

## PASQUALE STANZIONE

### GDPR E TUTELA DELLA VITA DEMOCRATICA

LUISS, 16 dicembre 2021

1. Nel primo Novecento il “dominio della tecnica” fu considerato tratto distintivo del post-moderno, sì che Martin Heidegger poteva esclamare *”Siamo troppo in ritardo per gli dei, troppo in anticipo per comprendere l'Essere”*.

Anche se Parmenide di Elea aveva affermato due millenni addietro che l'essere è ciò che è.

Ma la primazia della tecnica caratterizza ancor più marcatamente il nostro tempo, in cui l'uomo rischia di esserne non più *dominus*, ma ad essa subalterno. E ciò avviene per un tratto che caratterizza, senza precedenti, le nuove tecnologie: la potenza trasformatrice, l'attitudine a elaborare nuovi significati del mondo, cambiando il nostro stesso modo di conoscere, incidendo sullo sguardo prima che sull'orizzonte.

La gerarchia delle notizie decisa dagli algoritmi; la potenza selettiva dell'indicizzazione che mostra soltanto alcuni contenuti e non altri; l'intelligenza artificiale che assume decisioni sempre più determinanti, ma anche più autonome, sono un esempio paradigmatico di come le nuove tecnologie condizionino lo stesso processo formativo delle nostre convinzioni, plasmando l'opinione pubblica e insidiando l'autodeterminazione individuale.

In questo vorticoso sovvertimento di relazioni, di coordinate, di gerarchie valoriali, compito principale del diritto è restituire all'uomo quella centralità che, sola, è garanzia di un rapporto armonico con la tecnologia e, ad un tempo, di consolidamento dell'indirizzo personalista su cui si fondano la nostra Costituzione e l'ordinamento dell'Unione europea.

Se, infatti, il diritto è morfologia del sociale ma anche sistema assiologico in cui l'innovazione incontra il suo orizzonte di senso e i suoi limiti necessari, esso costituisce la cornice imprescindibile in cui inscrivere l'evoluzione di una tecnica che appare sempre meno neutra.

Come indicano le innumerevoli applicazioni dell'intelligenza artificiale, infatti, la tecnica oggi perde sempre più il suo carattere strumentale per assurgere a fine in sé; non si limita a proporre soluzioni, ma pone problemi

nuovi e scardina coordinate assiologiche, ridisegnando la geografia del potere e il suo sistema di *checks and balances*.

Ne risultano profondamente incise le strutture democratiche - che si trovano a fronteggiare poteri privati emergenti in forme nuove - e la stessa tassonomia delle libertà e dei diritti individuali, con il loro apparato di garanzie e la loro vocazione egualitaria.

Ecco perché il discorso sulla tecnica, oggi, è essenzialmente un discorso sul potere e sulla libertà e, pertanto, un discorso sulla democrazia, al cui sviluppo il diritto è chiamato a dare un contributo importante se si vuole agire, e non subire, l'innovazione.

Il diritto è, dunque, tra le scienze sociali quella che ha l'onere più gravoso ma, in fondo, anche più importante: vedere orizzonti e confini, di estrarre dalle altre discipline (etica, sociologia, antropologia, filosofia) le ragioni e il senso del limite da opporre a una corsa altrimenti insensata verso "magnifiche sorti e progressive".

Il rapporto tra nuove tecnologie e diritto si declina in alcune questioni particolarmente rilevanti: l'allocazione e la dinamica del potere; la costruzione dell'identità e il problema della libertà dall'algocrazia; le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale e della stessa privacy.

2. Il primo aspetto, l'allocazione del potere, è intimamente legato alle dinamiche che governano la rete e che hanno determinato, in pochi anni, l'affermazione incontrastata delle piattaforme, come protagonisti assoluti di quella che avrebbe dovuto essere l'era della disintermediazione.

Le piattaforme rappresentano, in altri termini, autorità di fatto che tuttavia, proprio in questa fase, la più recente legislazione europea sta tentando di disciplinare come autorità, almeno in parte, "di diritto", ascrivendo loro responsabilità corrispondenti almeno parzialmente ai poteri e funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali incisi, in varia misura, dalla loro azione.

Nel contesto attuale, in cui l'acquisizione di beni, la fruizione di servizi, l'accesso alla conoscenza e all'informazione, i rapporti sociali sono necessariamente intermediati da piattaforme le più varie, il loro ruolo diviene centrale per l'esercizio, da parte dei cittadini, di diritti fondamentali, di cui i titani della rete rischiano di divenire arbitri dal potere insindacabile, autolegittimantesi e *superiorem non recognoscentes*.

