idonei a discriminare le persone.

Abbiamo detto in tutte queste ipotesi che il legislatore vieta l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso relativamente e limitatamente a prodotti *software* progettati per, o comunque idonei



a, causare certi fatti. Ci siamo espressi in questo modo per rimarcare il carattere esclusivamente oggettivo del requisito. Una volta che si sia compreso come l’oggetto dell’AIA è costituito da prodotti *software*, e che l’art. 5 vieta l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso di determinati prodotti *software*, si capirà anche come sia totalmente insensato il dibattito che comunemente viene proposto a proposito di un requisito c.d. ‘sogettivo’ per le previsioni di cui alle lettere a) e b)²⁶.

Ed infatti, a quale soggetto o a quali soggetti dovrebbe mai riferirsi un simile requisito? Alla società che immette il sistema di IA sul mercato dell’Unione? Alla società che lo vende all’utente? O solo all’utente? E perché mai? E che ne sarebbe, in quest’ultimo caso, del divieto di immissione sul mercato e di messa in servizio che riguarda il fornitore? Dovrebbero forse i fornitori immaginare o prevedere che l’utente userà i sistemi di IA per fini illeciti? Oppure il divieto dovrebbe intendersi retroattivo, ossia la violazione del divieto da parte del fornitore dovrebbe ritenersi accertabile ed integrata solo se, *ex post*, venga provato che l’utente aveva effettivamente usato il sistema di IA per fini illeciti? Si tratta, evidentemente, di domande – tutte – prive di senso. Ma, e questo è il punto: proporre la questione del c.d. elemento sogettivo equivale a creare un piano problematico di *non-sense* di questo tipo. Vero è invece che le norme di cui alle lettere a), b) e c) dell’art. 5, par. 1 AIA vietano l’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso di prodotti *software* pericolosi, ossia di quei prodotti *software* il cui uso è tipicamente idoneo a causare le conseguenze previste nelle stesse norme.

Infine, nel caso dei sistemi di IA di identificazione biometrica in tempo reale di cui alla lettera d), sembra corretto osservare che la *ratio* del divieto del loro uso risiede nel contrasto all’impiego di questi prodotti *software* nel mercato dell’Unione fuori dai casi limitati previsti ai predetti punti i), ii) e iii). Poiché il divieto di uso non è assoluto, non sono vietate anche l’immissione sul mercato e la messa in servizio di questi prodotti *software*, che, pertanto, possono circolare liberamente nel mercato dell’Unione.

²⁶ Il c.d. requisito sogettivo viene comunemente ricavato dalle parole “*al fine di*” (in inglese “*in order to*”) impiegate nelle lettere a) e b) dell’art. 5, par. 1 AIA. Cfr., *ex multis*, lo Studio del maggio 2022 commissionato dal Parlamento europeo, *Regulatory divergences in the draft AI act. Differences in public and private sector obligations*, STUDY Panel for the Future of Science and Technology – EPRS, European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit (STOA), PE 729.507, Maggio 2022, p. 12 ss.

I destinatari dei divieti devono essere individuati in relazione alle attività vietate, da un lato, e, dall’altro lato, in relazione alle definizioni delle categorie dei soggetti che leggiamo nell’art. 3 AIA e alle *rationes* delle norme. Dunque, cominciando con i divieti di cui alle lettere a) e b) dell’art. 5 AIA, con riferimento all’immissione sul mercato, la messa in servizio e l’uso, i destinatari del divieto sono: i fornitori, importatori e gli utenti, come definiti nell’art. 3 AIA ai numeri 2), 6) e 4).

Per quanto riguarda i sistemi di IA di *social scoring* di cui alla lettera c), mentre il divieto di uso è limitato alle autorità pubbliche e a loro incaricati²⁷ può ritenersi che per l’immissione sul mercato e per la messa in servizio di questi sistemi il divieto sia indirizzato a qualunque fornitore o importatore, come definiti nell’art. 3 AIA ai numeri 2) e 6).

Per quanto riguarda i sistemi di identificazione biometrica in tempo reale di cui alla lettera d), il divieto di uso è letteralmente limitato agli utenti (co-

²⁷ Come detto, nella 1^a proposta di compromesso 14728/21, è stata eliminata la limitazione soggettiva (del divieto) così da abbracciare ogni ipotesi di social scoring discriminatorio, ossia anche il c.d. private social scoring, nella direzione già auspicata da molti, anche in sede istituzionale. Viene in evidenza, in particolare il punto 29 del parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e del Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD) del 18 giugno 2021 (EDPB-GEPD, *Parere congiunto 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale)*): “*In particolare, l’utilizzo dell’IA a fini di «punteggio sociale», come previsto dall’articolo 5, paragrafo 1, lettera c), della proposta, può essere causa di discriminazione ed è in contrasto con i valori fondamentali dell’UE. La proposta vieta tali pratiche soltanto quando sono applicate «per un determinato periodo di tempo» ovvero «da parte delle autorità pubbliche o per loro conto». Tuttavia, considerato che anche società private, in particolare i media sociali e i fornitori di servizi cloud, possono trattare grandi quantità di dati personali e applicare tali pratiche, la proposta dovrebbe vietare qualsiasi tipo di punteggio sociale. Va rilevato che, nel contesto delle attività di contrasto, l’articolo 4 della LED limita già ora in maniera significativa simili attività, quando addirittura non le vieta [enfasi originale]*”. Tra i commentatori, cfr. *ex multis* EBERS, M., HOCH, V.R.S., ROSENKRANZ, F., RUSCHEMEIER, H., STEINRÖTTER, B., *The European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, cit., p. 592: “*By limiting the ban of social scoring to public authorities, the AIA ignores the use of such systems by private entities, even in high-risk areas which could likely affect the fundamental rights of people via an indirect third-party effect. Accordingly, the Commission should re-evaluate whether the risk of broadly cross-context implemented private social scoring applications, within sensitive areas of public concern like credit scoring, housing or public employment, are properly addressed by the AIA.*”.



me definiti nell'art. 3 n. 4) AIA) che siano autorità pubbliche o loro incaricati²⁸.

²⁸ A mezzo del sopra già citato parere congiunto del 18 giugno 2021, il Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo per la protezione dei dati hanno sollecitato in proposito l'adozione di un "divieto generale". V. in particolare i punti 30, 31 e 32: "30. *L'identificazione biometrica da remoto delle persone in spazi accessibili al pubblico comporta un rischio elevato di intrusione nella vita privata delle persone. Pertanto l'EDPB e il GEPD reputano necessario un approccio più severo. L'utilizzo di sistemi di IA potrebbe comportare gravi problemi di proporzionalità poiché potrebbe richiedere il trattamento di dati di un numero indiscriminato e sproporzionato di interessati al fine di identificare solo poche persone (ad esempio passeggeri in aeroporti e stazioni ferroviarie). Inoltre, la natura «senza attrito» dei sistemi di identificazione biometrica da remoto comporta problemi di trasparenza e solleva questioni correlate alla base giuridica del trattamento a norma della legislazione dell'UE (la LED, l'RGPD, l'EUDPR e le altre normative applicabili). Restano tuttora irrisolti il problema della corretta informazione delle persone in merito a detto trattamento e la questione dell'esercizio efficace e tempestivo dei loro diritti. Lo stesso vale per le gravi e irreversibili conseguenze sulla (ragionevole) aspettativa dei cittadini di restare anonimi negli spazi accessibili al pubblico, che comportano direttamente una compromissione dell'esercizio della libertà di espressione, di riunione e di associazione, nonché della libertà di circolazione. 31. L'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), della proposta contiene un dettagliato elenco di casi eccezionali in cui l'identificazione biometrica da remoto «in tempo reale» in spazi accessibili al pubblico è permessa a fini di attività di contrasto. L'EDPB e il GEPD ritengono che questo approccio sia viziato sotto numerosi aspetti, come spiegato di seguito. In primo luogo, non è chiaro quali circostanze dovrebbero essere considerate «ritardi significativi» né in che modo esse possano fungere da fattore di mitigazione, considerando che un sistema di identificazione di massa è in grado di identificare migliaia di persone in pochissime ore. Inoltre, l'invasività del trattamento non sempre dipende dal fatto che l'identificazione sia eseguita in tempo reale oppure no. L'identificazione biometrica da remoto a posteriori nel contesto di una manifestazione di protesta politica può avere un pesante effetto dissuasivo sull'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, come la libertà di riunione e di associazione e, più in generale, sui principi fondanti della democrazia. In secondo luogo, l'invasività del trattamento non dipende necessariamente dalle sue finalità. L'utilizzo di questo sistema per finalità diverse, come la sicurezza privata, comporta le stesse minacce per i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e della vita familiare e alla protezione dei dati personali. Infine, anche con le limitazioni previste il numero potenziale di persone sospette o autori di reati sarà quasi sempre abbastanza elevato da giustificare l'utilizzo continuo di sistemi di IA per individuare tali persone sospette, a dispetto delle ulteriori condizioni di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 4, della proposta. Il ragionamento alla base della proposta sembra non tenere conto del fatto che, nel monitoraggio di aree all'aperto, gli obblighi previsti dalla legislazione dell'UE in materia di protezione dei dati devono essere adempiuti in riferimento non soltanto alle persone sospette, ma a tutte quelle di fatto monitorate. 32 Per tutti questi motivi l'EDPB e il GEPD sollecitano l'inclusione di un divieto generale di qualsiasi uso dell'IA a fini di riconoscimento automatico, in spazi accessibili al pubblico, delle caratteristiche umane – come il volto ma anche l'andatura, le impronte digitali, il DNA, la voce, le sequenze di battute su tastiera e altri segnali biometrici o comporta-*

