



*INTERNET DELLE COSE E
DIRITTO DELLE PERSONE*

Verso un nuovo diritto antidiscriminatorio?

SERENA VANTIN

i-lex

i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale
Rivista semestrale on-line: www.i-lex.it
Luglio 2021
Fascicolo 1
ISSN 1825-1927

INTERNET DELLE COSE E DIRITTO DELLE PERSONE VERSO UN NUOVO DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO?

SERENA VANTIN

Abstract. Il contributo propone una riflessione sull'impatto che le trasformazioni tecnologiche, dettate da algoritmi, dispositivi sempre più interconnessi, cyborg, automi e grandissime moli di big data, hanno e avranno sul diritto. In particolare, se, da un lato, nell'era di internet il confine giuridico tra le persone e le cose risulta sempre più sfumato, dall'altro lato, pare opportuno valutare la resilienza dell'attuale sistema di diritto antidiscriminatorio di matrice europea alla prova della rivoluzione tecnologica.

Parole chiave: *Algoritmi, Diritti, Non-Discriminazione*

1. Internet, le persone e le cose

1.1 Algoritmi, dispositivi, cyborg, automi e big data. Verso il superamento della bipartizione gaiana

Scrive Luciano Floridi, tra i più noti filosofi dell'informazione dell'Oxford Internet Institute, che «non vi è [...] aspetto della vita umana che non sia toccato dalle ICT: formazione, lavoro, conflitti, relazioni e interazioni sociali, intrattenimento, *governance*, politica, arte, letteratura, mass media, diritto, salute, affari, industria, comunicazione, scienza e via dicendo. È difficile immaginare qualcosa che non sia stato trasformato o ridefinito dalla rivoluzione dell'informazione»¹.

¹Università di Modena e Reggio Emilia, serena.vantin@unimore.it, Assegnista di Ricerca.

In effetti, la «quarta rivoluzione»² di Alan Turing, comparabile per pervasività e profondità d'impatto sull'antropologia umana ai rivolgimenti epocali compiuti dalle scoperte di Copernico, Darwin e Freud, avrebbe modificato e aggiornato i «vecchi problemi filosofici» (relativi alle questioni che concernono, ad esempio, l'identità personale, la memoria, la natura della conoscenza, i fondamenti della scienza, i diritti fondamentali), generando al contempo dilemmi nuovi (qual è la natura dell'informazione? Cosa ne è del potere in una società dell'informazione? Come conciliare libertà umana e capacità predittive dei sistemi di intelligenza artificiale?, e così via)³.

In particolare, dopo che Turing ebbe formalizzato il concetto di algoritmo⁴, la via che conduceva allo sviluppo dei computer, della scienza informatica e dell'intelligenza artificiale appariva larga, promettente e sicura⁵. Da allora, dei dispositivi informatici ed elettronici si potrebbe già tracciare una lunga storia: dalle origini del *mobile computing* sino ai personal computer portatili, da laptop a notebook, tablet e palmari, dalle fotocamere digitali ai lettori mp3, passando per telefoni cellulari, smartphone, navigatori GPS, e svariati altri *mobile internet device*. Nell'arco di qualche torno d'anni, questi strumenti hanno conosciuto un progressivo, ed esponenziale, accrescimento delle capacità di calcolo e di interconnessione, generando un mercato in perenne espansione.

¹ L. Floridi, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina, Milano, 2020, p. 219. Per ulteriori approfondimenti su questo tema, si rimanda al fascicolo curato da Thomas Casadei dal titolo *Mondi della vita, rete, trasformazioni del diritto*, in "Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica", 1, 2017, con contributi di: Th. Casadei, E. Maestri, F.J. Ansuátegui Roig, S. Scagliarini, S. Pietropaoli, R. Brighi, S. Vantin.

² L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.

³ L. Floridi, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, cit., p. 219.

⁴ Per uno studio sugli sviluppi degli algoritmi adattivi nei servizi di social network, cfr. C. Canali, M. Colajanni, R. Lancellotti, *Adaptive Algorithms for Efficient Content Management in Social Network Services*, Relazione ad atti di convegno, 2010, <<https://weblab.ing.unimore.it/papers/cit10.pdf>>.

⁵ Cfr., a questo proposito, il focus *L'intelligenza artificiale e il diritto*, a cura di G. Sartor, in "Rivista di Filosofia del Diritto", 1, 2020, pp. 65-123, con contributi di M. Palmirani, U. Pagallo, F. Romeo.

Termini come “*pervasive computing*” o “*ubiquitous computing*”⁶ sono stati, infatti, recentemente conati per indicare la possibilità di accedere alla rete e a sistemi di memorizzazione ed elaborazione dati attraverso una molteplicità di dispositivi, da qualunque contesto.

Com'è noto, si sono addirittura diffusi *device* indossabili, incorporabili. A questo proposito, autori come Yuval Noah Harari o Donna Haraway hanno utilizzato a più riprese la metafora fantascientifica del cyborg, un essere che combina parti organiche e inorganiche, corpo e macchina, natura e cultura⁷.

Il cyborg, ancor più del sapiens, sarebbe l'abitante adatto ai futuri mondi possibili, «ambiguamente naturali e artefatti»⁸. Ma in un gioco di rifrazioni, il confine stesso tra sapiens e cyborg diventerebbe labile là dove artificio e natura siano concetti sempre più sovrapponibili e sfumati.

In un certo senso quasi tutti noi siamo oggi bionici, poiché i nostri sensi naturali e le nostre funzioni naturali sono supportati da dispositivi quali gli occhiali da vista, il pacemaker, le protesi e persino i computer e i telefoni cellulari (che sollevano i nostri cervelli da alcuni carichi di immagazzinamento ed elaborazione dei dati). Siamo sul punto di trasformarci in veri cyborg e assumere caratteristiche inorganiche inseparabili dai nostri corpi: caratteristiche che modificano le nostre capacità, desideri, personalità e identità⁹.

Questa prospettiva riposa su un'idea ben più antica, quella di poter congegnare macchine inorganiche capaci di imitare le funzioni dei corpi. Come ha scritto Mario Losano¹⁰, le prime testimonianze di au-

⁶ Cfr. M. Weiser, *The Computer for the 21th Century. Specialized Elements of Hardware and Software Connected by Wires, Radio Waves and Infrared, Will Be So Ubiquitous That No One Will Notice Their Presence*, in “Scientific American”, 1991, pp. 94-104.

⁷ Cfr. Y.N. Harari, *Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, Milano, 2015 e D. Haraway, *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo* (1991), Feltrinelli, Milano, 2018.

⁸ Ivi, p. 40. Si veda anche D. Haraway, *Chthulucene. Sopravvivere su un pianeta infetto* (2016), Nero: Roma, 2019.

⁹ Y.N. Harari, *Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, cit., p. 829. A questo riguardo, si veda anche R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹⁰ M.G. Losano, *Storie di automi. Dalla Grecia classica alla belle époque*, Einaudi, Torino, 1990. Si veda anche V. Somenzi (a cura di), *La filosofia degli auto-*

tomi sono molto antiche, riconducibili già all'Egitto della XII dinastia, al colosso di Rodi, alla Cina della dinastia Han, ad Archita di Taranto, e poi all'ellenismo, ai bizantini, agli islamici (ad esempio, si pensi agli automi musicali descritti da al-Gazali nel 1205). Fu tuttavia il Seicento il «secolo d'oro» degli automi¹¹, sviluppati in seguito sia come macchine meccaniche (Laplace, Lamettrie)¹² sia come macchine elettriche (cfr. cibernetica)¹³.

