

BREVI NOTE DI SINTESI SULLA DISTINZIONE TRA MISURE INDIVIDUALI E DECISIONI POLITICHE NELLA REGOLAZIONE DEGLI ALGORITMI E NELLA DEFINIZIONE DEI POTERI DELLE AUTORITÀ GARANTI*

ANDREA CARDONE**

Abstract

When we talk about algorithmic decisions and their regulation, we are implicitly used to thinking about individual decisions, forgetting that the use of algorithms is also having significant effects on the way in which general and abstract decisions are taken. For this reason, the contribution will focus on those aspects in which the use of algorithms is already conditioning the legislative process.

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione delle considerazioni di sintesi tenute al *webinar* “Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche” svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Firenze, nell’ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell’Università degli Studi di Firenze.
Contatto: andrea.cardone@unifi.it

1. Le conclusioni della sessione mattutina del Convegno sono un compito che ho condiviso con il collega e amico Giovanni Tarli Barbieri, con cui avevo concordato che avrei preso per primo la parola per alcune considerazioni di carattere generale sui lavori, cui lui avrebbe poi fatto seguire alcune riflessioni maggiormente rivolte al merito delle singole relazioni, sulle quali desidero comunque esprimere fin da subito un sincero apprezzamento, essendomi apparse tutte interessanti, ben documentate e non prive di spunti di originalità.

In queste poche pagine proverò a dar sinteticamente conto di tre considerazioni, come dicevo, di carattere generale e che mi sono state suggerite dalla lettura e dall'ascolto dei relatori. Può essere di qualche utilità dichiarare espressamente che lo scopo di dette considerazioni è duplice: da un lato, provare ad allargare il campo della riflessione ad alcuni aspetti che sono rimasti in ombra durante i lavori del Convegno; dall'altro, offrire un tentativo di contestualizzazione di quei profili che, invece, sono emersi e sono stati ben trattati nelle relazioni.

2. La prima considerazione, estremamente sintetica, ha la forma di un plauso rivolto agli organizzatori dell'iniziativa. Merita, in particolare, sottolineare come, a parere di chi scrive, sia risultata felice l'idea di strutturare la mattina nelle tre Sezioni relative alla protezione dei dati (personali e non), alla garanzia delle comunicazioni e alla concorrenzialità dei mercati. Queste tre sezioni, infatti, corrispondono alle tre grandi aree tematiche che sono interessate in termini più generali dalla regolazione della rete e, più in particolare, dal governo degli algoritmi.

Una prima area tematica è quella dei poteri, in relazione alla quale è risultato chiaramente come vengano in considerazione i limiti che incontrano le funzioni normative, ma anche quelle sanzionatorie, delle Autorità garanti, che denunciano un evidente problema di "cattura del regolatore".

Una seconda, poi, è quella del mercato, che rappresenta il vero contesto in cui i diritti e i poteri di cui si è discusso nelle relazioni sono chiamati a vivere e che, quindi, in una certa misura, costituisce un tema trasversale; tema la cui rilevanza si apprezza se si tiene presente che esso dimostra come gli effetti lesivi e/o distorsivi del ricorso sempre più massiccio agli algoritmi nella gestione in rete delle informazioni e dei dati, anche personali, si producono non solo sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche su quello generale dell'interesse della collettività a che certe attività di rilievo economico vengano svolte in maniera concorrenziale. Su tale profilo si tornerà più avanti, quando si proveranno a trarre alcune possibili conclusioni di questi ragionamenti in punto di regolazione.

Una terza fondamentale area tematica, che nei lavori del Convegno è stata affrontata per prima per la sua centralità, è, infine, quella dei diritti, di cui

quello alla protezione dei dati personali è certamente uno dei più importanti, ma non l'unico. Basti pensare alle varie declinazioni della libertà di manifestazione del pensiero come il diritto a informare e il diritto a essere informati, emerse quando si è parlato di disinformazione *online* (Caterina), o alla libertà di comunicazione. Ma forse l'aspetto più significativo è quello della libertà del voto. Su di esso conviene brevemente indugiare perché, come si cercherà di evidenziare di qui a poco, offre significativi spunti di riflessione generale sul tema della regolazione.