9. (Segue) in particolare, il tabù del marketing

Come osservato, mentre dalle formule delle previsioni di cui alle lettere *c)* e *d)* dell'art. 5 par. 1 AIA si individuano agevolmente i sistemi di intelligenza artificiale ai quali l'AIA vuol fare riferimento, ossia, rispettivamente, sistemi di IA di c.d. *social scoring* e sistemi di IA di identificazione biometrica in tempo reale, le formule delle previsioni di cui alle lettere *a)* e *b)* appaiono oscure. Si parla di tecniche subliminali e di sfruttamento di vulnerabilità, senza tuttavia che sia chiarito quale categoria merceologica o funzione tipica o settore di attività riguardi i sistemi di IA interessati da queste previsioni. Nessun aiuto si ricava dalla lettura della relazione di accompagnamento alla proposta dell'AIA e dai Considerando²⁹.

Nelle presentazioni istituzionali dell'AIA, si procede per esempi³⁰. In particolare, si espone che la lettera *a)* riguarda la manipolazione subliminale, e si fa l'esempio della realtà estesa e delle applicazioni che controllano attraverso i sensori l'esperienza degli utenti. Per la lettera *b)*, l'esempio che viene divulgato è quello dei sistemi di IA che creano dipendenza per i bambini, stimolandoli in un

mentali – in qualsiasi contesto. L'attuale approccio della proposta mira a identificare ed elencare tutti i sistemi di IA che dovrebbero essere vietati. Quindi, per ragioni di coerenza, i sistemi di IA per l'identificazione da remoto su larga scala in spazi online dovrebbero essere vietati a norma dell'articolo 5 della proposta. Tenendo conto della LED, dell'EUDPR e dell'RGPD, il GEPD e l'EDPB non riescono a comprendere come questo tipo di prassi possa soddisfare i requisiti di necessità e proporzionalità, anche considerando, in ultima analisi, ciò che la CGUE e la CEDU giudicano interferenze accettabili nei diritti fondamentali. [enfasi originale]"

Non viene comunemente sottolineato e sottoposto a separata e specifica analisi critica la circostanza che l'ambito soggettivo dei destinatari del divieto di uso, di cui alla lettera *d)* in commento, è letteralmente limitato agli utenti che siano autorità pubbliche o loro incaricati.

²⁹ Cfr. in particolare il paragrafo 5.2.2 della relazione di accompagnamento e il Considerando n. 16.

³⁰ Si fa riferimento alla presentazione di Gabriele Mazzini (*Team Leader, Directorate Generale CNECT della Commissione europea*) al presente Convegno del 25 novembre 2021. Cfr. anche le presentazioni di Gabriele Mazzini, 'A European Strategy for Artificial Intelligence' al 2nd ELLIS Workshop in Human-Centric Machine Learning del 10 maggio 2021, registrazione su YouTube disponibile a <https://youtu.be/OZtuVKWqhl0?t=10346>, v. in particolare da 2:52:26 (visitato il 16 aprile 2022); e all' ELI Webinar on 'Regulating AI: A First Analysis of the European Commission's Proposal' registrazione su YouTube disponibile a <https://www.youtube.com/watch?v=Vr8C1hQ4g1A>, v. da 4:25 (visitato il 17 aprile 2022).





certo modo oppure dando loro delle ricompense in certi giochi.

Ma – questo è il punto – si tratta di esempi, mentre è necessario stabilire a quale categoria o funzione merceologica questi sistemi di IA appartengono, ossia per quali finalità essi vengono costruiti e commercializzati.

Nemmeno – evidentemente – può reputarsi soddisfacente rivolgersi ai sistemi di IA ai quali si riferiscono le lettere a) e b) dell’art. 5 AIA chiamandoli “*sistemi di IA manipolativi*”³¹. Si ripete: abbiamo bisogno di individuare una realtà merceologica e commerciale, come nel caso dei sistemi di *social scoring* e di identificazione biometrica in tempo reale. Nella realtà non si fanno ordini commerciali per acquistare “sistemi di IA manipolativi”.

Dunque, come dicevamo, dobbiamo cominciare con il riconoscere che siamo di fronte a un vero e proprio tabù. Innanzitutto linguistico. Nell’AIA non si vuole riconoscere espressamente, non si vuole dire in tutte le lettere una concreta ovvietà, ossia che esistono (cioè sono progettati, venduti e acquistati) prodotti *software* di intelligenza artificiale che sono deputati e progettati esattamente *per fini di influenza comportamentale*, cioè per ottenere determinate risposte, in termini comportamentali, dalle persone. E questo, tradizionalmente, si chiama *marketing*.

Il *marketing* è l’insieme di procedure e tecniche che sono studiate, elaborate, testate, messe in opera, controllate, adattate e modificate continuamente da precise funzioni interne alle organizzazioni che se ne avvalgono, o da società esterne alle quali queste funzioni sono affidate in tutto o in parte, al fine di creare le più varie forme di comunicazione rivolte a categorie di destinatari, comprese le c.d. esperienze, per sollecitare precise risposte comportamentali dei destinatari³².

La funzione merceologica tipica dei sistemi di IA considerati nelle lettere a) e b) dell’art. 5 par. 1 AIA è una funzione di *marketing*, e i divieti ivi previsti sono intesi a combattere la circolazione e l’impiego nel mercato dell’Unione di quei prodotti *software* di *marketing* che, per le loro caratteristiche concrete, si rivelino pericolose per le persone nel senso descritto nelle medesime lettere; ossia quei sistemi di IA il cui uso sia tipicamente idoneo a fal-

sare il comportamento delle persone e a cagionare danni fisici o psicologici alle persone.

Quanto appena riassunto si ricava inequivocabilmente dalla terminologia utilizzata in entrambe le lettere a) e b) dell’articolo 5 dell’AIA in commento. Tale terminologia è identica a quella impiegata dalla già citata Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori.

L’espressione che nella versione in lingua inglese dell’AIA è resa con le parole “*to materially distort*” – presente in entrambe le previsioni di cui alle lettere a) e b) dell’art. 5 par. 1 AIA – è stata resa nel testo italiano con le parole “*distorcere materialmente*”. Reputiamo che si tratti di una traduzione errata. Innanzitutto, l’avverbio così reso in lingua italiana è, in questo contesto, privo di senso. In secondo luogo, è pertinente osservare che la stessa espressione (“*to materially distort*”) la troviamo nell’articolo 5 della Direttiva 2005/29/CE delle pratiche commerciali scorrette, che, nella versione italiana della medesima direttiva, è tradotta con “*falsare in misura rilevante*”.

La Direttiva 2005/29/CE, come noto, vieta le pratiche commerciali dei professionisti idonee a falsare il comportamento economico dei consumatori, e stabilisce a quali condizioni l’*influenzare* (che di per sé non è vietato, ché altrimenti ogni forma di pubblicità e di *marketing* in generale sarebbe vietata) diventa un *falsare*, ossia diventa una pratica scorretta. La distinzione poggia sulla correttezza/scorrettezza del comportamento del professionista, in quanto il consumatore può essere influenzato lealmente o slealmente, e la slealtà (o scorrettezza) – intesa come contrarietà alla diligenza professionale – consiste nella violazione del dovere di attenzione verso le condizioni soggettive medie di vulnerabilità decisionale dei consumatori, che si realizza tipicamente attraverso pratiche di *marketing* che mirano scientemente ad approfittarsi di tali condizioni di vulnerabilità o che comunque, violando il dovere di attenzione in parola, sono oggettivamente idonee a falsare il comportamento economico dei consumatori³³.

³¹ Cfr. *Regulatory divergences in the draft AI act. Differences in public and private sector obligations*, STUDY Panel for the Future of Science and Technology, cit., p. 12 ss.

³² Cfr. *ex multis* P. KOTLER, K. KELLER, *Marketing management*, 12 ed. a cura di W. G. Scott, trad. it. di F. Sarpi, Milano 2007; P. KOTLER, J. ARMSTRONG, V. WONG, J. SAUNDERS, *Principles of marketing*, 5^a ed, Londra (Pearson), 2008; P. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing, Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano (Hoepli), 2019.