Tuttavia, la specificità della rivoluzione digitale della nostra epoca non dipende soltanto dalla qualità e dal livello di sofisticatezza delle tecnologie odierne¹⁴ bensì anche dalla inedita mole di dati in termini quantitativi:

Alcuni anni fa i ricercatori della School of Information di Berkeley hanno stimato che l'umanità abbia accumulato approssimativamente 12 esabyte di dati nel corso della storia fino alla diffusione dei computer e, a partire da questa, 180 esabyte già entro il 2006. Secondo uno studio più recente, il totale è cresciuto fino a più di 1600 esabyte tra il 2006 e il 2011, oltrepassando in tal modo la soglia dello zettabyte (1000 esabyte). Questo numero tende a crescere di quattro volte pressappoco ogni tre anni, cosicché si sono raggiunti gli 8 zettabyte di dati entro il 2015. Ogni giorno viene generato un numero sufficiente di dati da riempire tutte le biblioteche americane più di otto volte. Naturalmente, armate di dispositivi ICT sono costantemente al lavoro per consentirci di restare a galla e navigare in questo oceano di dati. Questi sono numeri che continueranno a crescere rapidamente e ininterrottamente nel prossimo futuro, in particolare perché tali dispositivi sono tra le principali fonti di nuovi dati, che a loro volta richiedono o semplicemente

mi, Bollati Boringhieri, Torino, 1965.

¹¹ C. Sini, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 12.

¹² Ivi, p. 87. Cfr. anche O. Lamettrie, *L'uomo macchina e altri scritti* (1747), Feltrinelli, Milano, 1955 e P.S. Laplace, *Exposition du système du monde* (1799), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

¹³ Cfr. R. Cordeschi, *Cybernetics*, in L. Floridi (ed.), *Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information*, Blackwell, Oxford, 2004, pp. 186-196. A giudizio di Carlo Sini, l'automa sarebbe l'immagine perfetta de «l'umano in cammino»: C. Sini, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, ivi, pp. 116-117.

¹⁴ Cfr. A. Koyré, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione* (1961), Einaudi, Torino, 2000.

rendono possibili nuove ICT. È un ciclo che si autoalimenta e sarebbe innaturale non sentirsi sovrachiati¹⁵.

Da quando siamo entrati nell'«età dello zettabyte», si sarebbe quindi registrato uno «tsunami di dati che sta sommergendo il nostro ambiente» – per descrivere il quale è stata coniata l'espressione “big data”¹⁶.

In questo panorama, stiamo assistendo a un ulteriore cambiamento di direzione prospettica: obiettivo della progettazione tecnologica non è più (sol)tanto quello di incorporare la tecnologia nell'umano¹⁷,

¹⁵ L. Floridi, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, cit., p. 10.

¹⁶ Ibidem. Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 “sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto”, i big data sono definiti come quei dati che «si riferiscono alla raccolta, all'analisi e all'accumulo ricorrente di ingenti quantità di dati, compresi i dati personali, provenienti da una serie di fonti diverse, che sono oggetto di un trattamento automatizzato mediante algoritmi informatici e tecniche avanzate di trattamento dei dati, che usano sia informazioni memorizzate sia in streaming, al fine di individuare determinate correlazioni, tendenze e modelli (analisi dei Big Data)» (Considerando A). L'amplissimo ricordo ai big data ha posto oneri aggiuntivi alle imprese e alle cd. Fabbriche Digitali, secondo il principio di *accountability*. In particolare, esse sono tenute a valutare, sin dalla fase della progettazione, le implicazioni in ambito della *data protection* e a porre in essere una serie di misure ed adempimenti nell'attuazione dei propri programmi di adeguamento al Regolamento UE 2016/679 (“GDPR”) e alla legislazione nazionale in tema di protezione dei dati personali. Su questi profili, cfr. Commissione UE, Comunicazione “Digitalizzazione dell'industria europea – Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale”, COM (2016)180 final; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati*, 2018, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_it.pdf>; AG-COM, “Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS-2018”; L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *Il Regolamento Privacy Europeo*, Giuffrè, Milano, 2016; F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁷ A questo riguardo si veda A. Amato Mangiameli, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in “Rivista di Filosofia del diritto”, 2019, 1, pp. 107-124. Si pensi anche agli sconcertanti studi sulla morte digitale, e in part. G. Ziccardi, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, UTET, Torino, 2017; D. Sisto, *La morte si fa social. Immortalità, memoria e lutto nell'epoca della cultura digitale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2018. Sui limiti del transumanesimo, si veda inoltre F.H. Llano Alonso, *Homo Excelsior. Los Límites Ético Jurídicos del Transhumanismo*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2018. Si rinvia an-

quanto piuttosto, al contrario, di dotare di elementi “umani” la tecnologia che, divenuta “intelligente”, potrà così prescindere da noi. Una circostanza che sta conducendo verso lo sviluppo dell’“internet delle cose”, il fenomeno per cui «le tecnologie di terzo ordine operano indipendentemente dagli utenti umani»¹⁸. «La prossima rivoluzione non sarà lo sviluppo verticale di qualche nuova sconosciuta tecnologia ma uno sviluppo orizzontale, dal momento che riguarderà il connettere tutto a tutto [...], e non soltanto gli esseri umani agli esseri umani»¹⁹. Quando saranno le macchine a comunicare tra di loro, «ortodossia», come scriveva George Orwell in *1984*, significherà «non pensare, non avere bisogno di pensare»²⁰.

Essenzialmente, le tecnologie di terzo ordine (incluso l’Internet delle cose) si propongono di *rimuoverci – e con noi l’incombente peso umano del nostro essere-tra* – dal processo. In un’infosfera non più frammentata ma pienamente integrata, l’impercettibile coordinazione tra dispositivi sarà sen-

che al fascicolo 1, 2020, dal titolo *Direito, Robótica e Inteligência Artificial: tecnologias morais emergentes e os desafios das novas ‘subjetividades’*, della rivista “Humanidades & Tecnologia” a cura di S. Salardi, M. Saporiti, M. Vetis Zaganelli, M.C. da Silva Gonçlaves.

¹⁸ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta cambiando il mondo*, cit., p. 91. A questo proposito, cfr. R. Weber, R. Weber (eds.), *Internet of Things. Legal Perspectives*, Springer, Berlin, 2010; S. Za, *Internet of Things. Persone, organizzazioni e società 4.0*, Luiss University Press, Roma, 2018; L. Urquhart, T. Lodge, A. Crabtree, *Demonstrably Doing Accountability in the Internet of Things*, in “International Journal of Law and Information Technology”, 27, 1, 2019, pp. 1-27.

¹⁹ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta cambiando il mondo*, cit., p. 91. Cfr. anche M.C. Gaeta, *La protezione dei dati personali dell’Internet of Things: l’esempio dei veicoli autonomi*, in “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 1, 2018, pp. 147-180. Per ulteriori approfondimenti a proposito di auto a guida autonoma, si rimanda a S. Scagliarini (a cura di), *Smart roads e driverless cars. Tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Giappichelli, Torino, 2019; G. Contissa, F. Lagioia, G. Sartor, *Accidents Involving Autonomous Vehicles. Legal Issues and Ethical Dilemmas*, in “Jusletter”, 2017, pp. 1-7; G. Sartor, *La Manopola Etica. I veicoli autonomi eticamente personalizzabili e il diritto*, in “Sistemi intelligenti”, 2017, 29, pp. 601-614.

²⁰ G. Orwell, *1984* (1949), Mondadori, Milano, 2018, p. 57. Cfr., a questo riguardo, P. Ercolani, *Figli di un io minore. Dalla società aperta alla società ottusa*, Marsilio, Padova, 2019.

za soluzione di continuità nello stesso modo in cui il nostro smartphone interagisce con il nostro portatile e questo con la stampante²¹.