Tre grandi vicende, in particolare, hanno contribuito in maniera determinante ad aprire gli occhi al mondo intero sui rischi che la democrazia rappresentativa corre per effetto della pervasività degli algoritmi e della loro capacità di profilazione e *data mining*. La prima è quella del c.d. *Russiagate*, nell'ambito della quale ben 126 milioni di elettori americani sono stati oggetto di una martellante campagna di disinformazione online attraverso messaggi di *Facebook* provenienti da operatori basati in Russia. La seconda è quella della propaganda politica operata da Donald Trump nella campagna presidenziale del 2020, realizzata attraverso *tweet* che hanno raggiunto in pieno periodo elettorale circa 12 milioni di americani e che, un anno dopo, hanno "bersagliato" circa 42 milioni di cittadini statunitensi, alimentando una campagna mediatica tesa alla delegittimazione del risultato che aveva visto l'affermazione del Presidente Biden. La terza è quella della società *Cambridge Analytica*, che, come noto, ha svolto attività analitica nel campo dei *big data*, dei *codes* e della profilazione ai fini della captazione del consenso degli elettori nella campagna elettorale del senatore Ted Cruz nelle primarie repubblicane, in quella dello stesso Donald Trump e, infine, in quella referendaria per la *Brexit*.

L'analisi di queste vicende dimostra che nei *Social Networks* la spendita di argomenti targettizzati e volti a creare *filter bubbles*, la disinformazione e la propaganda *online* consentono di agire sul singolo utente e di perseguire lo specifico obiettivo di condizionarne le determinazioni politiche e elettorali. Anche su quest'aspetto si tornerà a breve.

3. La seconda considerazione che si intende proporre è che queste stesse tre grandi aree tematiche (poteri, mercato e diritti) rappresentano non solo i profili centrali della regolazione, ma anche le coordinate essenziali che definiscono la dimensione più rilevante dei problemi che la pervasività degli algoritmi pone agli ordinamenti pluralistici contemporanei, ovvero la perimetrazione e il contenimento degli effetti che essi determinano sulla forma di stato democratica.

Quando si discorre di decisioni algoritmiche e di loro regolazione, si è abituati implicitamente a pensare alle decisioni individuali e proprio la tradizione del costituzionalismo come limite al potere induce spontaneamente a ragionare sul piano della tutela delle posizioni giuridiche soggettive che si assumono lese

dalle decisioni sfavorevoli prese sulla base degli algoritmi. In questa prospettiva, come noto, diventano determinanti le questioni relative, per un primo verso, alla conoscibilità, non discriminatorietà degli algoritmi e controllabilità delle motivazioni, per un secondo verso, alle modalità di raccolta e selezione dei dati che gli attuali sistemi di *Artificial Narrow Intelligence* utilizzano per esprimere le proprie capacità computazionali, per altro verso ancora, infine, alle conseguenti forme di responsabilità.

Ma il ricorso agli algoritmi sta determinando significativi effetti anche sul modo in cui si prendono le decisioni generali e astratte. Il discorso richiederebbe certo un approfondimento che non è possibile in questa sede¹, ma si può accennare che esistono per lo meno tre diversi livelli in cui il ricorso agli algoritmi condiziona già oggi la produzione del diritto politico per eccellenza, ovvero quello che si compendia nella legge parlamentare: a) il procedimento legislativo; b) le strategie dei gruppi e dei partiti in Parlamento; c) la formazione dell'opinione pubblica e, come si è già detto, il condizionamento stesso del momento elettorale, che della produzione del diritto politico rappresenta il primo presupposto in termini di legittimazione democratica.

Quanto al primo livello, basterà in questa sede sinteticamente ricordare che il diritto comparato offre diversi esempi di burocrazie parlamentari specificamente destinate a mettere a servizio dei lavori legislativi le risorse dell'intelligenza artificiale per la ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare (come l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* francese, il *Büro für Technikfolgen-Abschätzung* tedesco, il *Parliamentary Office of Science and Technology* istituito presso il Parlamento inglese, l'*Office of Technological Assessment* statunitense e il *Panel for the Future of Science and Technology* operante presso il Parlamento europeo). A ciò si aggiunga che si moltiplicano, sia in Europa che nel resto del mondo, le esperienze di *crowdsourcing legislation*, ovvero quelle consultazioni aperte, realizzate attraverso sistemi di *Information and Communication Technologies*, attraverso cui i cittadini possono esprimere su piattaforme digitali la propria opinione su ipotesi di interventi legislativi, sia in fase di iniziativa (si pensi alla c.d. *Kansalaisaloite* finlandese, oppure al noto caso della revisione costituzionale islandese del 2009), che di vera e propria istruttoria parlamentare (come nel caso del sistema *Wikilegis* in uso presso la *Câmara dos Deputados* brasiliana e del *Congreso Virtual* cileno, introdotto nel 2018). Del resto, anche nel nostro ordinamento, nell'ambito dell'esame della riforma costituzionale c.d. "Renzi-Boschi" (A.S. n. 1429, XVII legislatura), segnatamente nel settembre del 2015, si è assistito, su iniziativa dei senatori della "Lega Nord" Calderoli e Crosio,