³³ V. Considerando 7 della Direttiva 2005/29/CE: “*La presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti*”. Sia consentito sul punto il rinvio a S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 1, p. 39 ss. Per un primo esercizio di coordinamento tra AIA e Direttiva 2005/29/CE, cfr. P. HACKER, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, cit., *passim*, spec. p. 12 ss. V. anche lo studio del maggio 2022 *Regulatory divergences in the draft AI act. Differences in public and private sec-*

Come altrettanto noto, il campo del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali di cui all'art. 5 della Direttiva 2005/29/CE è limitato al *marketing* rivolto ai consumatori.

Sappiamo però anche che il *marketing* non è affatto confinato ai rapporti di consumo e nemmeno ai rapporti commerciali. Basti pensare al *marketing* politico, sul quale la Commissione europea ha da ultimo pubblicato una proposta di regolamento *ad hoc*³⁴, nonché, più generalmente, al *marketing* delle associazioni (delle associazioni di beneficenza, delle *charities*, delle associazioni religiose), delle chiese, degli enti non-profit, così come alle campagne di comunicazione c.d. sociale, etc.: “*In generale, gli operatori di marketing mirano a sollecitare una risposta comportamentale della controparte. Un'impresa commerciale vuole finalizzare un acquisto, un candidato politico richiede un voto, una chiesa aspira ad acquisire un membro attivo nella propria comunità, un gruppo di azione social ricerca l'adesione a una determinata causa*”³⁵.

Se quanto sopra è risaputo, non si presta invece sempre la dovuta attenzione nel dibattito giuridico ad un ulteriore aspetto – anch'esso molto concreto e direttamente rilevante per il discorso che andiamo compiendo sull'art. 5 par. 1, lett. a) e b) AIA – ossia che il *marketing* non mira soltanto *direttamente* al comportamento finale che si vuole sollecitare ed ottenere (l'acquisto di un bene, una certa modalità di pagamento, l'attivazione o la non attivazione di una certa garanzia, l'esercizio o il mancato esercizio di un certo diritto contrattuale, il dissuadere dal fare causa, il voto elettorale per tizio o per caio, l'adesione a una determinata chiesa, l'elargizione *una tantum* o periodica di una donazione, la partecipazione a certi eventi, l'adesione a determinate iniziative o gruppi, l'abbandono di certe iniziative o gruppi etc.) perché il *marketing* è, più generalmente, e più profondamente, *comunicazione*: comunicazione *finalizzata a preparare il terreno affinché le sollecitazioni comportamentali abbiano successo. L'influenza sulle credenze, gli stili e i comportamenti di vita delle persone* è un'attività praticata dai *marketer* in quanto ritenuta strategica, prodromica e

tor obligations, STUDY Panel for the Future of Science and Technology – EPRS, European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit (STOA), PE 729.507, spec. p. 12 ss.

³⁴ COM(2021) 731 *final* del 25 novembre 2021 “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica”.

³⁵ P. KOTLER, K. KELLER, *Marketing management*, cit. p. 7; P. KOTLER, J. ARMSTRONG, V. WONG, J. SAUNDERS, *Principles of marketing*, cit., p. 32 ss., p. 623 ss.

strumentale rispetto all'attività di influenza sulle specifiche risposte che si intendono ottenere³⁶.

E qua il tabù rivela la sua maggiore dimensione, insieme alla sua pari capacità di strumentalizzazione e fraintendimento, e alla conseguente difficoltà di trattamento, perché quando parliamo di comunicazione siamo comunemente e tradizionalmente messi di fronte all'alternativa libertà/censura. Non si possono mettere limiti alla comunicazione, si dice.

A questa veloce e, a volte, automatica risposta, deve tuttavia opporsi una seria riflessione sul fatto concreto ed indubitabile – che trova conferma nella prassi e nella teoria del *marketing* – che le strategie di *marketing* più sofisticate cominciano con una comunicazione specificamente studiata e diretta ad *influenzare stili di vita, abitudini e credenze*: stili di vita alimentari, sessuali, culturali, ricreativi; abitudini relative alla sfera della socialità, dello studio, del tempo libero, della sportività; credenze storiche, religiose, politiche etc.

E che il primo target di persone ritenuto raggiungibile, ed effettivamente preso di mira dalle campagne di *marketing*, consiste nei bambini di quattro anni.

Per spiegare queste cose, i teorici e gli strateghi del *marketing* osservano che nell'era dell'informazione digitale “*i marketer devono trasformarsi da cacciatori a giardinieri*”, sottolineano “*l'importanza della continuità del presidio social per la comprensione dei comportamenti e lo stimolo all'engagement degli utenti*” e sottolineano che nel loro lavoro è fondamentale il fattore tempo, la “*pazienza*” e la “*prontezza nel cogliere le opportunità*”³⁷.

È un fatto concreto che non possiamo schivare, che le campagne di *marketing* nel nostro mondo riguardano dunque generalmente la comunicazione, sono direttamente disegnate per influenzare i contegni, gli stili di vita e le credenze delle persone, motivo per cui il *marketing* è effettivamente molto più ampio di quello che generalmente si crede.

È significativo osservare che il vecchio Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (CAP), la cui prima edizione è del 1966 e precedette, come noto, la prima legge italiana (che vi si ispirò vistosamente), oggi ha cambiato nome, ed è intitolato alla comunicazione: “Codice dell'autodisciplina della *comuni-*

³⁶ S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012 p. 197 ss.

³⁷ Così si legge nella Prefazione di Sabina Addamiano alla edizione italiana di P. KOTLER, S. HOLLENSON, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing, Marketer nella rivoluzione digitale*, cit., pp. XIV – XV.



cazione commerciale” e vi si trova un titolo sulla “comunicazione sociale”³⁸.

Se si comprende l’ampiezza del campo di applicazione delle tecniche di influenza comportamentale proprie del *marketing*, si può anche comprendere che, così come – grazie alla Direttiva 2005/29/CE – riconosciamo ormai senza difficoltà le tecniche del *marketing* dietro certe forme di comunicazione ‘endocontrattuale’ relativamente ai contratti del consumatore (es. comunicazione finalizzata a influenzare certe decisioni del consumatore sull’esercizio o non esercizio di un determinato diritto derivante dal contratto)³⁹ non ci sono motivi per non riconoscere che la stessa natura di tecnica di influenza comportamentale debba riconoscersi in certe forme di comunicazione endocontrattuale con riferimento a contratti diversi dai contratti di consumo, ad esempio, relativamente ai contratti associativi (es. comunicazione finalizzata a influenzare certe decisioni circa la permanenza o le condizioni di permanenza all’interno di un’associazione: ‘comunicazione endoassociativa’) e ai contratti di lavoro subordinato (es. comunicazione finalizzata a influenzare certe decisioni dei lavoratori subordinati relativamente alle loro condizioni di lavoro e all’esercizio dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro: comunicazione endoaziendale).

Seppure – come è storicamente ben comprensibile – il legislatore europeo della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette nella direttiva 2005/29/CE, pur innovando notevolmente rispetto alla legislazione preesistente, ha costruito una disciplina che riguarda esclusivamente il *marketing* rivolto ai consumatori e al loro comportamento economico, non si può ignorare che i confini del *marketing* sono molto più estesi sia perché il *marketing* non è rivolto solo ai consumatori sia perché esso non è inteso a sollecitare soltanto comportamenti economici.

Ciò che rende necessaria e urgente oggi un’adeguata risposta giuridica a questo fenomeno sta nel fatto che – come avviene per tutti i fenomeni

nel mondo contemporaneo caratterizzato dall’innovazione digitale – si assiste ad una sua traduzione in prodotti software di IA, ossia risiede nel fatto che le tecniche di influenza comportamentale sono sempre più ingegnerizzate in prodotti software aventi le caratteristiche della c.d. intelligenza artificiale che amplificano - in una misura impensabile fino a pochi anni fa - la potenza di influenza decisionale e comportamentale sulle persone, e, con ciò, anche la capacità di falsare le decisioni e i comportamenti delle persone⁴⁰.

10. (Segue) l’effetto di invisibilità prodotto dagli artt. 5 e 52 AIA sui sistemi di IA di neuromarketing

Il *marketing* contemporaneo realizza la sua influenza comportamentale attraverso tecnologie, alcune delle quali sono elencate nell’articolo 52 AIA⁴¹. Il riconoscimento delle emozioni, la categorizzazione biometrica e il *deep fake*: sono tre strumenti potentissimi del cosiddetto *neuromarketing*⁴²,

⁴⁰ Cfr. F. GALLI, *Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices*, Springer, 2022.

⁴¹ Art. 52 AIA: “Articolo 52 Obblighi di trasparenza per determinati sistemi di IA. 1. I fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dalle circostanze e dal contesto di utilizzo. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA autorizzati dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati, a meno che tali sistemi non siano a disposizione del pubblico per segnalare un reato. 2. Gli utenti di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica informano le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA utilizzati per la categorizzazione biometrica, che sono autorizzati dalla legge per accertare, prevenire e indagare reati. 3. Gli utenti di un sistema di IA che genera o manipola immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri per una persona (“deep fake”) sono tenuti a rendere noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente. Tuttavia il primo comma non si applica se l’uso è autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati o se è necessario per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e del diritto alla libertà delle arti e delle scienze garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, e fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi. 4. I paragrafi 1, 2 e 3 lasciano impregiudicati i requisiti e gli obblighi di cui al titolo III del presente regolamento.” Nella 1^a proposta di compromesso 14728/21 (che, ricordiamo è ancora una proposta parziale) non sono contenute proposte di modifica dell’art. 52 AIA.