A questo riguardo, persino il lessico dell'interconnessione tra spazio fisico e spazio digitale risulta datato. La nuova «infosfera» non consisterà «in un ambiente virtuale sorretto da un mondo genuinamente “materiale”. Sarà, piuttosto, un mondo in se stesso, sempre più compreso in termini informativi». Si tratta di un processo che coinvolge la stessa percezione della realtà “vera e propria”: «[l]e tecnologie digitali di terzo ordine stanno modificando la nostra visione delle tecnologie meccaniche di primo e secondo ordine. Al termine di questo passaggio, l'infosfera non sarà più concepita come un modo di riferirsi allo spazio dell'informazione, ma come un sinonimo della realtà stessa»²².

Le conseguenze che questa trasformazione prospettica strutturale avrà sui prodotti culturali, linguistici, sociali e, in particolare, sul mondo del diritto devono ancora emergere pienamente. Tuttavia, è già possibile citare un avvocato della Pennsylvania che nel maggio 2006 intentò una causa nei confronti dell'editore del videogioco *Second Life* per aver ingiustamente confiscato un pezzo di terra virtuale e altre proprietà (all'interno del *game* online) per un valore di diecimila dollari (reali)²³. La buona notizia è che per scongiurare questo e altri danni patrimoniali cagionati o arrecati dai propri avatar, è ora possibile acquistare polizze assicurative adeguate²⁴.

Ben al di là della portata di questo esempio, l'intera impalcatura giuridica sta subendo un contraccolpo del tutto inedito²⁵. Il pilastro

²¹ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, cit., p. 93 (corsivo aggiunto).

²² Ivi, pp. 135-136. A questo riguardo, si veda anche R. Brighi, *Il ruolo dei dati informatici nella costruzione della realtà*, Aracne, Roma, 2016, in part. pp. 39-65.

²³ Cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, cit., p. 149.

²⁴ Ibidem. Le prospettive assicurative sono particolarmente importanti: si pensi all'idea di una cyber-assicurazione che tuteli contro il rischio di danni o perdite irreversibili ai propri dati immagazzinati sui cloud o su hardware destinati all'obsolescenza, oppure ai profili assicurativi dirimenti nello sviluppo di *autonomous cars* e *smart roads* (a quest'ultimo proposito, si rimanda a S. Scagliarini [a cura di], *Smart roads e driverless cars. Tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, cit).

²⁵ A questo riguardo, si rimanda alle molte occasioni di riflessione e ai seminari organizzati nell'ambito dell'Officina Informatica “Diritto Etica e Tecnologie” del

stesso su cui si fondava lo scibile giuridico dalle *Institutiones* di Gaio (dunque, dal 168-180 d.C.) è oggi drammaticamente in discussione, e non vi sono nuove certezze condivise all'orizzonte²⁶. Il giurista romano poteva distinguere il mondo del diritto in tre grandi alternative: le *personae*, le *res* e le *actiones*. La rifrazione della realtà fenomenica nel campo giuridico, in particolare, era ascrivibile alla *summa divisio* tra “persone” e “cose”²⁷.

Oggi, pare che questa bipartizione non regga più la forza d'urto delle trasformazioni in atto. Qualcuno si spinge ad affermare che «nei

CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su discriminazioni e vulnerabilità dell'Università di Modena e Reggio Emilia (<<http://www.crid.unimore.it/site/home/attivita/laboratori-e-gruppi-di-lavoro/articolo1065040276.html>>). Si vedano anche F. Romeo, *Il diritto artificiale*, Giappichelli, Torino, 2002; G. Fioriglio, *Temi di informatica giuridica*, Aracne, Roma, 2004; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; G. Ziccardi, *Resistance, Liberation, Technology and Human Rights in the Digital Age*, Springer, Dordrecht, 2013; G. Peruginelli, M. Ragona, *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014; E. Stradella, E. Palmerini, (eds.) *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa University Press, Pisa, 2013; S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014; V. Colomba, *I diritti nel cyberspazio. Architetture e modelli di regolamentazione*, Diabasis, Reggio Emilia, 2016; G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016; F. Faini, S. Pietropaoli, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2017; G. Fioriglio, *Trasformazioni del diritto. Alla ricerca di nuovi equilibri nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2017; F. De Vanna, *The Construction of a Normative Framework for Technology-Driven Innovations: A Legal Theory Perspective*, in E. Carpanelli, N. Lazzarini (eds.), *Use and Misuse of New Technologies*, Springer, Dordrecht, 2019, pp. 185-208; A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, Milano, 2020; S. Amato, *Bidiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2020; S. Faro, T.E. Frosini, G. Peruginelli, *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020.

²⁶ A questo riguardo, si veda S. Pietropaoli, *Fine del diritto? L'intelligenza artificiale e il futuro del giurista*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020, pp. 107-118. Ringrazio il Prof. Pietropaoli per il dialogo scientifico che ha contribuito a migliorare questo contributo.

²⁷ Sono ben noti i problemi risultanti dalla qualificazione giuridica dello schiavo, comunque compreso nella prima categoria: «*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*» (Gaio, *Institutiones*, I, 9-12).

laboratori di tutto il mondo gli scienziati stanno progettando esseri viventi»²⁸, e che pertanto «Homo sapiens così come lo conosciamo ha ormai esaurito il suo percorso storico e in futuro non sarà più rilevante», là dove «Homo Deus conserverà alcune caratteristiche umane essenziali, ma potrà anche contare su abilità fisiche e mentali avanzate, che gli permetteranno di tenere testa anche ai più sofisticati algoritmi privi di coscienza [...] in uno di questi tre modi: attraverso la bioingegneria, la cyberingegneria e l'ingegneria della vita inorganica»²⁹.

Diverse altre fonti, sebbene più caute nel prefigurare scenari futuri, sottolineano l'ibridazione sempre più indissolubile tra persona, dispositivi e dati, evocando un nuovo umanesimo, ovvero un ritorno dell'*homo faber* di se stesso³⁰.

Da un lato, infatti, pare giunto il momento in cui, come scriveva Nietzsche, è possibile imparare a fare del corpo ciò che i cinesi fanno dell'albero, «sicché esso da una parte produce rose, dall'altra pere»³¹.

Dall'altro lato, nell'infosfera, il «*data-subjet*»³² pare sempre più «con-dividuo», ovvero una «molteplicità eterogenea nel tempo e nello spazio»³³, un'entità personalizzata e frammentata in un'esplosione di «profili, navigazioni, like e cookie», ovvero nei meandri delle pratiche di «commercializzazione[e] aggressive, nelle trattazioni e contrattazioni inique, celate dietro formali richieste di consenso e di accettazione di condizioni generali, presentate a soggetti inconsapevoli e imprigionati in un'apparente libertà di scelta; nelle conseguenti discriminazioni di prezzo e diseguaglianze economiche, disparità di tratta-

²⁸ Y.N. Harari, *Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, cit., p. 817. Cfr., a questo riguardo, C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in "BioLaw Journal", 2, 2020, pp. 151-167.

²⁹ Y.N. Harari, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, Milano, 2015, pp. 804-805, 819.

³⁰ Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Einaudi, Torino, 2009.

³¹ F. Nietzsche, *Frammenti postumi, 1881-82*, in Id., *Opere*, Adelphi, Milano, 1965, p. 432.

³² Cfr. Opinion 4/2015 "Towards a New Digital Ethics. Data, Dignity and Technology" (11 settembre 2015) emanate dall'European Data Protection Supervisor (EDPS), dove si individua pericolo che le pratiche di governi e privati possano ridurre la persona a «data subject», minacciandone diritti e libertà fondamentali.

³³ C. Sini, C.A. Redi, *Lo specchio di Dioniso. Quando un corpo può dirsi umano?*, Jaca Books, Milano, 2018, pp. 13, 20.

mento e distorsioni del mercato»³⁴, là dove l'identità non è più un dato pre-esistente, bensì un processo «costantemente in atto, aperto a una pluralità di esiti e continuamente esposto all'interferenza, capillare e pervasiva, delle varie forme» di interazione digitale³⁵.

