

L'algorithmo tra tutela della creatività e principio di trasparenza¹

di Fabio Dell'Aversana²

Professore a contratto di Private Law e Diritto dei Consumatori

Dipartimento di Economia e Giurisprudenza

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Cosa è possibile attualmente fare tramite Internet? E quali sono le reali e prossime potenzialità di questo strumento che ormai pervade quasi tutti gli ambiti della nostra vita che, però, ancora poco conosciamo e regoliamo?

Possiamo rispondere al primo quesito affermando che Internet rende possibile, nel contempo, lo svolgimento di attività tradizionali e inedite, grazie ad una duttilità che, probabilmente, non trova eguali nella storia dell'umanità. Internet è, d'altronde, una entità estremamente nuova che, grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie, renderà possibile molte cose che la mente ha nei secoli soltanto immaginato.

Internet è uno spazio nuovo, coesiste con la tradizione e pone molteplici quesiti giuridici. *In primis*: è giusto continuare ad applicare la normativa vigente o dobbiamo cercare modelli giuridici nuovi per fronteggiare nuove esigenze ed istanze di tutela? Ovvero è giusto affermare che il compito del giurista 2.0 consiste proprio nel formulare nuove soluzioni in punto di diritto, aderenti alla realtà delle cose, che siano realmente risolutive delle più discusse tematiche?

L'evoluzione tecnologica può influenzare in modo molto forte il paradigma giuridico tradizionale. Basti considerare a quanto è stato forte l'impatto delle nuove tecnologie sui diritti della personalità, situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento riferisce al soggetto al fine di tutelare una serie di aspetti essenziali.

¹ L'articolo ripropone con qualche aggiunta il testo della relazione tenuta all'ICON-S Italian Chapter "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico" svoltosi all'Università degli Studi di Firenze – Polo delle Scienze sociali di Novoli nei giorni 22-23 novembre 2019, panel "L'informazione "algoritmica" nell'era della post-democrazia", Chair Prof. Fortunato Musella. Un particolare ringraziamento va alla Prof. Fulvia Abbondante per il coinvolgimento nell'iniziativa dalla quale sono tornato notevolmente arricchito.

² Informazioni di contatto: f.dellaversana@unicas.it.

In Internet è possibile declinare nuovi diritti della personalità, con la conseguenza che il catalogo dei diritti è andato crescendo, come dimostra l'esempio del diritto alla privacy: esso ha avuto un'attenzione maggiore perché maggiori sono state le possibilità di attacco realizzatesi grazie all'impiego delle nuove tecnologie. È indubbio che la maggior parte delle forme di aggressione alla nostra sfera di riservatezza avviene con un uso improprio dei nuovi strumenti di comunicazione elettronica.

L'attenzione, dunque, si sposta dalla (teorica) esigenza di configurare un catalogo – aperto o chiuso poco importa per il mondo di Internet che travolge, con la sua rapida evoluzione, qualsiasi rigida classificazione, con tutte le conseguenze esegetiche riguardanti l'art. 2 Cost. – all'analisi di un approccio concreto ai problemi, affrontati di recente dal legislatore comunitario che ha voluto predisporre una normativa *ad hoc* sul tema, partendo da una sensibilità giuridica consolidata per incrementare almeno in potenza il livello di tutela.

Dunque, tra le tante norme che hanno per oggetto la vita di Internet c'è uno specifico settore che porta a tutelare e a rafforzare la riservatezza, intesa come situazione giuridica soggettiva che, in alcuni casi, può richiedere misure protettive ancora più forti di quelle operanti nel mondo off line. Impossibile non citare a tal proposito il caso dei minori, soggetti attivi nella realtà di Internet, particolarmente avvezzi nell'utilizzo dei meccanismi della rete ma anche soggetti vulnerabili alle insidie che la stessa presenta.

Tutelare la riservatezza può significare, in alcuni casi, anche la possibilità di escludere la conoscenza di determinate informazioni da parte della collettività. Per esempio, oggi è molto discussa la possibilità che determinate informazioni, col passare del tempo, non risultino più accessibili per la comunità dei cittadini digitali in ragione della volontà di tutelare un diritto all'oblio che un mondo senza Internet ha sempre assicurato *de facto*.

Infine, prima di affrontare il tema del tema specifico della regolazione dell'algorithm, è utile sviluppare qualche considerazione sulla possibilità che vi sia una monetizzazione dei diritti della persona tramite Internet: l'ipotesi da

considerare è quella in cui il diritto della personalità sia oggetto di una negoziazione nell'ambito delle relazioni online, e sia assunto come merce di scambio per l'acquisto di determinati beni o servizi forniti da operatori economici del web. Il crescente numero di iscritti ai social network e la ingenua possibilità di considerare l'offerta di questi servizi a titolo gratuito accentua un dato che è ben considerato dai cc.dd. Over The Top, i grandi del web che hanno imparato nel tempo a trasformare i nostri dati in ricchezza e bilanci più che positivi. Soltanto procedendo ad una attenta lettura delle condizioni generali del contratto (per adesione) formulate dagli OTT, sarà possibile rendersi conto del reale valore che assume in questo nuovo modello economico la cessione dei dati personali.