⁴² Cfr. F. GALLI, *Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices*, cit., p. 122 ss.; L. TAFARO, *Some reflections on neurosciences and civil law*, in, *Neurosciences and Law: complicated crossings and new perspectives*, a cura di

³⁸ La 68esima edizione in vigore dall’8 febbraio 2021 è accessibile su: <https://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/il-codi-ce/#:~:text=Il%20Codice%20di%20Autodisciplina%20ha,alla%20sua%20influenza%20sul%20consumatore.>

³⁹ V. definizione di ‘decisione di natura commerciale’ del consumatore ai sensi dell’art. 2 lett. k) della Direttiva 2005/29/CE: “«decisione di natura commerciale»: una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un’azione o all’astenersi dal compierla”.



e i relativi sistemi di IA non stanno generalmente né tra le tecnologie sottoposte al divieto dell'art. 5 né tra quelle “ad alto rischio”.

Nell'art. 52 AIA⁴³ è previsto solo il c.d. obbligo di trasparenza, ossia ‘bisogna informare che stai facendo questo’. Ma noi sappiamo in Europa da almeno 30 anni, ossia dai tempi della Direttiva 1993/13/CEE sulle clausole vessatorie, che l'obbligo di informazione non serve a nulla. Non possiamo davvero pensare che questo sia un argine.

I sistemi di IA di riconoscimento delle emozioni sono sistemi *software* finalizzati all'identificazione o alla deduzione di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici. Noi non possiamo volere che queste tecnologie siano impiegate a fini di *marketing*. Prima ancora di mettere a fuoco specifiche norme giuridiche, un principio di civiltà giuridica muove senza incertezze a ritenere che simili tecnologie dovrebbero essere limitate all'ambito medico e di ricerca per fini terapeutici di cura, assistenza, diagnosi e prevenzione⁴⁴. Ed è per-

Antonio D'Aloia e Maria Chiara Errigo, Springer 2020, p. 113 ss., spec. p. 120 ss.; L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2017; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; A. MOLLO, *Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in *Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, a cura di Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo (in corso di pubblicazione); A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021/1, p. 199 ss.; A. SOLARCZYK KRAUSOVÁ, *Neuromarketing from a Legal Perspective*, in *The Lawyer Quarterly*, vol. 7, 2017, p. 40 ss.; F. VINCENZI, *Neuromarketing e web: un connubio legale?*, in *Cyberspazio e diritto*, 2017, p. 615; T. JR. VOORHEES, D.L. SPIEGEL, D. COOPER, *Neuromarketing: Legal and Policy Issues. A Covington White Paper*, 2016-06-15: https://www.cov.com/files/upload/White_Paper_Neuromarketing_Legal_and_Policy_Issues.pdf; C. MORIN, *Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior*, in *Society*, 2011, 48(2), p. 131 ss.; D. ARIELY e G. BERNIS, *Neuromarketing: the hope and hype of neuroimaging in business*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 2010, 11(4), p. 284 ss.; R.M. WILSON, J. GAINES, R.P. HILL, *Neuromarketing and Consumer Free Will*, in *The Journal of Consumer Affairs*, 2008, Vol. 42, No. 3, p. 389 ss.

⁴³ Cfr. K. STUURMAN, E. LACHAUD, *Regulating AI. A label to complete the proposed Act on Artificial Intelligence*, in *Computer Law and Security Review*, 2022, vol. 44.

⁴⁴ Sulle specifiche questioni di vulnerabilità (e le relative istanze di tutela) legate all'impiego di neurotecnologie e di sistemi di IA in campo medico, v. A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, cit.; IDEM, *Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, cit.; nonché i contributi della parte II del volume *Neurosciences and Law: complicated crossings and new perspectives*, a cura di Antonio D'Aloia e Maria Chiara Errigo, cit. intitolata “*Neuroscience, Health Rights and Human Being: New Challenges*” (p. 187 ss.), in particolare: M.C. ERRIGO, *Neuroenhancement and Law* (ivi, p. 189 ss.); R. FATTIBENE, *Self-Determination, Health and Equality: The Con-*

tanto interamente comprensibile l'allarmata raccomandazione che si legge nel punto 35 del parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati e del Garante europeo per la protezione dei dati del 18 giugno 2021⁴⁵.

Similmente è a dirsi per la c.d. categorizzazione biometrica. Si tratta di sistemi di IA che utilizzano i dati biometrici delle persone fisiche al fine di assegnarle a categorie specifiche di persone (*clusters*), laddove, come noto, la categorizzazione serve tipicamente finalità di *marketing*. Notiamo che – senza una spiegazione apparente – i sistemi di categorizzazione biometrica sono soltanto menzionati nel titolo del “settore” *sub* 1 dell'Allegato III dell'AIA, ma non nella (unica) descrizione di cui alla (unica) lettera *a*) del medesimo punto 1⁴⁶. Da cui dobbiamo desumere che i sistemi di IA di categorizzazione biometrica non sono generalmen-

stitutional Protections for Cognitive Enhancement (ivi, p. 215 ss.); S. SALARDI, *When the 'Age of Science and Technology' Meets the 'Age of Rights'. 'Moral' Bioenhancement as a Case Study* (ivi, p. 239 ss.); G. TURCHI, *An Epigenetic Pro-action for Moral Development* (ivi, p. 257 ss.); R. FOLGIERI, *Brain Computer Interface and Transcranial Magnetic Stimulation in Legal Practice and Regulations* (ivi, p. 273 ss.); F.G. PIZZETTI, *Brain-Computer Interfaces and the Protection of the Fundamental Rights of the Vulnerable Persons* (ivi, p. 291 ss.); S. DESMOULIN-CANSELIER, *Ethical and Legal Issues in Deep Brain Stimulation: An Overview* (ivi, p. 319 ss.); G. RAGONE E B. VIMERCATI *Neuroscience and End-of-Life Decisions: What Kind of Coexistence?* (ivi, p. 339 ss.); H.T. GREELY, *The Dilemma of Human Brain Surrogates: Scientific Opportunities, Ethical Concerns* (ivi, p. 371 ss.).

⁴⁵ EDPB-GEPD, *Parere congiunto 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)*, Punto 35 “[...] l'EDPB e il GEPD ritengono che l'utilizzo dell'IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inopportuno e dovrebbe essere vietato [enfasi originale], ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità”.

⁴⁶ “ALLEGATO III SISTEMI DI IA AD ALTO RISCHIO DI CUI ALL'ARTICOLO 6, PARAGRAFO 2. I sistemi di IA ad alto rischio a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, sono i sistemi di IA elencati in uno dei settori indicati di seguito. 1. Identificazione e categorizzazione biometrica delle persone fisiche: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica remota “in tempo reale” e “a posteriori” delle persone fisiche.”. 1^ proposta di compromesso 14728/21: “ANNEX III HIGH-RISK AI SYSTEMS REFERRED TO IN ARTICLE 6(23) High-risk AI systems pursuant to Article 6(23) are the AI systems listed in any of the following areas: 1. Biometric systems identification and categorisation of natural persons: (a) AI systems Biometric identification system intended to be used for the ‘real-time’ and ‘post’ REMOTE biometric identification of natural persons without their agreement;”.

previsti come sistemi ad alto rischio. Anche per tali sistemi di IA appare, pertanto, ben comprensibile la raccomandazione che si legge nel punto 33 del citato parere congiunto EDPB-GEPD del 18 giugno 2021⁴⁷.

Infine, le tecniche del c.d. *deep fake*: è impressionante quello che si può fare con la tecnologia GAN (acronimo inglese per rete generativa avversaria: *Generative Adversarial Network*), ad esempio con le immagini, per cui vengono prodotte finte fotografie di persone che sembrano vere in tutto e per tutto (si vedono persino tutti i dettagli dell'epidermide). Sono *output* di sistemi software di IA che non possono in alcun modo distinguersi dalla rappresentazione digitale di immagini della realtà “vera”. Bisogna riflettere sull'impiego di queste tre tecnologie quando sono poste al servizio di strategie di *marketing*. Bisogna riflettere sulla loro potenza computazionale, sulla loro capacità di influenza sulle persone, e dunque sulla loro capacità di distorsione comportamentale.