In questo frangente, si riscontra una sorta di «“scomposizione” e “ricomposizione” che rischia di perdere e dimenticare l’“uomo”»³⁶, o addirittura il pericolo che «le tracce e i dati [formino] una sorta di duplicato della persona di cui ci si tende a fidare più della persona stessa per indurne inferenze e decisioni»³⁷.

In ogni caso, il dispositivo «performativo» e «decidente»³⁸ della “persona”, quale centro di imputazione giuridica e soggetto razionale dell'azione politica, sembra ormai inadeguato.

1.2. Il soggetto frammentato, la rete e l'impersonale

A questo riguardo, emerge con estrema chiarezza quanto evidenziato da Roberto Esposito, ovvero che sia proprio il «dispositivo della persona»

– destinato, nell'intenzione degli estensori della Dichiarazione sui diritti umani, a riempire la frattura tra uomo e cittadino lasciata aperta da quella dell'89 – a produrre uno scarto altrettanto profondo tra diritto e vita. Lo stesso paradigma che si presenta come il tramite della loro ricongiunzione epocale funziona, insomma, da schermo di separazione, da diaframma diffe-

³⁴ F. Faini, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 393.

³⁵ G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in “Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 3, 2007, pp. 511-531, in part. p. 511. Cfr. anche M. Palmirani, M. Martone, *Il cittadino elettronico e l'identità digitale nell'e-governance*, Gedit, Bologna, 2006; M. Bianca, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in “MediaLaws”, 2, 2019, pp. 39-53; M. Martoni, *Note sulla vulnerabilità dell'identità personale digitale autorappresentativa*, in “Notizie di Politeia”, XXXV, 136, 2019, pp. 23-24. Sul nesso tra “persona” e “identità personale” nell'ordinamento italiano, cfr. A. Morelli, *Persona e identità personale*, in “BioLaw Journal”, 2, 2019, pp. 45-60.

³⁶ F. Faini, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, cit., p. 394.

³⁷ Ivi, p. 400. Si veda anche il contributo della stessa autrice, F. Faini, *Diritto all'esistenza digitale*, in “BioLaw Journal”, 3, 2019, pp. 91-113.

³⁸ R. Esposito, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 13, 18.

renziale, tra due elementi che non riescono a incontrarsi che nella forma della loro separazione³⁹.

Com'è noto, fin dalla sua genesi, il diritto si è prodigato nell'articolare «cesure categoriali» all'interno di una continuità di volta in volta definita da soglie astratte di inclusione ed esclusione, come mostra la «inarrivabile potenza creativa [del]la giurisprudenza romana», che in modo esemplare si esercitò sull'«oscillazione semantica costituita ai [...] bordi» dei differenti statuti categoriali⁴⁰.

Eppure, la realtà tecnologica ha ormai messo nell'angolo qualunque associazione a problematica tra il concetto di “persona” e lo statuto giuridico dell’“uomo”⁴¹, polverizzando anche la *fictio* unitaria e disincarnata del corrispettivo “soggetto”. Chi agisce sulla rete è frammentato in componenti inessenziali, è un insieme di dati, tracce, cookies, meta-data, big-data. L'unità psichica e fisica delle precedenti formule, personificata e personificabile, cede il passo a un fluido «come divis[o] in pezzi [bit]»⁴². Un «fiume», una «corrente» o un «flusso»⁴³ sono le metafore più appropriate a descrivere il nuovo sé concepito come «un sistema informazionale complesso, costruito da attività, ricordi e storie»⁴⁴ la cui coscienza viene al contempo continuamente plasmata ed espressa. «In questa prospettiva, noi siamo le nostre informazioni»⁴⁵.

In tal senso, le ICT sono diventate le più importanti tecnologie del sé⁴⁶. La nostra personalità non è più un «tutto costruito materialmente»⁴⁷, identico a se stesso e conoscibile in modo univoco, è piuttosto una creazione costante del pensiero nostro e altrui, di comportamenti,

³⁹ Ivi, p. 91.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ivi, p. 14. Come ha argomentato Stefano Pietropaoli, peraltro, lo stesso concetto di “uomo” non è chiaramente definibile in termini giuridici: cfr. S. Pietropaoli, *Il concetto giuridico di umanità. Breve storia di un non-detto del diritto*, in M. Russo (a cura di), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*, Le Lettere, Firenze, pp. 255-280.

⁴² L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, cit., p. 165.

⁴³ Ivi, pp. 165-166.

⁴⁴ Ivi, p. 179.

⁴⁵ Ivi, p. 180.

⁴⁶ Ivi, p. 158.

⁴⁷ Ivi, p. 160.

abitudini di consumo, gusti, discorsi. La stessa percezione del corpo è costantemente rimodellata dalla selezione e pubblicizzazione che facciamo delle nostre immagini – peraltro sempre alterabili grazie a filtri e ritocchi. Curare e aggiornare la propria presenza online è, in effetti, un compito non semplice né vissuto con leggerezza⁴⁸.

In questa nuova conformazione virtuale della realtà, alcuni autori propongono strumenti concettuali coerentemente “impalpabili”, ad esempio richiamando la nozione di “impersonale” formulata da Simone Weil⁴⁹: «ciò che è sacro, lungi dall’essere la persona, è quello che in un essere umano è impersonale. Tutto ciò che nell’uomo è impersonale è sacro, nient’altro lo è»⁵⁰.

In tal senso, “impersonale” non è la negazione frontale dalla persona, ma la sua estroflessione, quel «confine mobile, quel margine critico, che separa la semantica della persona dal suo naturale effetto di separazione»⁵¹. Là dove, «chi è penetrato nell’ambito dell’impersonale vi trova una responsabilità nei confronti di tutti gli esseri umani. Quella di proteggere in loro non già la persona, bensì ogni fragile possibilità di passaggio nell’impersonale che la persona ricopre»⁵².

Impersonali, impalpabili, fluidi parrebbero, dunque, gli strumenti del pensiero più adatti a cogliere la radicale trasformazione antropologica che sta conseguendo alla radicale trasformazione dell’ambiente umano e degli agenti che vi operano. A partire da questa consapevolezza, dobbiamo ora interrogarci sulla “resilienza” del diritto antidiscriminatorio per come esso è stato sin qui costruito e conosciuto.

2. Il diritto antidiscriminatorio e lo spazio virtuale

⁴⁸ Cfr. *ivi*, pp. 163-164:

⁴⁹ Così R. Esposito, *Le persone e le cose*, cit. Cfr. S. Weil, *La persona e il sacro* (1943) Adelphi, Milano, 2012. Per una lettura filosofico-giuridica del pensiero di Weil, si rimanda a T. Greco, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Giappichelli, Torino, 2007 e a T. Greco, *Weil, Simone*, in M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2020, <https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_655-1>.

⁵⁰ S. Weil, *La persona e il sacro*, cit., p. 17.

⁵¹ R. Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell’impersonale*, Einaudi, Torino, 2007, p. 19.

⁵² S. Weil, *La persona e il sacro*, cit., p. 22.

2.1 Una rigidità costitutiva

Come si è detto, Alan Turing è ritenuto il “padre” dei moderni computer, noto anche per essersi distinto tra i più celebri crittoanalisti inglesi durante la Seconda guerra mondiale. La fama di Turing, tuttavia, è altresì legata alla drammatica persecuzione per “omosessualità” subita da parte delle autorità britanniche, la quale lo condusse a una tragica morte suicida.