¹ Per il quale sia consentito un rinvio al mio "Decisione algoritmica" vs decisione politica. A.I., *Legge, Democrazia*, Napoli 2021, 25 ss.

alla presentazione di circa 82 milioni di emendamenti prodotti da un algoritmo, basato sulla recente tecnologia del *Natural Language Generation*, in grado di elaborare all'infinito proposte di modifica testuale delle disposizioni in esame.

Quanto al secondo livello, invece, si può sinteticamente evidenziare che sempre più spesso i *leaders* politici e i gruppi parlamentari calibrano la propria azione nei lavori parlamentari attraverso sistemi di interpretazione del consenso che si basano su algoritmi, anche in maniera scollegata dagli indirizzi politici dei partiti di riferimento o senza che i medesimi abbiano manifestato alcun indirizzo sulla decisione politica da prendere, e che queste prassi pongono delicate questioni di disarticolazione della rappresentanza politica generale, *rectius*, di intermediazione algoritmica tra opinione pubblica e proiezione dei partiti in Parlamento.

Degli effetti che gli algoritmi sono in grado di produrre sulla formazione dell'opinione pubblica, anche in termini di condizionamento elettorale, si è già detto e, per ragioni di brevità, sul tema non si indugerà oltre. Ciò che, invece, preme mettere in luce in questa sede è che le due categorie di effetti dell'A.I. di cui si discute – ovvero quella delle conseguenze degli algoritmi sulle posizioni individuali e quella degli effetti dei medesimi sulle decisioni politiche – sono assai più strettamente collegate tra loro di quanto generalmente non venga evidenziato. Si pensi, indugiando negli esempi prima proposti, alla profilazione a fini elettorali, al *microtargeting*, alla diffusione dei *bot*, alle campagne d'odio in rete, ma anche alla stessa disinformazione *online*. Si tratta di fenomeni che certamente pongono problemi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive (prima fra tutte la *privacy*, ma non solo) coinvolte dalle operazioni di *data mining* e profilazione, ma che sollevano anche non meno delicate questioni di tenuta democratica e di inquinamento nei processi formativi dell'opinione pubblica.

È stato efficacemente detto al riguardo che stiamo uscendo dall'era del convincimento per entrare in quella della persuasione politica, anche occulta (Ciarlo). In questo contesto, i partiti politici tradizionali sono in crisi perché è mutata la stratificazione sociale da cui essi hanno tratto storicamente fondamento, ovvero perché non esiste più una società articolata in classi sociali omogenee, ma sono in crisi anche perché la persuasione che si realizza nei nuovi mezzi di comunicazione può fare a meno di aggregati associativi stabili e questo perché gli individui si muovono nella rete come le api di uno sciame, per usare l'efficace metafora del filosofo coreano Han: agiscono, cioè, atomisticamente salvo aggregarsi attorno a un bersaglio polemico per attaccarlo in modo virulento e irriflesso, prima di disperdersi nuovamente.

A parere di chi scrive, dunque, solo apparentemente, e in maniera manichea, i due aspetti degli effetti dell'A.I. sulle posizioni individuali e degli effetti sulle decisioni generali e astratte possono essere tenuti distinti.

4. Questa conclusione ha precisi effetti sul tema della regolazione, oggetto della terza e ultima considerazione preannunciata in apertura e che riguarda più da vicino il tema del Convegno, ovvero il ruolo svolto sul punto delle Autorità garanti con riferimento alle decisioni algoritmiche. A questo proposito, infatti, pare di poter osservare che proprio la considerazione degli effetti che le decisioni algoritmiche determinano sul piano della forma di stato democratica, unitamente ai già rilevati problemi di cattura del regolatore, portino a concludere che si possano considerare più performanti modelli di regolazione di tipo misto, ispirati al modello anglosassone della *co-regulation*, proprio per la loro capacità di coniugare, da un lato, la responsabilizzazione dei gestori delle piattaforme nei confronti della protezione dei diritti individuali, dall'altro, il controllo pubblicistico di carattere sanzionatorio, anche a presidio delle ricadute che le violazioni dei diritti individuali hanno in punto di democraticità dell'ordinamento.