Cos'è il *neuromarketing*? Sembra opportuno riportarne una descrizione contenuta in un libro del 2019 del guru del *marketing*, Philip Kotler: “*il neuromarketing, ovvero l'uso delle neuroscienze per applicazioni di marketing, offre la possibilità di osservare direttamente ciò che i consumatori pensano. Il neuromarketing viene spesso utilizzato per studiare l'attività cerebrale e l'esposizione a brand, a nuovi prodotti in corso di progettazione o a nuove comunicazioni pubblicitarie. Si tratta di uno strumento relativamente nuovo per i marketer, principalmente a causa delle barriere tecnologiche, della possibilità di trasformare i risultati delle neuroscienze in insight commerciali utili e degli alti costi di raccolta dei dati [sono queste le barriere viste da Kotler: economiche e tecnologiche; Kotler non vede barriere giuridiche al neuromarketing, osserva solo che è costoso e che deve essere ancora messo a punto dal punto di vista tecnologico]. Ci aspettiamo, tuttavia, che il prossimo decennio vedrà un miglioramento su questi fronti e renderà il neuromarke-*

ting uno strumento normalmente usato per il customer insight.”⁴⁸.

La più famosa associazione internazionale di operatori di *neuromarketing*, la *Neuromarketing Science and Business Association* (NMSBA) ha pubblicato sul suo sito web la seguente definizione di *neuromarketing* (ns traduzione): “*Il neuromarketing utilizza la neuroscienza per rivelare i processi decisionali del subconscio dei consumatori. I neuromarketers studiano le risposte cerebrali e biometriche, nonché i comportamenti, per comprendere e dare forma al modo in cui i consumatori provano sentimenti, pensano ed agiscono*”⁴⁹.

Il fondamento del *neuromarketing* consiste nell'asserzione per la quale i consumatori *non agiscono razionalmente*⁵⁰. La ragion d'essere e la missione del *neuromarketing* consistono perciò nello studio e nello sfruttamento delle basi irrazionali ed emotive delle scelte, dei comportamenti e delle attitudini di consumo. Da questo punto di vista, non può sfuggire che il *neuromarketing*, per la sua stessa ragion d'essere e per la sua missione, si pone *per definizione* in diretto contrasto con lo sviluppo delle condizioni materiali necessarie per la pratica realizzazione del diritto all'educazione al consumo, previsto come diritto fondamentale dall'art. 2, co. 2 codice del consumo⁵¹.

Sempre sul suo sito web, la citata associazione NBSBA fornisce una breve descrizione delle principali tecniche utilizzate nel *neuromarketing*, tra cui: l'elettroencefalogramma (EEG), per misurare l'attività elettrica cerebrale; l'*eye-tracking*, per misurare i movimenti degli occhi e lo sguardo; la riso-

⁴⁸ P. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing, Marketer nella rivoluzione digitale*, cit., p. 24.

⁴⁹ “*Neuromarketing uses neuroscience to reveal subconscious consumer decision-making processes. Neuromarketers study brain- and biometric responses, as well as behavior, to understand and shape how consumers feel, think, and act.*”: <https://www.nmsba.com/neuromarketing/what-is-neuromarketing>.

⁵⁰ Si veda come viene sintetizzato il fondamento del *neuromarketing* nella parte divulgativa del sito internet dell'associazione NMSBA: “*Do you want to fully understand what drives consumers' attitudes and behaviors? Then you'll need more than traditional market research methods. Traditional tools, like consumer surveys and focus groups, assume consumers consciously articulate their preferences, whereas the majority of thoughts occur in our subconscious minds. In other words, consumers don't choose rationally. That's where neuromarketing comes in*” (<https://www.nmsba.com/neuromarketing/what-is-neuromarketing>)

⁵¹ Sull'educazione dei consumatori, v. anche la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio COM(2020) 696 final dal titolo “*Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*” del 13 novembre 2020, in particolare alle pp. 4, 19 e 20.

⁴⁷ EDPB-GEPD, *Parere congiunto 5/2021 del 18 giugno 2021*, cit.: Punto 33 “[...] l'EDPB e il GEPD raccomandano di introdurre un divieto valido sia per le autorità pubbliche sia per i soggetti privati di utilizzare sistemi di IA che categorizzano le persone in insiemi (clusters), a partire dai dati biometrici (ad esempio con il riconoscimento facciale), in base all'etnia, al genere nonché all'orientamento politico o sessuale oppure in base ad altri motivi di discriminazione proibiti a norma dell'articolo 21 della Carta, ovvero sistemi di IA la cui validità scientifica non è dimostrata o che confliggono direttamente con i valori fondamentali dell'UE [ad esempio i poligrafici, cfr. l'allegato III, punto 6, lettera b), e il punto 7, lettera a)]. Pertanto, la «categorizzazione biometrica» dovrebbe essere vietata a norma dell'articolo 5.[enfasi originale]”.



nanza magnetica funzionale (fMRI), per rilevare quali aree del cervello si attivano durante l'esecuzione di determinati compiti; le misure implicite (“*implicit measures*”), che misurano i tempi di risposta impiegati dal cervello per pensare; la biometria, per studiare le risposte emotive e fisiche non intenzionali delle persone a sollecitazioni esterne, come la sudorazione, la respirazione, il battito cardiaco; la risposta galvanica della pelle (GSR: *Galvanik Skin Response*) per misurare le variazioni nelle caratteristiche elettriche della pelle in risposta ai cambiamenti degli stati emotivi; e, naturalmente, sistemi di intelligenza artificiale per costruire, anche sulla base dei dati tratti dalle tecniche di cui sopra, modelli di simulazione e predittivi sulle risposte delle persone al *marketing*, ai prodotti, ai marchi e alle esperienze di acquisto⁵².

Come ricordato sopra, nel citato scritto del 2019, Philip Kotler dichiarava di non vedere barriere giuridiche al *neuromarketing*, solo barriere economiche e tecnologiche. Dobbiamo purtroppo ammettere che fin qui ha visto bene.

Ed invero, cosa ha fatto la proposta AIA rispetto a questo? Ha fatto un'operazione di velamento, cioè ha nascosto, ha reso invisibile il *neuromarketing*.

Senza mai nominare né il *marketing* né il *neuromarketing*, l'AIA ha vietato, nelle lettere a) e b) dell'art. 5 l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di prodotti *software* di *marketing* idonei a falsare il comportamento delle persone, prevedendo al contempo un requisito, quello della dannosità del prodotto in termini di danno fisico o psicologico per le persone, che potrebbe costituire, come suol dirsi, una ‘asticella molto alta’: ed infatti è questa la preoccupazione già espressa anche in ambito istituzionale⁵³. Ma ciò che – a nostro avviso – è anche più importante segnalare è che i sistemi di IA assoggettati ai divieti di cui alle lettere a) e b) dell'art. 5 AIA sono *invisibili*, in quanto non si trat-

ta di sistemi di IA individuabili tra quelli assoggettati al regime dei sistemi c.d. ad alto rischio: e dunque non sono sistemi di IA che possano dirsi sottoposti al relativo regime di obblighi e controlli preventivi.

Inoltre, se è ben vero che non può minimamente immaginarsi di assoggettare al regime dei sistemi ad alto rischio tutti i sistemi di IA di *marketing* (sarebbe impensabile), è altrettanto vero che per le lettere a) e b) dell'art. 5 AIA l'attuale sistema di divieti ivi previsto non può funzionare, perché tale sistema non è idoneo a bloccare *ex ante* la circolazione dei prodotti pericolosi che vorrebbe bloccare. Ciò in quanto, come osservato, la descrizione che si legge nelle lettere a) e b) dell'art. 5 AIA non consente di capire *ex ante* quali sono - merceologicamente - i prodotti “eccessivamente rischiosi” sottoposti al divieto.

11. Una proposta sui sistemi di IA di *neuromarketing*.

La soluzione che appare coerente sia con la finalità generale di tutela dei diritti della persona, dichiarata dallo stesso AIA, che con la specifica finalità di contrasto alle “*tecniche subliminali*” manifestata nella lettera a) dell'art. 5 AIA, va nella direzione tracciata nel richiamato parere congiunto EDPB-GEPD, 5/2021 del 18 giugno 2021 e sviluppa la relativa indicazione, ossia è nel senso di assoggettare ad un divieto del tipo di quello previsto dall'art. 5 AIA⁵⁴ i sistemi di IA di rilevamento delle emozioni, di categorizzazione biometrica e di *deep fake per finalità di marketing*, e di assoggettare inoltre ad un simile divieto generale *tutti i sistemi di IA di neuromarketing*. Ossia è nel senso di assoggettare a un divieto generale non soltanto i sistemi di IA di *neuromarketing* deputati alla raccolta, alla creazione e all'organizzazione di dati (come i sistemi di IA di rilevamento delle emozioni e di categorizzazione biometrica, i quali raccolgono e organizzano i dati rilevanti per le finalità di *neuromarketing* attraverso le tecnologie sopra ricordate: EEG, risonanza magnetica, *eye-tracking*, misurazione dei tempi di pensiero del cervello, misurazione delle cariche elettriche dell'epidermide, misurazioni biometriche di risposta ad emozioni quali sudorazione, respirazione e battito cardiaco etc.), ma anche i sistemi di IA *che impiegano tali dati* per fini di influenza comportamentale, nonché quelli (a questi

⁵² V. le relative descrizioni su: <https://www.nmsba.com/neuromarketing-companies/neuromarketing-technologies-explained>.