Ciononostante, le origini e lo sviluppo dell’informatica sono spesso associate a pratiche di condivisione “pluraliste” dei saperi. Si pensi all’invenzione della “procedura effettiva” o “algoritmo”, che deve il proprio nome al matematico arabo del IX secolo al-Khuwarizmi; alla macchina calcolatrice inventata da Blaise Pascal all’età di diciott’anni per aiutare il padre nel lavoro di amministratore contabile; al “cilindro” ideato dal giurista, filosofo e matematico Gottfried Wilhelm Leibniz; o ancora alla macchina di Charles Babbage che fu perfezionata da una donna: la figlia di Lord Byron, Ada Lovelace, inventrice del primo algoritmo pensato per essere elaborato da una macchina (dunque ricordata come la prima programmatrice della storia). Più conosciute sono le tappe storiche e gli auspici dei primi creatori di internet e del *world wide web*, un progetto nato come libero e aperto.

Lo spazio virtuale pare, infatti, a prima vista il luogo ideale per promuovere relazioni paritarie, all’insegna del principio di non-discriminazione. Eppure, alla luce di quanto detto nel corso dei precedenti paragrafi, non si può non riscontrare, in primo luogo, che la “rigidità” costitutiva di un impianto antidiscriminatorio tassonomico, fondato su “fattori” o “caratteristiche” protette, peraltro intese come qualità della “persona”, paia poco malleabile alla nuova fluidità del sé digitale⁵³. In secondo luogo, il diritto antidiscriminatorio europeo conserva una (altrettanto rigida) applicabilità riconducibile a specifici “ambiti” di vita, intesi in senso tradizionale e “analogico”.

Quanto al primo aspetto, è pur vero che, nel quadro del diritto dell’Unione, le direttive antidiscriminatorie contengono un elenco «fisso e circoscritto»⁵⁴ dei motivi sui quali grava il divieto di discrimi-

⁵³ A questo proposito, si veda L. Giacomelli, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell’intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in “BioLaw Journal”, 2, 2019, pp. 269-297.

⁵⁴ FRA, *Manuale di diritto europeo della non-discriminazione*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea, 2018, p. 177.

nare (quali sesso, orientamento sessuale, disabilità, età, religione o convinzioni personali, razza o origine etnica). Tuttavia, l'art. 21 della Carta dell'UE menziona un divieto di discriminazione accompagnato da un elenco «non esaustivo, che si evince dalla formulazione “in particolare”, di tali motivi»⁵⁵. Nella cornice della CEDU, inoltre, l'art. 14 contiene un elenco «non esaustivo, che coincide con quello delle direttive, ma va anche al di là»⁵⁶, proibendo le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Proprio l'espressione “ogni altra condizione”, che ha già permesso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di includere (tra gli altri) i motivi espressamente protetti dalle direttive dell'Unione, potrebbe forse rappresentare una prima leva sulla quale agire per includere, nell'ambito della vigenza della proibizione, motivi tipicamente riconducibili ad aspetti derivanti dalla realtà digitale o, all'interno di questa, da meccanismi, procedimenti selettivi o algoritmi digitali. Il trattamento discriminatorio potrà, infatti, avvenire sia là dove la “presenza digitale” sia trattata meno favorevolmente di quella “analogica” (o viceversa), sia a causa di meccanismi nuovi e tipicamente indissociabili dalla configurazione digitale, quali l'indicizzazione o la selezione di informazioni sul web, ma non là dove si configuri una discriminazione “tradizionale” nello spazio digitale. In quest'ultimo caso, infatti, dal punto di vista dei motivi, si ricadrà in un'ipotesi di tutela già riconosciuta come tale.

Tuttavia, e questo è il secondo aspetto sopra citato, in tal caso ci si dovrà misurare con un altro limite “rigido” del sistema antidiscriminatorio europeo, ovvero il perimetro di applicabilità entro ambiti di vita concepiti in senso tradizionale (ad esempio e tipicamente, il luogo di lavoro, ma anche i sistemi di welfare, i beni e servizi, la sicurezza sociale)⁵⁷.

2.2. Il giudizio e il regime probatorio

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ivi, pp. 29-35.

Un altro profilo problematico è quello che inerisce al giudizio e, in particolare, a un regime probatorio basato su presunzioni e su nessi di causalità diretti⁵⁸.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pare, infatti, che il nesso tra le necessità di tutela del principio di non-discriminazione e le nuove tecnologie sia riconosciuto perlopiù indirettamente, salvo eccezioni – come quella rappresentata dal caso *Case C-16354/06, Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, sollevato da alcuni esponenti del Movimento Raeliano (un gruppo religioso basato sulla credenza secondo la quale alcuni extraterrestri scientificamente avanzati, chiamati *elohim*, avrebbero creato la vita sulla Terra attraverso l'ingegneria genetica)⁵⁹. Nel giudizio, la Corte riconobbe che la «geniocrazia» nonché, in particolare, la clonazione e l'eugenetica sono pratiche contrarie al principio di non-discriminazione⁶⁰.

Molto più numerosi sono i casi che riguardano la tutela della libertà di espressione online, il divieto di discorsi d'odio ovvero la responsabilità del provider, dunque ove vengono invocate violazioni di diritti sostanziali riconosciuti dalla CEDU, in combinato disposto con l'art. 14, a partire da fatti avveratisi per lo più a mezzo di internet. A questo riguardo, si pensi al caso *Case C-64569/09, Delfi AS v. Estonia* relativo alla Società Delfi, un portale online di notizie e informazione ritenuto responsabile di commenti diffamatori pubblicati da terzi⁶¹.

⁵⁸ Ivi, pp. 52, 251-276.

⁵⁹ Gli attori ritenevano di aver subito una violazione degli artt. 9 e 10 CEDU, a causa della rimozione da parte delle autorità svizzere di immagini e testi di contenuto per loro rilevante.

⁶⁰ Cfr. in part.: «The Neuchâtel Land Management Directorate [...] observed that there was nothing offensive in the text and picture on the poster, or in the allusion to extraterrestrials. However, it pointed to the fact that the Raelian Movement advocated “geniocracy” (a political model based on intelligence) and human cloning. Moreover, in a judgment of 13 February 1998 the Fribourg Cantonal Court had found that the movement also “theoretically” advocated paedophilia and incest, especially in the works of Raël himself. The practice of “sensual meditation” could also easily lead to abuse. In addition, the website of Clonaid, to which the Raelian Movement’s site contained a link, offered specific services in the area of cloning, and the notion of eugenics was contrary to the principle of non-discrimination» (§ 17, corsivo aggiunto).

⁶¹ La Corte confermò l'orientamento delle Corti interne estoni, negando l'applicabilità dell'art. 10 CEDU, e riconoscendo che «based on the concrete assessment of the above aspects, taking

Particolarmente significativo è, a questo riguardo, il richiamo della Corte alle fonti internazionali ed europee relative alla tutela della reputazione online e al contrasto dei discorsi d'odio in rete⁶². In particolare, ai §§ 44-51 della sentenza, sono citate: la Dichiarazione del Consiglio d'Europa sulla Libertà di Comunicazione in Internet (2003); la Raccomandazione CM/Rec(2007)16 per promuovere il valore del servizio pubblico di Internet⁶³; la Raccomandazione CM/Rec(2014)6 o Guida dei diritti umani per gli utenti di Internet⁶⁴; la Relazione del 16 maggio 2011 (A/HRC/17/27) al Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, sulla promozione e la tutela del diritto di libertà di opinione e espressione⁶⁵; la Dichiarazione di Riga sulla Libertà di espressione (2015); nonché le Direttive 2000/31/EC e 98/34/EC, quest'ultima come modificata dalla Direttiva 98/48/EC.

Nei successivi §§ 52-57 del documento, vengono altresì menzionati i casi *Joined Cases C-236/08 to C-238/08 Google France SARL and*

into account the reasoning of the Supreme Court in the present case, in particular the extreme nature of the comments in question, the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company on its professionally managed news portal run on a commercial basis, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to remove without delay after publication comments amounting to hate speech and speech inciting violence and to ensure a realistic prospect of the authors of such comments being held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company, the Court finds that the domestic courts' imposition of liability on the applicant company was based on relevant and sufficient grounds, having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State. Therefore, the measure did not constitute a disproportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression» (§ 162).