In questa prospettiva, ad esempio, una ipotesi si cui pare interessante provare a ragionare è quella avanzata dalla dottrina in tema di contrasto alle *fake news* (Pitruzzella), ma che pare suscettibile di generalizzazione, di affidare la regolazione del *political speech* e dell'informazione in Rete in prima battuta alle stesse *Platforms*, su cui far gravare sia l'adozione di *policies* di accesso e controllo dei contenuti conformi ai principi costituzionali, sia la garanzia dell'effettività del loro rispetto a fronte delle richieste in tal senso formulate dagli utenti. In seconda battuta, poi, potrebbe operare un'Autorità amministrativa indipendente, in grado di vigilare *ex post* e di decidere su eventuali contestazioni avanzate dagli utenti avverso le decisioni o le omissioni dei gestori delle piattaforme. Al cuore di quest'ultimo modello, in definitiva, si porrebbe il consumatore-utente, al quale spetterebbe, con la quotidiana costanza dell'utilizzatore finale, il compito di assumere quelle vesti di *Watchdog of Democracy* che la rivoluzione digitale e un certo servilismo rispetto al potere politico hanno sottratto all'azione storicamente svolta dal giornalismo d'inchiesta.

Un modello di questo tipo presenta, a giudizio di chi scrive, il pregio di affermare a livello sistemico e di far maturare negli utenti finali, allo stesso tempo consumatori e elettori, il convincimento che la tutela delle posizioni soggettive e la garanzia del pluralismo democratico sono, in realtà, due facce della stessa medaglia, perché se entrambe non convergono nella vita concreta dell'ordinamento non vi può essere regime che possa essere qualificato come democratico.

Ancora, dalla considerazione unitaria degli effetti che gli algoritmi determinano sia sul piano delle posizioni giuridiche individuali, sia su quello delle distorsioni del mercato, che ancora su quello delle decisioni generali e astratte, deriva una ulteriore conseguenza in punto di "metodo" e di "forma" della regolazione. Si intende fare riferimento all'opportunità di introdurre una

apposita disciplina – ed eventualmente istituire una Autorità garante “dedicata” – che coniughi poteri (o anche solo istituti) anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo democratico e di tutela della *privacy*. Un chiaro esempio dell’efficacia di questi sistemi “misti” si ricava dalla nota decisione sul “caso *Facebook*” del *Bundeskartellamt* tedesco del 6 febbraio del 2019, che ha applicato in sede di giudizio anticoncentrazionistico alcuni istituti tipici della tutela della *privacy* per giungere ad imporre al colosso *social* importanti limitazioni nella raccolta dei dati personali proprio sulla base del rilievo che la gestione dei dati in violazione del regime di tutela della riservatezza, da un lato, costituisce una forma di concorrenza sleale nei confronti delle imprese che rispettano le norme sul trattamento dei dati personali, dall’altro, genera un mercato anticoncorrenziale in cui il bene allocato è, per l’appunto, la disponibilità a fini economici di detti dati.

Inoltre, la consapevolezza che, sia sul versante delle decisioni individuali che su quello delle decisioni politiche, a venire in considerazione sono essenzialmente questioni di tenuta democratica dell’ordinamento consente di individuare più chiaramente le misure di regolazione che, dal punto di vista sostanziale, sono in grado di contenere i problemi e arginare le derive cui si è accennato in queste pagine. Tra esse pare di poter dire che apparirebbero particolarmente efficaci regole sull’utilizzo parlamentare degli algoritmi nel procedimento legislativo, sulla comunicazione politica delle *Internet Platforms* e dei *Social Networks* in campagna elettorale (ma non solo), così come la definizione di politiche attive per ampliare l’accesso alla Rete da parte degli utenti attraverso *Terms and Conditions* uniformemente imposti ai gestori, oppure l’introduzione dell’obbligo di garantire il pluralismo informativo in certi luoghi virtuali e/o la creazione di appositi *deliberative domains*, oppure ancora il divieto di utilizzare tecniche come il *microtargeting* e i *bot*, ovvero l’approvazione di misure atte a garantire la concorrenzialità del “mercato unico” definito dal diritto della convergenza, o ancora la generalizzazione di un obbligo di offerta di servizi pubblicitari a parità di condizioni economiche per tutte le forze politiche.