Gli esempi potrebbero essere tanti e diversificati, ma mi limito ad alcune considerazioni.

Anzitutto, la sospensione degli *account Facebook e Twitter* di Donald Trump ha rappresentato plasticamente, all'opinione pubblica mondiale, come le scelte di un soggetto privato, il gestore di uno o di altro *social network* possano decidere le sorti del dibattito pubblico, limitando a propria discrezione il perimetro concesso alle esternazioni persino dell'allora Presidente degli Stati Uniti.

E' noto, infatti, che solamente nei casi marginali di *clear and present danger* la Corte Suprema statunitense ha ammesso delle limitazioni al Primo Emendamento, procedendo in tal senso, di recente, solo relativamente alla propaganda apologetica del terrorismo internazionale. La libertà di manifestazione del pensiero è infatti così radicata nella cultura e nel pensiero giuridico americano da relegare ad eccezioni rarissime le ipotesi di sindacato su contenuti illeciti

Ma il ruolo centrale delle piattaforme è emerso, in maniera forse anche più eclatante perché estesa a ogni ambito della vita, a causa delle restrizioni "fisiche" imposte dalla pandemia, che hanno dimostrato, nel bene e nel male, la nostra dipendenza dalla rete. Se il doveroso distanziamento fisico non è divenuto anche sociale lo si deve, in fondo, alla capacità delle nuove tecnologie di ricreare nello spazio virtuale legami, relazioni e luoghi di discussione. La rete è divenuta spazio di celebrazione del processo – persino quello penale, necessariamente basato sull'oralità e sul contraddittorio -, luogo di formazione scolastica e universitaria, ambito di svolgimento ormai ordinario dei confronti istituzionali e politici.

A una piattaforma, collegata ad app volontariamente scaricate dai cittadini, si è affidato il sistema di tracciamento digitale dei contatti ai fini dell'individuazione della catena epidemiologica, partendo dall'assunto che per ricostruire le relazioni tra persone (e quindi i potenziali contagi) un valido indice sia proprio quello delle relazioni (di prossimità) tra i loro telefoni.

A piattaforme le più varie (e spesso soggette a giurisdizioni estere) si è, dunque, consegnato, con i nostri dati anche tra i più sensibili, la quasi totalità delle nostre vite, con garanzie tuttavia spesso esigibili soltanto sul terreno della protezione dei dati, grazie all'applicabilità extraterritoriale del Gdpr in virtù del criterio della localizzazione del destinatario del servizio.

Per altro verso, le elezioni presidenziali americane, con i sistemi di *fact checking* adottati anche da *blog e social network* hanno dimostrato la centralità delle piattaforme nella formazione dell'opinione politica di cittadini sempre più adusi a informarsi sui canali telematici, tanto più

accessibili quanto più insidiosi. Ma anche questo tipo di strategie non risolve, molto probabilmente, il nodo di fondo del “*nudging*” venuto alla luce con *Cambridge Analytica*, ovvero dell’influenza del *microtargeting*; delle notizie e finanche della propaganda elettorale selettivamente proposte all’utente, in base al suo profilo di elettore stilato dall’algoritmo con il pedinamento digitale della sua attività in rete.

E’ il fenomeno che Cass Sunstein ha definito del “*Daily me*”, ovvero della presentazione del reale modellata, da parte dell’algoritmo, secondo la categoria (di consumatore, di utente, di elettore) cui esso ritenga di ascrivere il soggetto, con effetti inevitabilmente distorsivi sul pluralismo informativo e sulla stessa autodeterminazione individuale.

Il contrasto di tali fenomeni distorsivi passa, in primo luogo, dalla prevenzione dell’illecito sfruttamento dei dati degli utenti che ne è alla base e che spiega perché la disciplina europea sanzioni espressamente l’uso illecito di dati personali per condizionare i risultati elettorali.

La responsabilizzazione delle piattaforme sul terreno della privacy è una strategia importante, se riesce a contrastare uno dei principali strumenti di distorsione del processo formativo della volontà individuale (in ambito commerciale, informativo, politico), ovvero il *microtargeting*. Ma soprattutto, gli obblighi imposti ai gestori dalla disciplina privacy mirano a contrastare l’indebito sfruttamento della principale risorsa su cui si basa il potere nel digitale, ovvero i dati, ceduti spesso nell’inconsapevolezza del loro valore.

La gratuità apparente con cui si presentano i servizi digitali è, infatti, una delle ragioni del successo del modello economico su cui si fonda il capitalismo digitale, appunto definito “estrattivo” e il “predominio contrattuale” alla base delle autorità di fatto.