⁶² Sul piano nazionale, si veda invece la "Dichiarazione dei diritti di Internet" (2015), elaborata dalla *Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet* a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte e della riunione della stessa Commissione del 14 luglio 2015, accessibile al sito: <https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf>.

⁶³ <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4a39>.

⁶⁴ <<https://rm.coe.int/16804d3cb9>>.

⁶⁵ <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>>.

Google Inc.; Case C-324/09, *L'Oréal SA and Others*; Case C-70/10, *Scarlet Extended SA*; Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)*; Case C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc.*; Case C-291/13, *Sotiris Pappasavas*, i quali costituiscono un primo quadro interpretativo di natura giurisprudenziale⁶⁶.

Più ampiamente, sulla libertà di espressione a mezzo internet, paiono paradigmatiche le osservazioni sviluppate dalla Corte a proposito del caso Case C-3111/10, *Ahmet Yildirim v. Turkey* (final judgment 18 March 2013), sollevato da un privato cittadino turco, proprietario e gestore di un sito nel quale venivano pubblicati materiali accademici e articoli personali, poi oscurati dalle autorità perché ritenuti responsabili di aver offeso la memoria di Atatürk (§ 8)⁶⁷.

Altri profili di natura potenzialmente discriminatoria emergono con riferimento a persone in situazioni di vulnerabilità o condizioni peculiari, quali la detenzione⁶⁸, ovvero in conseguenza dell'impiego di programmi di sorveglianza digitale⁶⁹.

⁶⁶ Si vedano a questo proposito anche i più recenti Case C-10795/14, *Vladimir Kharitonov v. Russia* (in part. Judgment, 23 June 2020); Case C-61919/16 *Engels v. Russia* (in part. Judgment, 23 June 2020).

⁶⁷ La Corte riscontrò una violazione dell'art. 10 CEDU. Sui profili legati alla democrazia elettronica, si veda G. Fioriglio, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2017.

⁶⁸ In alcuni casi si giunge a mettere in questione il divieto di accesso a (specifici siti) internet per i detenuti: Case C-17429/10, *Kalda v. Estonia* (final judgment 6 June 2016); Case C-21575/08, *Jankovskis v. Lithuania* (final judgment 17 April 2017).

⁶⁹ Si pensi alla sorveglianza che può essere effettuata da parte di un datore di lavoro, ad esempio sulla messaggistica del lavoratore (la quale può causare licenziamenti: si pensi al Case C-61496/08, *Bărbulescu v. Romania*). Più ampiamente, particolarmente celebre e complesso, è il Case C-58170/13, 62322/14 and 24960/15, *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*, relativo alle conseguenze delle rivelazioni di Edward Snowden a proposito dei programmi di sorveglianza elettronica utilizzati dai servizi segreti degli Stati Uniti d'America e del Regno Unito. Su questi profili, cfr. G. Ziccardi, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Raffaello Cortina, Milano, 2015; E. Maestri, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015; G. Fioriglio, *Controllo e sorveglianza nella società dell'informazione*, in "Studi sulla questione criminale", 2-3, 2015, pp. 7-23.

Tuttavia, nelle sentenze citate, l'art. 14 CEDU è ancora ben lontano dall'assumere una posizione prioritaria – a fronte di una più esplicita e diretta centralità dell'art. 10.

D'altro canto, nel contesto giurisdizionale della Corte di Giustizia Europea, risulta di indubbio interesse la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Fővárosi Törvényszék (Ungheria) il 23 gennaio 2019⁷⁰, relativa all'accesso a internet e a possibili discriminazioni dipendenti da restrizioni imposte dal fornitore di servizi, che chiama in causa il Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, il quale stabilisce misure riguardanti l'accesso aperto a Internet e modifica la Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, ovvero il Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.

In termini normativi, nell'ambito del diritto dell'Unione, questi profili risultano tutelati dai contenuti programmatici espressi nella Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 “sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto” (2018/C 263/10), la quale, all'art. 5., riconosce che

la legislazione dell'Unione in materia di protezione della privacy e dei dati personali, il diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione nonché il diritto dei singoli di ricevere informazioni riguardanti le logiche sottostanti ai processi decisionali automatizzati e alla profilazione, come pure il diritto di ricorso sono applicabili al trattamento dei dati anche quando questo è preceduto da tecniche di pseudonimizzazione e, in ogni caso, quando *l'uso dei dati non personali può ripercuotersi sulla sfera privata dei singoli o su altri diritti e libertà, con la conseguente stigmatizzazione di interi gruppi di popolazione* (corsivo aggiunto).

Questo articolo pare cruciale nel riconoscere la connessione, tipica della discriminazione, tra il trattamento subito dal singolo e il danno arrecato al gruppo sociale di appartenenza. Ma il testo aggiunge ulteriori elementi, sottolineando, ad esempio, l'impatto delle discrimina-

⁷⁰ Telenor Magyarország Zrt. / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Causa C-39/19).

zioni indirette cagionate da meccanismi di selezione digitali, in termini di equità e pari opportunità, dal momento che

a causa degli insiemi di dati e dei sistemi algoritmici utilizzati per le valutazioni e le previsioni nelle varie fasi del trattamento dei dati, i Big Data possono condurre non solo a violazioni dei diritti fondamentali dei singoli, ma anche a una disparità di trattamento e a una discriminazione indiretta nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili, in particolare per quanto concerne l'equità e le pari opportunità di accesso all'istruzione e all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta oppure quando si determinano le nuove abitudini di consumo degli utenti dei media sociali (art. 19).

A questo proposito, si invitano la Commissione, gli Stati membri e le autorità di protezione dei dati a individuare e adottare «tutte le misure opportune per ridurre al minimo la discriminazione e la mancanza di imparzialità algoritmiche», nonché a «sviluppare un solido quadro etico comune per la trasparenza nel trattamento dei dati personali e nel processo decisionale automatizzato», capace di orientare l'utilizzo dei dati e guidare la costante applicazione del diritto dell'Unione (art. 19); ma anche a valutare specificamente la necessità «non solo della trasparenza algoritmica, ma anche della trasparenza sulle possibili distorsioni nei dati di formazione utilizzati per formulare deduzioni sulla base dei Big Data» (art. 21); ovvero si raccomanda che le imprese conducano «valutazioni periodiche del livello di rappresentatività degli insiemi di dati, valutino se essi presentano elementi non imparziali e sviluppino strategie per superare tali problemi», evidenziando la necessità di riesaminare l'accuratezza e la significatività delle previsioni basate sulle analisi dei dati alla luce dell'equità e delle preoccupazioni di ordine etico (art. 22).

Inoltre, la Risoluzione ribadisce il pericolo di incorrere in discriminazioni per motivi “tradizionali” attraverso vie “digitali”, richiedendo

la massima cautela onde evitare discriminazioni illegittime e attacchi nei confronti di determinate persone o gruppi di persone definite sulla base dell'origine razziale, etnica, sociale o del colore della pelle, delle caratteristiche genetiche, della lingua, della religione o credo, dell'opinione politica o di qualsiasi altra opinione, della proprietà, della nascita, della disabilità, dell'età, del genere, dell'espressione o dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale, dello status di residenza, della salute o dell'appartenenza a

una minoranza nazionale, il che è spesso oggetto di profilazione etnica o di attività di polizia a fini di contrasto più intense, nonché nei confronti di persone che risultano essere definite da caratteristiche particolari (art. 32).