⁵³ Cfr. EDPB-GEPD, *Parere congiunto 5/2021 del 18 giugno 2021*, cit.: Punto 28 “[...] L'articolo 5 della proposta rischia di sostenere solo a parole i «valori» e il divieto di sistemi di IA che siano in conflitto con tali valori. Infatti, i criteri citati all'articolo 5 per classificare i sistemi di IA come vietati limitano l'ambito di applicazione del divieto in misura tale che il divieto stesso rischia di diventare irrilevante nella pratica [ad esempio: «in un modo che provochi o possa provocare [...] un danno fisico o psicologico» nell'articolo 5, paragrafo 1, lettere a) e b); limiti previsti per le autorità pubbliche nell'articolo 5, paragrafo 1, lettera c); formulazione vaga dei punti i) e ii) della lettera c); limitazione all'identificazione biometrica da remoto «in tempo reale» senza alcuna definizione chiara ecc.]”. Si è detto ed argomentato dianzi che non esiste il tema del requisito c.d. soggettivo: v. paragrafo 8 *supra*.

⁵⁴ V. *retro* per un'analisi critica delle attività effettivamente vietate ai sensi dell'art. 5 AIA.



ultimi strumentali) che impiegano tali dati per costruire modelli di simulazione e di predizione.

Da quanto sopra enunciato, ci sembra che la proposta di operare in questa direzione risulti adeguata in termini di riconoscibilità merceologica e giustificata posto che: quanto al primo aspetto, non ci sarebbero dubbi sulla categoria merceologica dei sistemi di IA sottoposti allo spettro del divieto, ossia non ci sarebbero dubbi sul fatto che il divieto riguarderebbe tutti i sistemi di IA di *neuromarketing* riconoscibili come tali nell'industria dell'IA dai tecnici e dagli operatori economici del settore; quanto alla giustificazione, il divieto sarebbe fondato sulla stessa ragion d'essere e sulla missione del *neuromarketing*, il quale, presupponendo, come detto, che le scelte e le attitudini delle persone sono in gran parte irrazionali, si propone di studiare e di sfruttare a fini di influenza comportamentale la *base irrazionale ed emotiva* dei comportamenti delle persone.

Appare opportuno osservare che, oltre che l'educazione del consumatore, espressamente riconosciuta come oggetto di un diritto fondamentale (art. 2, co. 2 Codice del consumo), ciò che è in gioco è una concezione dei diritti della persona e degli interessi della collettività che travalica le scelte di consumo e i diritti della persona inerenti alle scelte di consumo; ciò può intendersi ove si ponga mente a quanto sopra evidenziato a proposito del fatto che il raggio di azione del *marketing* (e quindi anche del *neuromarketing*, che è un tipo di *marketing* caratterizzato dal fatto che processa dati diversi da quelli processati dal *marketing* tradizionale, avendo di mira la base irrazionale ed emotiva delle scelte e dei comportamenti delle persone che si propone di influenzare) è oggi palesemente più ampio del raggio del consumo, giacché include, come ricordato, qualsiasi scelta dell'individuo assoggettabile ad un'attività di influenza tecnologicamente organizzata.

Per brevità, si può aggiungere qui che nel contesto dell'AIA potrebbe considerarsi come misura alternativa (a quella del divieto) quella di assoggettare i sistemi di IA di *neuromarketing* al regime dei sistemi di IA c.d. ad alto rischio. Non può essere invece – davvero - un'alternativa quella di *ignorare* i sistemi di IA di *neuromarketing*.

Allo stato, deve invece, purtroppo, concludersi osservando che la proposta dell'AIA predisposta dalla Commissione europea, non nominandoli, rende i sistemi di IA di *neuromarketing* invisibili perfino al linguaggio (che vuol dire al pensiero), ignorandoli del tutto.

L'AIA ha evitato di chiamare e di pensare con il suo proprio nome una realtà vastissima e molto concreta, che costituisce un campo di applicazione

dell'intelligenza artificiale impossibile da ignorare da parte dei giuristi. La sterminata letteratura specialistica (neuroscienze, scienze aziendalistiche, scienza informatica) evidenzia la vitalità del *neuromarketing*, l'enorme valore economico degli investimenti in questo campo e quindi anche l'enorme impatto che tale realtà è destinata a produrre sulle vite delle persone negli anni a venire⁵⁵.

⁵⁵ Limitandoci agli ultimi due anni, cfr. *ex multis*: A. CASAS-FRAUSTO, B.Y. MÁRQUEZ, S. JIMÉNEZ, A. ALANÍS, *Deciphering Consumer Behavior Through Emotions Using Neuromarketing*, in *Proceedings of Sixth International Congress on Information and Communication Technology. Lecture Notes in Networks and Systems*, a cura di Yang, X.S., Sherratt, S., Dey, N., Joshi, A., vol. 235, Singapore (Springer), 2022; V. KHURANA et al., *A Survey on Neuromarketing Using EEG Signals*, in *IEEE Transactions on Cognitive and Developmental Systems*, vol. 13, no. 4, Dec. 2021, p. 732 ss.; A. HAKIM, S. KLORFELD, T. SELA, D. FRIEDMAN, M. SHABAT-SIMON, D.J. LEVY, *Machines learn neuromarketing: Improving preference prediction from self-reports using multiple EEG measures and machine learning in International Journal of Research in Marketing* 38 (3), 2021, pp. 770-791; A. ALI, T. A. SOOMRO, F. MEMON, M.Y. ALI KHAN, P. KUMAR, M. USMAN KEERIO, B. S. CHOWDHRY, *EEG Signals Based Choice Classification for Neuromarketing Applications*, in *A Fusion of Artificial Intelligence and Internet of Things for Emerging Cyber Systems*, a cura di Pardeep Kumar, Ahmed Jabbar Obaid, Korhan Cengiz, Ashish Khanna, Valentina Emilia Balas, Springer Nature, 2021, pp. 371-394; *Manuale di neuromarketing*, a cura di Caterina Garofalo, Francesco Gallucci, Mariano Diotto, Milano, 2021; D. D'AGOSTINO, G. SKLOOT, *Capire la personalità dei clienti: Neuromarketing e AI per far crescere il proprio business*, Milano, 2021; *Handbook of Research on Applied Data Science and Artificial Intelligence in Business and Industry* a cura di Valentina Chkoniya, Hershey PA, USA (IGI Publishing), 2021; M. RAMIREZ, S. KAHEH, K. GEORGE, *Neuromarketing Study Using Machine Learning for Predicting Purchase Decision*, in *2021 IEEE 12th Annual Ubiquitous Computing, Electronics & Mobile Communication Conference (UEMCON)*, 2021, pp. 560 ss.; M. MAGALHAES, M. SOUSA PEREIRA, C. COSTA LOBO, A. CARDOSO, F. D'OREY, T. SANTOS FERREIRA, *Data mining PPV an applied deep learning neuromarketing tool to the performance of the point of sale promotion: A quantitative study*, in *Academy of Strategic Management Journal* 20 (4), 2021; D.A. DRAGOI, *Facial Coding as a Neuromarketing Technique: An Overview*, in *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series* 21 (2), 2021, p. 681 ss.; E. ATTIÉ, S. LE BARS, I. QUENEL, *Towards Ethical Neuromarketing 2.0 Based on Artificial Intelligence*, in *Handbook of Research on Applied Data Science and Artificial Intelligence in Business and Industry*, IGI Global, 2021, p. 619 ss.; Ö. SİĞIRCI, *Artificial Intelligence in Marketing: A Review of Consumer-AI Interactions*, in *Handbook of Research on Applied Data Science and Artificial Intelligence in Business and Industry*, cit., p. 342 ss.; E. MOSES, K.R. CLARK, N.J. JACKNIS, *The Future of Advertising: Influencing and Predicting Response Through Artificial Intelligence, Machine Learning, and Neuroscience*, in *Handbook of Research on Applied Data Science and Artificial Intelligence in Business and Industry*, cit., p. 151 ss.; A. CHEREDNIAKOVA, L. LOBODENKO, I. LYCHAGINA, *A Study of Advertising Content in Digital Communications: the Experience of Applying Neuromarketing and Traditional Techniques*, in *2021 Communication Strategies in Digital Society Seminar (ComSDS)*, 2021, p. 9 ss.; M. ALIMARDANI, M. KABA, *Deep*



La mancanza di considerazione da parte dell'attuale proposta di AIA di un fenomeno così concreto e così critico per l'effettiva realizzazione e per l'effettivo esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone è semplicemente ingiustificata; e tanto più ingiustificata appare tale mancanza se si considerano le dichiarazioni finalistiche (contenute nei Considerando e nella Relazione di accompagnamento della proposta di regolamento,