In sintesi, ciò di cui si sente la mancanza è una disciplina che miri, allo stesso tempo, da un lato, alla protezione dei dati personali e delle altre libertà, soprattutto politiche e dell’informazione, che si esercitano nella rete e, dall’altro, alla salvaguardia del pluralismo democratico nei confronti delle invasive tecnologie algoritmiche.

5. Da ultimo, la visione unitaria dei problemi che le decisioni individuali e quelle politiche sollevano di fronte alle forme di intelligenza artificiale, rende anche ragione del perché il tema della regolazione richieda un approccio non ideologico. Ha meno senso di quanto non sia anacronistico, infatti, pensare che

gli evidenziati problemi della democrazia digitale possano essere risolti azzerando il grado autonomia degli attori della rete attraverso una regolazione pubblicistica.

In questo senso, ancora oggi può tornare utile la lezione più matura della teoria della poliarchia democratica di Robert A. Dahl, per intendersi quella dei *Dilemmas of Pluralist Democracy* del 1982, che sviluppa e porta a ulteriori conseguenze, nella nostra prospettiva particolarmente illuminanti, le intuizioni originarie di *A Preface to Democratic Theory* del 1956. Le relazioni di autonomia e controllo non possono essere ricostruite in termini di alternativa secca, ma si deve prendere atto che esse si strutturano secondo canoni di mutualità, reciprocità e cooperazione, per cui quel fenomeno di emersione e di consolidamento di organizzazioni indipendenti (siano esse istituzioni politiche, economiche o tecniche), che porta a concludere che la poliarchia è il carattere dominante delle democrazie pluraliste contemporanee, deve essere affrontato non in termini binari, ma in termini di gradualità.

Un sistema democratico va in equilibrio quando i controlli e gli scambi reciproci sono tali da non consentire a nessuna organizzazione di esercitare una volontà definitiva sulle altre. Questo vale anche per il potere pubblico, che non deve cedere alla tentazione di credere che il suo rapporto con i poteri tecnici ed economici privati possa essere strutturato in termini di controllo unilaterale e di relazioni di dominio rispetto alle altre forze presenti nella comunità. Questa prospettiva appare particolarmente feconda rispetto ai problemi di democratizzazione della rete, o meglio di democratizzazione della comunicazione politica in rete, e rispetto alle questioni di protezione sia della riservatezza, sia del grado di autonomia della formazione dell'opinione pubblica su *Social Networks*, *Platforms* e motori di ricerca.

È necessario, infatti, uscire dalla strettoia cui il pensiero filosofico-politico e giuridico si è infilato per effetto della contrapposizione tra Rousseau e Tocqueville, che portava il primo a negare che la presenza di società parziali potesse essere compatibile con la formazione della volontà generale e il secondo a rivendicare che la libertà di associazione, basata sul diritto di coalizione, fosse il motore fondamentale della democrazia. Il che significa, nel nostro contesto, smettere di pensare che il percorso di democratizzazione della rete sia unilaterale e proceda dal potere politico verso quello economico e tecnologico per ridurre progressivamente (ovvero sempre di più) sotto il controllo del primo il grado di autonomia dei secondi.

Bisogna, invece, accettare e valorizzare l'idea che, a loro volta, anche quei poteri sono internamente animati e governati da poliarchie, che, controllandosi e limitandosi a vicenda, si bilanciano e, quindi, "controbilanciano" anche il potere politico.

Detto altrimenti, è necessario abbandonare la pretesa normativistica di affrontare il tema della democratizzazione di Internet e della tutela delle libertà fondamentali al suo interno come se fosse un problema di “più o meno rete”, per abbracciare una diversa impostazione che consenta, attraverso gli istituti regolatori, di mantenere il sistema in equilibrio tra le sue fisiologiche istanze e pretese egemoniche.

Su questi problemi è necessario intervenire quanto prima e questo principalmente allo scopo di non far passare in secondo piano che la rete e le tecnologie algoritmiche che la abitano sono sì fonte di gravi rischi per le libertà individuali e per le democrazie contemporanee, ma sono anche un formidabile contesto perché queste ultime possano essere ripensate – in termini di potenziamento della partecipazione popolare e di ampliamento dei canali di emergenza della responsabilità politica – per superare la crisi strutturale in cui versano ormai da oltre un secolo.