3. La grana fina, ovvero i rischi “inafferrabili”

La Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 ha introdotto importanti accorgimenti relativi alle implicazioni dei big data sulla fruizione dei diritti fondamentali e sull’effettività del principio di non-discriminazione.

Sebbene si tratti di un atto normativo dal significato anche simbolico rilevante, da un punto di vista giurisprudenziale la materia è ancora troppo incandescente, e la cornice interpretativa non pare ancora completamente definita.

Proprio in questa fase magmatica, tuttavia, sembra importante ricordare che l’impatto della trasformazione digitale sul diritto è ben al di qua di una già compiuta comprensione. Il diritto antidiscriminatorio, in particolare, ha una struttura rigida che poco si presta alla fluidità della realtà virtuale. A questo riguardo, preme sottolineare alcuni rischi potenzialmente “inafferrabili”, che potrebbero cioè resistere, come grana fina, alle maglie larghe dell’attuale sistema antidiscriminatorio europeo.

In primo luogo, il diritto europeo è ancora restio ad incorporare il metodo “intersezionale” a scopo probatorio⁷¹. La già feconda riflessione teorica sopra questo tema⁷² ha, tuttavia, ben evidenziato che determinate forme di discriminazione non risultano altrimenti visibili e anzi paiono indimostrabili in giudizio, suggerendo che, là dove la congiunzione intersettoriale corrisponda a uno specifico gruppo sociale nitidamente definibile e storicamente, specificamente, oppresso, questo strumento possa essere funzionale, o addirittura necessario. Certamente, in un frangente digitale, il possesso combinato di più

⁷¹ Cfr. FRA, *Manuale di diritto europeo della non-discriminazione*, cit., pp. 64-68.

⁷² Cfr. in part., K. Crenshaw, *Demarginalizing Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in “University of Chicago Legal Forum”, 1, 1989, pp. 139-167; L. Mancino, B. Bello (a cura di), “Sociologia del diritto”, 2, 2016; Aa. Vv., “Rassegna Italiana di Sociologia”, 3, 2016; A. Loretoni (a cura di), “Iride”, 2, 2018.

“fattori” oggetto di tutela risulta più difficile da attestare, dimostrare e valutare.

In secondo luogo, occorre sviluppare una riflessione su “chi” o “cosa” è passibile di discriminazione. Se, come si è detto, la categoria di “persona” sembra inadeguata a cogliere il continuo processo produttivo di frammenti di soggettività di cui è costellato lo spazio virtuale, là dove un robot, una macchina dotata di intelligenza artificiale o un determinato *device* siano riconducibili a interessi nitidamente individuabili e “umani”, dovrà essere sanzionato anche il trattamento discriminatorio subito dal dispositivo “non umano”, magari in quanto estensione della “persona” che ne è titolare?⁷³

Inoltre, a mano a mano che la nuova realtà informazionale prenderà il sopravvento ridisegnando i nostri confini, il nostro modo di conoscere, le nostre percezioni del mondo e di noi stessi, e così via, il divario digitale che escluderà i più poveri del mondo dall’accesso all’infosfera segnerà un solco capace di attraversare, come mai prima d’ora, il tessuto stesso dell’esperienza e della conoscenza.

A meno di riuscire a risolvere il problema del divario digitale, tale problema può generare un chiasmo, con conseguenti nuove forme di discriminazione, tra coloro che sono abitanti dell’infosfera e coloro che non lo sono, tra inclusi ed esclusi, tra ricchi e poveri in informazione. Ciò ridisegnerà la mappa della società mondiale, generando o rendendo più profonde le divisioni generazionali, geografiche, socioeconomiche e culturali tra la generazione Z+ e la generazione Z-. [...] Il nuovo divario intercorrerà tra società storiche e iperstoriche. Stiamo preparando il terreno per le baraccopoli informazionali del domani⁷⁴.

⁷³ Già Hans Jonas ricordava che occorre fondare profili di responsabilità anche nel caso di obblighi non reciproci, come nell’ipotesi del genitore che si “obbliga” nei confronti della cura del figlio infante (cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, cit., p. 49). A questo riguardo, veda il parere reso dal Gruppo di Lavoro per la Protezione dei Dati Personali ex art. 29 n. 4/2007 “sul concetto di dati personali”, <<https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/ARTICOLO+29+-+WP+136.pdf>>. Su questi temi, cfr. U. Pagallo, *The Law of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Springer, Dordrecht, 2013.

⁷⁴ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta cambiando il mondo*, cit., pp. 133-134.

In terzo luogo, occorre viceversa comprendere “chi” o “cosa” possa discriminare. Come si è già detto, gli algoritmi⁷⁵ e «i modelli attualmente in uso sono opachi, non regolati e incontestabili e, pertanto, possono dar luogo a una “dittatura delle probabilità”»⁷⁶. In particolare nei casi di *screening* dell’occupazione, di recidivismo criminale e di vigilanza predittiva, le decisioni vengono adottate attraverso l’elaborazione di una mole di dati così elevata da rendere «praticamente impossibile la ricostruzione a posteriori dell’iter logico, e quindi della motivazione, con ovvi riflessi sul diritto di difesa di chi si ritenesse pregiudicato»⁷⁷. In questi casi diventa estremamente complesso individuare “un responsabile”⁷⁸.

Come ricorda Lorenzo Milazzo, «dottrina e giurisprudenza, compresa quella costituzionale, non sembrano disposte a rinunciare, almeno in linea di principio, all’idea che possa essere punito solo chi possa essere rimproverato, e che non possa essere rimproverato chi a) non

⁷⁵ Cfr. G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in “Federalismi.it”, 2020, 11, pp. 85-110.

⁷⁶ F. Costantino, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in “Diritto amministrativo”, 4, 2017, pp. 799-836, in part. p. 799.

⁷⁷ Ibidem. Cfr. anche G. Lasagni, G. Contissa, G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in “Diritto di Internet”, 2019, 4, pp. 619-634; G. Fioriglio, *Opacità dei sistemi intelligenti e sicurezza informatica. Un difficile equilibrio fra regolazione e tecno-regolazione*, in “Rivista elettronica di diritto, economia, management”, 3, 2016; G. Fioriglio, *La “dittatura” dell’algoritmo: motori di ricerca web e neutralità della indicizzazione. Profili informatico-giuridici*, in “Bocconi Legal Papers”, 2015, 5, pp. 113-139.

⁷⁸ Cfr., in un’ampia letteratura, E. Pariser, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Il Saggiatore, Milano, 2012; M. Altman, A. Wood, E. Vayena, *A Harm-Reduction Framework for Algorithmic Fairness*, 2018, <<https://cyber.harvard.edu/publication/2018/harm-reduction-framework-algorithmic-fairness>>; M. Brkan, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond*, in “International Journal of Law and Information Technology”, 27, 2, 2019, pp. 91-121; M. Palmirani, *Big data e sistemi automatici di gestione dello spazio pubblico*, L. Corso, G. Talamo (a cura di), *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23-38; M. Palmirani, M. Martone, *Big data, governance dei dati e nuove vulnerabilità*, in “Notizie di Politeia”, 2019, 139, pp. 9-22; F. Abbondante, *La tirannia degli algoritmi e la libertà di manifestazione del pensiero. Lo stato dell’arte e le prospettive future*, in “I-Lex”, 2019, 12, 1-3, pp. 1-16; B. Peregò, *Predictive policing: trasparenza degli algoritmi, impatto sulla privacy e risvolti discriminatori*, in “BioLaw Journal”, 2, 2020, pp. 447-465.

sia causa delle scelte che ha compiuto e b) abbia compiuto scelte che non avrebbero potuto essere diverse da quelle che ha compiuto»⁷⁹.