In questa opera di “giuridificazione” della rete (intesa come emancipazione da uno stato di anomia che non è libertà ma soggezione alla *lex mercatoria*), è significativo il richiamo in sede europea alla protezione dei dati come baricentro intorno a cui ruota un complesso sistema di tutele, che è divenuto “un modello per gran parte del mondo”.

**3.** Il digitale ha scardinato non soltanto il sistema di allocazione tradizionale del potere, ma anche il processo di costruzione dell’identità e, quindi, il suo rapporto con la libertà.

Se il lemma ‘identità’ è un *singularia tantum* è perché esso non è mai stato concepito che al singolare, rappresentato da coordinate tendenzialmente

immutabili tra cui il nome, la cui privazione, non a caso, ha sempre costituito la violazione più profonda della dignità.

Le nuove tecnologie hanno, invece, reso il termine “identità” necessariamente plurale, affiancando all’identità fisica anche un caleidoscopio di identità digitali che concorrono, fin quasi a prevalere, sulla prima. Emergono, così, con il potere performativo della tecnica e del pedinamento digitale, l’identità “narrativa” delineata dai motori di ricerca; quella “transattiva”, che descrive il profilo di consumatore espresso dalle nostre opzioni commerciali; persino quella “predittiva”, che anticipa comportamenti e finanche responsabilità, sulla base del nostro profilo stilato dall’algoritmo secondo le nostre scelte passate.

Con il digitale, l’identità diviene un mosaico di micro-identità frammentate in rete ma, soprattutto, si emancipa dalla dimensione statica e tendenzialmente immutabile che le è stata tradizionalmente ascritta, per divenire quel processo evolutivo e incrementale in cui oggi si snoda la costruzione della persona.

Su questo terreno, la protezione dei dati ha svolto un ruolo centrale di “ricomposizione dell’Io diviso” (per dirla con Ronald Laing), polverizzato nei mille frammenti dispersi in rete, garantendo non già il diritto all’autonarrazione, ma a una rappresentazione integrale e, per questo, il più possibile esatta, non distorta né parziale, della persona.

4. Ma il potere performativo della tecnica incide sull’identità, oggi, anche per effetto dell’intelligenza artificiale e, quindi, delle decisioni algoritmiche da questa alimentate. Ad esse - proprio perché percepite, erroneamente, come neutre e quindi meno discrezionali di quelle umane - vengono delegate sempre più spesso scelte determinanti e tutt’altro che neutre, per la vita privata e pubblica: dalla diagnosi medica alla polizia “predittiva”, dal *credit scoring* alla valutazione, addirittura, dell’idoneità adottiva delle coppie.

Il rischio di un utilizzo discriminatorio delle decisioni algoritmiche, tanto più se funzionali all’esercizio del potere coercitivo è, del resto, oggetto di particolare attenzione nell’ambito della direttiva 2016/680 e del dlgs 51/2018 che l’ha trasposta.

Se, infatti, la prima ha sancito un espresso divieto di decisioni automatizzate fondate su dati particolari, che inducano discriminazioni; il secondo l’ha presidiato con la tutela penale, nella consapevolezza del rischio

di una combinazione tra il potere investigativo e quello, sempre più forte, della tecnologia, soprattutto per i soggetti più vulnerabili o per le minoranze.

Un argine essenziale a queste implicazioni distopiche dell'i.a. è proprio il principio di trasparenza algoritmica. Esso consente, infatti, di rilevare e di correggere potenziali errori nel processo automatizzato, a tutela del singolo e della stessa correttezza procedurale della decisione, sia in via preventiva (con obblighi informativi sulla logica da seguire) sia in via successiva, con il diritto alla spiegazione della decisione assunta.

L'esigenza, diffusamente avvertita e non solamente in Europa, di un'effettiva trasparenza e contestabilità delle decisioni algoritmiche dimostra come il progressivo affermarsi di potere sempre più forte, quale appunto quello dell'i.a., esige – nella logica democratica dei *checks and balances* – obblighi, altrettanto significativi, di diligenza e di correttezza verso il soggetto passivo di quel potere.

In questo paniere di diritti, da attingere da quel nucleo fondativo di cui all'art. 2 Cost., dalle radici antiche ma dagli orizzonti sempre nuovi, la privacy svolge certamente un ruolo primario.