Learning for Neuromarketing; Classification of User Preference using EEG Signals, in *12th Augmented Human International Conference*, 2021, accessibile a <https://doi.org/10.1145/3460881.3460930>; O. V. SADCHENKO, *Convergence of Neuromarketing Technologies in Modern Conditions of Economic Development*, in *Mechanism of Economic Regulation*, 2021, 3, p. 97 ss.; R. GILL, J. SINGH, *Machine Learning Approaches for Neuroscientific Behavioral Analysis: A Neuromarketing perspective*, in *2021 4th International Conference on Recent Developments in Control, Automation & Power Engineering (RDCAPE)*, 2021, p. 576 ss.; I. OPRIS, S.C. IONESCU, M.A. LEBEDEV, F. BOY, P. LEWINSKI, L. BALLERINI, *Application of Neural Technology to Neuro-Management and Neuro-Marketing*, in *Frontiers in Neurosciences*, 2020 <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnins.2020.00053/full>; F.S. RAWNAQUE, K.M. RAHMAN, S.F. ANWAR, R. VAIDYANATHAN, T. CHAU, F. SARKER, K.A. AL MAMUN, *Technological advancements and opportunities in Neuromarketing: a systematic review*, in *Brain Informatics* 7 (1), 2020, p. 1 ss. <https://braininformatics.springeropen.com/articles/10.1186/s40708-020-00109-x>; B. GLOVA, I. MUDRYK, *Application of Deep Learning in Neuromarketing Studies of the Effects of Unconscious Reactions on Consumer Behavior*, in *2020 IEEE Third International Conference on Data Stream Mining & Processing (DSMP)*, 2020, p. 337 ss.; D. JUÁREZ-VARÓN, V. TUR-VIÑES, A. RABASA-DOLADO, K. POLOTSKAYA, *An Adaptive Machine Learning Methodology Applied to Neuromarketing Analysis: Prediction of Consumer Behaviour Regarding the Key Elements of the Packaging Design of an Educational Toy*, in *Social Sciences*, 2020, 9(9), p. 162 ss.; R. GILL, J. SINGH, *A Review of Neuromarketing Techniques and Emotion Analysis Classifiers for Visual-Emotion Mining*, in *2020 9th International Conference System Modeling and Advancement in Research Trends (SMART)*, 2020, p. 103 ss.; C.R. AMIN et al., *Consumer Behavior Analysis using EEG Signals for Neuromarketing Application*, in *2020 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI)*, 2020, p. 2061 ss.; B. PEYRAVI, J. NEKROŠIENE, L. LOBANOVA, *Revolutionised Technologies for Marketing: Theoretical Review With Focus on Artificial Intelligence*, in *Business: Theory and Practice* 21, 2, 2020, p. 827 ss. <https://journals.vilniustech.lt/index.php/BTP/article/view/12313>; A. BHANDARI, *Neuromarketing Trends and Opportunities for Companies*, in *Analyzing the Strategic Role of Neuromarketing and Consumer Neuroscience*, IGI Global, 2020, p. 82 ss.; B.C. ILOKA, K.J. ONYEKE, *Neuromarketing: a historical review*, in *Neuroscience Research Notes*, 2020, 3(3), p. 27 ss.; E. MOSES, K.R. CLARK, *The Neuromarketing Revolution: Bringing Science and Technology to Marketing Insight*, in *Anthropological Approaches to Understanding Consumption Patterns and Consumer Behavior*, IGI Global, 2020, p. 449 ss.; F. FILIPOVIĆ, L. BALJAK, T. NAUMOVIĆ, A. LABUS, Z. BOGDANOVIĆ, *Developing a Web Application for Recognizing Emotions in Neuromarketing*, in *Marketing and Smart Technologies. Smart Innovation, Systems and Technologies*, a cura di Rocha, Á., Reis, J., Peter, M., Z. Bogdanović, vol 167, Singapore (Springer), 2020.

redatta dalla Commissione europea), di voler ispirare l'AIA ad un realismo assiologicamente illuminato dal quadro dei diritti riconosciuti nella CDFUE⁵⁶.

Risulta pertanto opportuno che venga quanto meno aperta una discussione sulla disciplina dei sistemi di IA di *neuromarketing* nel contesto dell'AIA. La proposta di regolamento in commento costituisce il primo appuntamento della storia europea dedicato alla c.d. *governance* dell'intelligenza artificiale⁵⁷. Non considerare nel quadro delle sue regole la *realtà* del *neuromarketing*, fatta di sistemi e applicazioni *software* di intelligenza artificiale che impiegano a fini di *marketing* tecnologie della scienza medica e dati risultanti dall'impiego di tecnologie tradizionalmente pensate per la cura (e non per la persuasione) delle persone, come l'elettroencefalogramma (EEG), la risonanza magnetica funzionale (fMRI), l'osservazione dei movimenti degli occhi, le misurazioni biometriche delle risposte emotive non intenzionali delle persone, quali la sudorazione, la respirazione e il battito cardiaco, che misurano i tempi impiegati dal cervello per pensare, che misurano le variazioni elettriche sull'epidermide in risposta a mutamenti degli stati emotivi, sarebbe inspiegabile ed inquietante.

⁵⁶ Cfr. la Relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento, pp. 2, 4 e 12; Considerando n. 13), 28), 38) e 41); Consiglio dell'Unione Europea, *Conclusioni della presidenza – La Carta dei diritti fondamentali nel contesto dell'intelligenza artificiale e della trasformazione digitale*, 11481/20, 2020; L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2021, pp. 1-8; B.C. STAHL, R. RODRIGUES, N. SANTIAGO, K. MACNISH, *A European Agency for Artificial Intelligence. Protecting fundamental rights and ethical values*, in *Computer Law and Security Review*, 2022, vol. 45. Sul percorso che ha condotto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, v. per tutti G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, vol. 12, p. 701 ss.; e v. anche ID., *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, vol. 7, p. 673 ss.; ID., *I principi comuni dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, vol. 56, p. 115 ss.

⁵⁷ Cfr. R. MESSINETTI, *Governance dell'AI e design giuridico dell'infosfera. Una “terza via”?*, in *Riv. dir. priv.*, n.3/2022, p. 351 ss.; M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, cit., *passim*; N. SMUHA, E. AHMED-RENGERSB, A. HARKENS, W. LI, J. MACLAREN, R. PISELLI, K. YEUNG, *How the EU can achieve legally trustworthy AI: a response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, cit., *passim*; P.G.R. DE ALMEIDA, C. DENNER DOS SANTOS, J. SILVA FARIAS, *Artificial Intelligence Regulation: a framework for governance*, in *Ethics and Information Technology*, 2021, 23, p. 505 ss.; O. SHUMILO, T. KERIKMÄE, *The European approach to building AI policy and governance: a haven for bureaucrats or innovators?*, in *IDP*, No. 34, Dicembre 2021; T. MAHLER, *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal*, in *Nordic Yearbook of Law and Informatics*, 2021.

12. Il difetto di coordinamento con il *Digital Services Act*, con la proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica e con la recentissima proposta di *AI Liability Directive*

Il *Digital Services Act* (DSA), recentemente approvato in via definitiva, vieta ai fornitori di piattaforme *online* di presentare pubblicità ai destinatari dei servizi basate sulla profilazione⁵⁸ utilizzando le categorie speciali di dati sensibili di cui all'art. 9, par. 1 del GDPR⁵⁹.

Similmente, la proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica del 25 novembre 2021, prevede il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità

⁵⁸ Cfr. R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2019, p. 167 ss.; R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in questo numero di questa rivista (*Persona e mercato*, n. 3/2022), p. 346 ss.; A. MENDOLA, *Atto di consumo e libertà di scelta nel social media marketing*, in *Riv. dir. priv.*, n.3/2022, p. 423 ss.; C. GARDINER, *Unfair contract terms in the digital age. The Challenge of Protecting European Consumers in the Online Marketplace*, Elgar, 2022; A. DE FRANCESCHI e R. SCHULZE (a cura di), *Digital revolution – New challenges for law*, Oxford – Baden-Baden, Beck – Nomos, 2019.

⁵⁹ Art. 26, par. 3 del Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE: “I fornitori di piattaforme *online* non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, quale definita all'articolo 4, punto 4), del [GDPR], utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento [GDPR]”; e v. anche il Considerando 69 del medesimo DSA (“Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di *targeting* ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme *online* sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme *online* non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'articolo 4, punto 4), del [GDPR], utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme *online* o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolti nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali”).

politica che comportano il trattamento dei dati personali di cui all'art. 9, paragrafo 1 GDPR⁶⁰.

A fronte di questi divieti, sembra necessario, in termini di coordinamento tra le predette fonti, che l'art. 5 dell'AIA includa tra i sistemi di IA assoggettati ai divieti di cui al medesimo articolo i sistemi di IA di profilazione a fini di *marketing* che trattano dati personali sensibili ai sensi dell'art. 9, par. 1 GDPR.

D'altro canto, la recentissima proposta di direttiva “*sull'adattamento delle regole della responsabilità civile all'intelligenza artificiale*” del 28 settembre 2022, c.d. *AI Liability Directive*⁶¹, prevede agli articoli 3⁶² e 4⁶³ un obbligo di *disclosure* e due pre-

⁶⁰ Art. 12, par. 1 della Proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica COM(2021) 731 final del 25 novembre 2021: “Sono vietate le tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento dei dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 e all'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2018/1725”.