Come può configurarsi, pertanto, la “responsabilità da algoritmo”? La soluzione individuata da Hans Jonas⁸⁰, ovvero quella che, sulla scorta dell’esempio di Victor Frankenstein, riconosceva al creatore una responsabilità analoga a quella dell’artista per la sua opera, non coglie tutti gli aspetti problematici del tema in questione.

Più opportunamente si potrebbe forse ascoltare l’insegnamento di Platone. Nel *Cratilo*, infatti, egli distingue tra l’utente di un artefatto (nel caso di specie, un tessitore che utilizza una spoletta) e il suo costruttore (il falegname che l’ha realizzata)⁸¹. Inoltre, nella *Repubblica*, viene citato il famoso argomento dei tre letti: il letto ideale è quello prodotto da Dio, il letto fisico dal falegname, quello “finto” dall’imitazione del pittore⁸². Una via di mezzo tra i due esempi è quella illustrata a proposito delle redini e del morso, le quali sarebbero “imitate” dal pittore, conosciute in modo imperfetto dal costruttore, e conosciute autenticamente soltanto dal fantino⁸³.

Grazie a Platone possiamo dunque enucleare almeno quattro diverse figure, alle quali possono corrispondere diversi profili di responsabilità: quella del Dio-architetto, quella del costruttore, quella dell’utente e quella dell’imitatore.

Questa riflessione conduce così, in quarto luogo, alle specificità di quei reati in rete che possono affiancare forme specifiche o “tradizionali” di discriminazione, i quali si caratterizzano (e si aggravano) proprio a causa dell’amplificazione del fatto, comprensibile soltanto quale risultante di condotte molteplici e difficilmente imputabile a singo-

⁷⁹ L. Milazzo, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 89-90. L’autore coglie però un paradosso, proseguendo come segue: «Ma poiché chi è causa delle proprie scelte non avrebbe potuto compiere scelte diverse, così come, del resto, chi avrebbe potuto compiere scelte diverse dalle proprie non è causa delle scelte che ha compiuto, di nuovo la conclusione dovrebbe essere che nessuno possa essere punito giustamente, non potendosi ritenere mai nessuno ‘colpevole’ di aver commesso alcun reato».

⁸⁰ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, cit., p. 127.

⁸¹ Platone, *Cratilo*, 390-b. Cfr., a tal riguardo, L. Floridi, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, cit., pp. 156-166.

⁸² Platone, *Repubblica*, 597b.

⁸³ Ivi, 601c-d.

le responsabilità individuali (si pensi al *revenge porn*, al cyberbullismo e all'*hate speech*⁸⁴).

Se in termini strettamente penali la natura “gregaria” di questi comportamenti si scontra con il dato inequivocabilmente personale della responsabilità penale stessa, sul versante antidiscriminatorio la rilevanza del contesto è invece un aspetto imprescindibile. È, quindi, proprio in questa cornice che è forse possibile individuare un margine di manovra, contrasto e prevenzione di quei gravi illeciti che danno voce ad un «odio post-moderno, aggregato e connesso» ma i cui responsabili spesso beneficiano di una strana forma di impunità da branco⁸⁵.

In quinto luogo, e a questo riguardo, occorre ricordare che, viceversa, la “solitudine” della vittima nello spazio virtuale rende la dinamica discriminatoria ancora più complessa, perché chi è aggredito verbalmente, bullizzato, o comunque trattato sfavorevolmente sulla rete viene anche de-politicizzato, isolato dal contesto sociale, nel vuoto di uno spazio apparentemente “a-formale” dove le dinamiche e le gerarchie del potere paiono meno nitide rispetto ai contesti tradizionali, caratterizzati da una profondità anche temporale e storica. A Jo Freeman e Amanda Hess, in particolare, si deve il merito di aver sollevato il velo e contribuito a diffondere la consapevolezza della soltanto apparente, infatti fittizia, «structurelessness» del web⁸⁶. *Pace*

⁸⁴ Su questi profili, cfr. A. Brown, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, London, 2015; G. Ziccardi, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina, Milano, 2016; G. Magistro, *Cyberbullismo*, Villaggio Maori, Catania, 2018; F. Di Tano, *Hate speech e molestie in rete. Profili giuridici e prospettive de iure condendo*, Aracne, Roma, 2019; A. Sorgato, *Revenge porn. Aspetti giuridici, informativi, psicologici*, Giuffrè, Milano, 2019; A. Di Rosa, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi, Modena, 2020. Si veda anche G. Giannone Codiglione, *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*, in “Il diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2, 2019, pp. 520-540.

⁸⁵ G. Ziccardi, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, cit., pp. 218, 95-97. Cfr. anche G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto dell'anonimato*, CEDAM, Padova, 2008; G. Resta, *Anonimato, responsabilità e identificazione. Prospettive di diritto comparato*, in “Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2, 2014, pp. 171-205; R. Brighi, F. Di Tano, *Identità, anonimato e condotte antisociali in Rete. Riflessioni informatico-giuridiche*, in “Rivista di Filosofia del diritto”, 1, 2019, pp. 183-204.

⁸⁶ J. Freeman, *The Tyranny of Structurelessness*, 1971, <<https://www.jofreeman.com/joreen/tyranny.htm>>, A. Hess, *Why Does Hate Thrive Online? The Roots*

P.J. Barlow e i buoni propositi della Dichiarazione d'Indipendenza del Cyberspazio⁸⁷, l'architettura stessa della rete sarebbe, al contrario, responsabile della marginalizzazione di alcuni utenti.

4. Conclusioni

Nel corso di questo contributo si è offerta una riflessione sull'impatto che le trasformazioni tecnologiche, dettate da algoritmi, dispositivi sempre più interconnessi, cyborg, automi e grandissime moli di big data, hanno e avranno sul diritto. In particolare, si è messa in questione la bipartizione del reale formulata dal Gaio delle *Institutiones*: nell'era di internet, il confine giuridico tra le persone e le cose risulta sempre più sfumato. Lo stesso dispositivo della "persona" fatica a trovare una piena applicazione, posta la sua unitarietà, compattezza e relativa fissità.

Il diritto antidiscriminatorio, in particolare, si presenta come un settore "rigido", perché costruito su tassonomie riconducibili ad attributi "fisici" della "persona", ovvero perché applicabile in contesti e ambiti "analogici" predefiniti. Anche gli aspetti probatori del giudizio, che riposano su presunzioni e nessi diretti di causalità, integrano profili problematici sul versante in esame.

Mentre *de jure condendo* si profila (il problema di) una giurisprudenza costretta dalle lacune normative ad essere più "reattiva", e "creativa", dello stesso legislatore, *de jure condito* provengono interessanti spunti di riflessione. In particolare, acuta è la prospettiva della Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei big data per i diritti fondamentali.

Il posizionamento di tale Risoluzione, peraltro, consente di prestare attenzione a possibili rischi che, come grana fina, potrebbero trascinare le soglie di attenzione e di monitoraggio, quali quelli che attingono alle specificità intersezionali; la qualificazione di "vittime" e

of Internet Culture Provide a Few Clues, in "Slate", 16 ottobre 2015, <<https://slate.com/technology/2015/10/hate-speech-harassment-and-trolling-online-some-history.html>>. Si veda anche l'ormai classico E. Canetti, *Massa e potere* (1960), Adelphi, Milano, 1981.

⁸⁷ P.J. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 8 febbraio 1996, <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>.

“autori” di comportamenti discriminatori, e dei conseguenti profili di responsabilità; la comprensione di alcuni aspetti tipici di fatti illeciti e/o discriminatori, eppure “gregari”, sulla rete; la permeabilità del web alle forme e alle gerarchie di potere.

In epilogo a questa riflessione non resta che da porre una domanda, necessariamente irrisolta, vale a dire se il sistema di diritto antidiscriminatorio reggerà all’urto della tecnologia, oppure se, piuttosto, sia il caso di continuare a interrogarlo per sollecitarne opportune revisioni.