Essa, infatti, garantisce un governo antropocentrico dell'innovazione, salvaguardando l'identità e la dignità individuale rispetto al potere performativo della tecnica. In questo senso la privacy rappresenta davvero un *habeas data*: corrispettivo, nella società digitale, di ciò che l'*habeas corpus* ha rappresentato sin dalla *Magna Charta*; quale presupposto principale di immunità dal potere, promani esso dallo Stato, dal mercato o dalla tecnica.

5. La disciplina di protezione dei dati nasce infatti e si sviluppa intorno all'esigenza di coniugare dignità della persona e libertà d'iniziativa economica; garanzie individuali e innovazione tecnologica; libertà della persona ed esigenze di giustizia, di sicurezza, di trasparenza, d'informazione.

L'accesso alla rete è divenuto presupposto necessario di effettività dei diritti fondamentali e dunque esso stesso diritto fondamentale. La sua costituzionalizzazione è presente nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Si tratta di superare il *digital divide* che rappresenta, oggi, una delle diseguaglianze più inaccettabili e che riproduce e amplifica le vulnerabilità più tradizionali.

E se il divario digitale costituisce uno dei limiti più rilevanti, sotto il profilo egualitario e inclusivo del processo di digitalizzazione della vita

privata e pubblica, esso tuttavia è caratterizzato nell'ora presente da alcune distorsioni che alterano profondamente la natura della rete, rischiando di tradirne la promessa originaria di democraticità e di pluralismo, in primo luogo informativo.

Il combinato disposto del *microtargeting* informativo - come metodo di selezione delle notizie da proporre all'utente - e della diffusione in rete di contenuti falsi oltre che illeciti, spacciati per verità alternative, rischia infatti di rendere quella che è nata come la più grande e aperta *agorà* della storia una somma di *enclaves*, zone ad accesso limitato (Zygmunt Bauman).

Per eterogenesi dei fini, una società, quella digitale, che ha visto cadere i confini di Stati e di sistemi ordinamentali grazie alla connessione globale e all'accesso a ogni sorgente informativa ovunque presente, rischia però di indurre una sorta di riflesso autistico nelle relazioni intersoggettive, tale da evitare il confronto con l'altro-da-sé, di annullare il *Mit-dasein* di Martin Heidegger.

Questa sorta di autismo informativo, che frantuma l'informazione in miriadi di "cascate informative" autoreferenziali e personalizzate su base algoritmica, determina essenzialmente due implicazioni di rilievo.

La prima, sul piano socio-politico, attiene alla polarizzazione estremistica, fin quasi una balcanizzazione, delle posizioni espresse e formate in rete, con il rifiuto della complessità del pensiero, in favore di uno spontaneismo troppo spesso aggressivo e ostile alle differenze. Di qui anche populismi, *hate speech* e una generale mutazione della politica da centripeta in centrifuga, con la tendenza diffusa alla costruzione di identità in chiave oppositiva e polemica.

La seconda implicazione concerne il modo in cui si forma l'opinione pubblica, in particolare politica. Per effetto della "bolla di filtri" e del *microtargeting*, la stessa ricerca di informazioni, di notizie e di tutto ciò che forma l'opinione politica di ciascuno, rischia di essere tutt'altro che neutra rispetto alle proprie precomprensioni.

L'informazione rischia così di degenerare in "auto-comunicazione di massa" e il *nudging* politico, reso possibile dalla propaganda ritagliata sul profilo di elettore attribuito all'utente dall'algoritmo, come nel caso *Cambridge Analytica*, rischia di destrutturare dall'interno le dinamiche democratiche.

L'invio di contenuti specificamente ritagliati sulla base del "pedinamento digitale" dell'utente può, infatti, avere una valenza manipolativa del consenso elettorale non paragonabile ad alcun monopolio

dell'informazione perché, appunto, capace di adattarsi così perfettamente al pensiero del “bersaglio” da anticiparne il giudizio e limitarne fortemente l'autodeterminazione. Sì che ora, con proiezione nel futuro, incominciamo a discorrere di “neurodiritti”.

Peraltro, l'abitudine alle sedicenti “postverità” riduce la notizia a narrazione, sostituendo, nella parresia della rete, i criteri di attendibilità ed esattezza con quelli di mera credibilità e di efficacia narrativa.

La rivoluzione dell'informazione non è neutra dal punto di vista dell'allocazione del potere. Se si erode quella rappresentativa, la democrazia “immediata” ha, infatti, sostituito ai tradizionali corpi intermedi poteri privati capaci di definire, con le condizioni generali di contratto, il perimetro di libertà e di diritti fondamentali, subordinando il tutto alla logica della *lex mercatoria*.