⁶¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (*AI Liability Directive*) del 28.9.2022, COM(2022) 496 final. Prima di questa proposta della Commissione, v. il Progetto di relazione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)) del 27 aprile 2020 discusso durante la riunione della Commissione giuridica del Parlamento europeo (JURI) del 12 maggio 2020; lo studio di Andrea Bertolini del luglio 2020, commissionato da JURI, dal titolo *Artificial Intelligence and Civil Liability* ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf)) e infine il testo finale della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)).

⁶² L'art. 3 della proposta di *AI Liability Directive* è rubricato “*Disclosure of evidence and rebuttable presumption of non-compliance*”. I paragrafi 1 e 5 dell'art. 3 così recitano: “1. Member States shall ensure that national courts are empowered, either upon the request of a potential claimant who has previously asked a provider, a person subject to the obligations of a provider pursuant to [Article 24 or Article 28(1) of the AI Act] or a user to disclose relevant evidence at its disposal about a specific high-risk AI system that is suspected of having caused damage, but was refused, or a claimant, to order the disclosure of such evidence from those persons [...]. 5. Where a defendant fails to comply with an order by a national court in a claim for damages to disclose or to preserve evidence at its disposal pursuant to paragraphs 1 or 2, a national court shall presume the defendant's non-compliance with a relevant duty of care, in particular in the circumstances referred to in Article 4(2) or (3), that the evidence requested was intended to prove for the purposes of the relevant claim for damages. [...]”.

⁶³ L'art. 4 della proposta di *AI Liability Directive*, rubricato “*Rebuttable presumption of a causal link in the case of fault*”, così prevede: “1. Subject to the requirements laid down in this Article, national courts shall presume, for the purposes of applying liability rules to a claim for damages, the causal link between the fault of the defendant and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an out-



put, where all of the following conditions are met: (a) the claimant has demonstrated or the court has presumed pursuant to Article 3(5), the fault of the defendant, or of a person for whose behaviour the defendant is responsible, consisting in the non-compliance with a duty of care laid down in Union or national law directly intended to protect against the damage that occurred; (b) it can be considered reasonably likely, based on the circumstances of the case, that the fault has influenced the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output; (c) the claimant has demonstrated that the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output gave rise to the damage. 2. In the case of a claim for damages against a provider of a high-risk AI system subject to the requirements laid down in chapters 2 and 3 of Title III of [the AI Act] or a person subject to the provider's obligations pursuant to [Article 24 or Article 28(1) of the AI Act], the condition of paragraph 1 letter (a) shall be met only where the complainant has demonstrated that the provider or, where relevant, the person subject to the provider's obligations, failed to comply with any of the following requirements laid down in those chapters, taking into account the steps undertaken in and the results of the risk management system pursuant to [Article 9 and Article 16 point (a) of the AI Act]: (a) the AI system is a system which makes use of techniques involving the training of models with data and which was not developed on the basis of training, validation and testing data sets that meet the quality criteria referred to in [Article 10(2) to (4) of the AI Act]; (b) the AI system was not designed and developed in a way that meets the transparency requirements laid down in [Article 13 of the AI Act]; (c) the AI system was not designed and developed in a way that allows for an effective oversight by natural persons during the period in which the AI system is in use pursuant to [Article 14 of the AI Act]; (d) the AI system was not designed and developed so as to achieve, in the light of its intended purpose, an appropriate level of accuracy, robustness and cybersecurity pursuant to [Article 15 and Article 16, point (a), of the AI Act]; or (e) the necessary corrective actions were not immediately taken to bring the AI system in conformity with the obligations laid down in [Title III, Chapter 2 of the AI Act] or to withdraw or recall the system, as appropriate, pursuant to [Article 16, point (g), and Article 21 of the AI Act]. 3. In the case of a claim for damages against a user of a high-risk AI system subject to the requirements laid down in chapters 2 and 3 of Title III of [the AI Act], the condition of paragraph 1 letter (a) shall be met where the claimant proves that the user: (a) did not comply with its obligations to use or monitor the AI system in accordance with the accompanying instructions of use or, where appropriate, suspend or interrupt its use pursuant to [Article 29 of the AI Act]; or (b) exposed the AI system to input data under its control which is not relevant in view of the system's intended purpose pursuant to [Article 29(3) of the Act]. 4. In the case of a claim for damages concerning a high-risk AI system, a national court shall not apply the presumption laid down in paragraph 1 where the defendant demonstrates that sufficient evidence and expertise is reasonably accessible for the claimant to prove the causal link mentioned in paragraph 1. 5. In the case of a claim for damages concerning an AI system that is not a high-risk AI system, the presumption laid down in paragraph 1 shall only apply where the national court considers it excessively difficult for the claimant to prove the causal link mentioned in paragraph 1. 6. In the case of a claim for damages against a defendant who used the AI system in the course of a personal, non-professional activity, the presumption laid down in paragraph 1 shall apply only where the defendant materially interfered with the conditions of the operation of the AI system or if the defendant was

sunzioni relative a favore del danneggiato (di cui la prima eventuale e collegata alla mancata ottemperanza dell'ordine giudiziale di *disclosure* previsto dall'art. 3) che si applicano soltanto ai sistemi di IA ad alto rischio ai sensi dell'AIA.

Si conferma in questo modo, anche attraverso l'analisi degli articoli di questa nuova proposta di direttiva, quella inquietante invisibilità assicurata dalla proposta di AIA ai sistemi di IA assoggettati ai divieti del suo art. 5, che abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti.

Non includere nell'ambito della disciplina della *disclosure* e delle presunzioni di colpa previste dagli artt. 3 e 4 della proposta di *AI Liability Directive* i sistemi di IA sottoposti al divieto di cui all'art. 5 della proposta di AIA costituirebbe un grave, ingiustificato (e anche vistoso) errore in termini di difetto di coordinamento tra le due fonti.

13. Due parole di congedo

L'ingegnerizzazione della comunicazione e dei rapporti tra i privati in prodotti *software* di intelligenza artificiale fa venire alla mente le parole con le quali negli anni '70 del secolo scorso Norberto Bobbio prevedeva la dimensione privatistica dei conflitti di libertà nella società globale tecnocratica⁶⁴.

La mancata espressa considerazione della *realtà* dei sistemi di intelligenza artificiale di *neuromarketing* da parte dell'attuale proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale (AIA), fa invece ricordare le parole che, nello stesso decennio del secolo scorso, Elias Canetti sceglieva per aprire il suo celebre saggio intitolato al potere e alla sopravvivenza: «*Schivare il concreto è uno dei fenomeni più inquietanti della storia dello spirito umano*»⁶⁵.

required and able to determine the conditions of operation of the AI system and failed to do so. 7. The defendant shall have the right to rebut the presumption laid down in paragraph 1”.

⁶⁴ N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Milano-Roma, 1978, p. 1003: “... il problema della libertà si pone oggi a un livello più profondo, che è quello della società civile. Non importa che l'individuo sia libero 'dallo Stato' se poi non è libero 'nella società'. Non importa che lo stato sia liberale se poi la società è dispotica. Non importa che l'individuo sia libero politicamente se non è libero socialmente ... Come ognuno può facilmente capire, alludo in questo contesto ai problemi di libertà che nascono nella società tecnocratica ... Brevemente, il problema della libertà, nelle società industrialmente avanzate, il vero problema della libertà dei moderni, non è più quello della libertà dallo Stato o nella società politica, bensì quello della libertà nella società globale”.

⁶⁵ E. CANETTI, *Potere e sopravvivenza*, Saggi, Adelphi, Milano, 3^a ed. 1981, p. 11.

Il difetto di coordinamento sopra rilevato tra la proposta di AIA, il *Digital Services Act* (DSA), la proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica, e la proposta di *AI Liability Directive*, consistente nel non includere nel raggio dei divieti di cui all'art. 5 della proposta di AIA i sistemi di IA che profilano le persone trattando i dati sensibili di cui all' art. 9 GDPR per fini di pubblicità commerciale e politica (trattamenti vietati dall'art. 26, par. 3 del DSA e dall'art. 12, par. 1 della proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica) e nel non includere nell'ambito della disciplina della *disclosure* e delle presunzioni di colpa previste dagli artt. 3 e 4 della proposta di *AI Liability Directive* i sistemi di IA sottoposti al divieto di cui all'art. 5 della proposta di AIA, rimanda l'immagine e comunica la preoccupante prospettiva di un articolato normativo disarmonico e incoerente, a dispetto di principi ben chiari e ben consolidati che consentirebbero senz'altro soluzioni di coordinamento efficienti.

Auspichiamo che il legislatore europeo possa per tempo provvedere ad un adeguato coordinamento tra queste fonti nel porre mano ai testi definitivi dell'art. 5 dell'AIA e degli artt. 3 e 4 della *AI Liability Directive*.