6. La rete, infatti, con la sua strutturale disintermediazione ha certamente, da un lato, moltiplicato esponenzialmente le possibilità di libera espressione e di accesso all'informazione, rappresentando per questo un potente strumento di progresso democratico. Dall'altro, tuttavia, ha anche favorito una polarizzazione sociale mai così forte in quella che è stata definita l'età della rabbia, in gran parte anche per effetto dell'“*engagement*”, della viralità della condivisione e del funzionamento degli algoritmi.

Essi tendono, infatti, a valorizzare nella stessa presentazione dei contenuti quelli più attrattivi di like e visualizzazioni, ovvero generalmente quelli più estremi, meno mediati dalla riflessione razionale e molto spesso più aggressivi e discriminatori.

Inutile notare che ad assurgere al ruolo di capro espiatorio sono generalmente minoranze, soggetti particolarmente vulnerabili o comunque percepiti, per le ragioni più varie, come altro-da-noi (per origine etnica, genere, credo religioso o politico, ecc.). E, come sempre in contesti caratterizzati dall'indebolimento dei legami sociali, la contrapposizione all'altro rafforza, nella sua percezione, l'identità di chi esclude; funziona da dispositivo identitario tanto quanto è discriminatorio.

Quello dei discorsi d'odio è dunque, evidentemente, un fenomeno complesso, le cui radici profonde e molteplici implicano soluzioni non certamente unilaterali e tantomeno riduzioniste, ma fondate su di una strategia di protezione integrata e multidisciplinare

7. La permanenza della condizione pandemica ci ha insegnato a convivere con le limitazioni dei diritti, tracciando tuttavia il confine che separa la deroga dall'anomia.

Ma quella della democrazia liberale contro le derive autoritarie è una vittoria da rinnovare giorno per giorno mai dandola per acquisita, come ha fatto l'Europa che ha dimostrato di saper coniugare, senza contrapporre, libertà e solidarietà, sfuggendo alla tentazione delle scorciatoie tecnocratiche della biosorveglianza.

E se la traslazione *on line* della vita e la funzionalizzazione, a fini sanitari, della tecnica è stata possibile senza cedere allo stato di eccezione, ciò non ha comunque potuto impedire una profonda trasformazione sociale, culturale e perfino antropologica di cui la pandemia è stata un catalizzatore, rivelando quanto sia profonda l'interrelazione tra la nostra vita e il digitale.

Il digitale ha dimostrato di poter essere al servizio dell'uomo, ma non senza un prezzo di cui bisogna avere consapevolezza: l'accentramento progressivo, in capo alle piattaforme, di un potere che non è più soltanto economico, ma anche - e sempre più - performativo, sociale, persino decisionale.

Un potere che si innerva nelle strutture economico-sociali, fino a permeare quel "caporalato digitale" rispetto ai lavoratori della *gig economy*, protagonisti (anche in Italia) del primo sciopero contro l'algoritmo: gli "invisibili digitali".

I "gatekeepers", appunto, stanno assumendo un ruolo sempre più determinante nelle dinamiche collettive, economiche, persino politiche, assurgendo a veri e propri poteri privati scevri, tuttavia, di un adeguato statuto di responsabilità.

La pandemia ha dimostrato l'indispensabilità dei servizi da loro forniti ma, al contempo, anche l'esigenza di una strategia difensiva rispetto al loro pervasivo 'pedinamento digitale', alla supremazia contrattuale, alla stessa egemonia "sovrastrutturale", dunque culturale e informativa, realizzata con pubblicità mirata e *microtargeting*.

La privacy appare paradossalmente sempre meno una mera questione "privata" e, sempre più, un tema di rilievo pubblico centrale, su cui si misura, anche in termini geopolitici, la tenuta dello Stato di diritto.

I principi di non esclusività, di comprensibilità e di non discriminazione introdotti dal Regolamento europeo rappresentano, dunque, un punto di

riferimento ineludibile per un governo sostenibile della principale innovazione del futuro: l'intelligenza artificiale.

Proprio i principi di trasparenza algoritmica e di responsabilizzazione - quali presupposti indispensabili a prevenire le implicazioni pregiudizievoli dell'intelligenza artificiale per i singoli e la collettività - sono i cardini attorno ai quali si sviluppa l'AIA, la cui presentazione sottende una scelta importante, in termini non solo regolatori, ma anche e soprattutto politici e assiologici.

Esso, soprattutto se iscritto all'interno della politica del digitale europea, complessivamente intesa, esprime l'esigenza di rimodulare il perimetro del tecnicamente possibile sulla base di ciò che si ritiene giuridicamente ed eticamente accettabile, temperando l'algocrazia con l'algoretica.