Se il diritto stenta a offrire reali tutele, maggiori sono le speranze che provengono dagli operatori del web che presto si sono resi conto che le informazioni e i dati degli utenti potrebbero essere facilmente ceduti ad altri soggetti, anche a costo di rendere più trasparente per gli utenti l'operazione di cessione. Esistono delle app che hanno cercato di sviluppare proprio questa idea al fine di mettere l'utente nella condizione di monetizzare in prima persona sull'utilizzo dei propri dati, svincolando il soggetto dal dominio del social network. Soltanto avendo il dominio sui propri dati, l'utente si potrà trovare nella condizione di avere nuovamente un ruolo attivo nella dinamica del web.

Un parallelo può essere utile: il nostro ordinamento civile prevede una serie di norme che hanno come scopo quello di impedire determinati comportamenti. Ad esempio, l'art. 5 cod. civ. proibisce gli atti di disposizione del proprio corpo, ponendo una serie di limiti molto importanti alla autonomia privata. Individuare forme di tutela forti anche per il mondo di Internet non deve, dunque, spaventare il giurista.

Le considerazioni sin qui svolte devono fare i conti con una nuova dimensione di sviluppo del web: quella che si fonda sull'algoritmo, inteso come processo base dell'informatica che consente di trovare e calcolare una soluzione in presenza di determinati fattori.

A lungo si è pensato che l'algoritmo potesse essere definito come un elemento neutrale, frutto di un processo logico matematico che consente di addivenire ad una soluzione certa di un determinato problema. L'algoritmo è, dunque, il frutto della creazione dalla mente umana e può avere una valenza positiva e una valenza negativa.

Entrambi i filoni assumono importanza ed è per questo che è fondamentale comprendere quali siano gli spazi da assicurare alla tutela della creatività che viene in rilievo nel momento in cui è ideato un algoritmo; correlativamente, non è da escludere che vi siano possibili abusi perpetrati proprio grazie al ricorso all'algoritmo, in violazione sia dei principi generali ma anche di normative che tutelino altri valori del nostro ordinamento.

Tutto ciò non può non tenere presente la posizione recentemente assunta da Amnesty International, la quale è giunta ad individuare nell'operato di Facebook e Google pericoli e minacce ai nostri diritti.

L'algoritmo è, quindi, una sequenza di numeri che consente di raggiungere determinati risultati. In base ad un algoritmo, quindi, riceviamo una determinata risposta dal motore di ricerca nel momento in cui effettuiamo una ricerca online. Ed è sempre un algoritmo a "decidere" che alcune risposte sono destinate ad essere visualizzate dopo di altre o, in alcuni casi estremi, a non trovare alcuna visibilità. Quale è, dunque, il criterio in base al quale vengono visualizzate le risposte fornite da un motore di ricerca?

Recuperando proprio le riflessioni formulate in merito al diritto alla riservatezza, dunque, è possibile constatare che esiste anche un algoritmo in grado di organizzare le nostre informazioni cedute al mondo di Internet.

La tutela della creatività intercetta questo tema perché indubbiamente esiste una ampia casistica di ipotesi in cui l'algoritmo ideato dagli sviluppatori di un operatore del web sia da tutelare: in generale e consapevoli delle notevoli implicazioni che questo tema ha sulle tematiche del diritto d'autore e del diritto industriale, è possibile affermare con un algoritmo che apporta un *quid novi* al mondo delle conoscenze può indurre al riconoscimento di forme di tutela. Non è

possibile, invece, sostenere aprioristicamente una valutazione positiva dell'operato di questo algoritmo, con la conseguenza che potrebbe esserci una legittima coesistenza della tutela della creatività con l'esigenza di non far operare nel mondo del web quel prodotto.

La questione è tutt'altro che teorica: nel caso che ha avuto come protagonista Google, la possibilità di coprire, in termini giuridici, l'attività degli ideatori dell'algoritmo è stata riconosciuta meritevole di tutela in punto di diritto. Google, d'altronde, è ideatore di un algoritmo che viene modificato molto spesso, anche una volta al giorno, con la conseguenza che è meritevole di tutela il lavoro creativo svolto all'interno degli uffici californiani di Mountain View.

La risposta a chi chiedeva a Google di rendere noto almeno una parte del suo algoritmo è stata negativa: la richiesta di trasparenza avanzata dagli altri competitors volta ad ottenere la stringa base per la realizzazione di un algoritmo tendenzialmente simile è stata ritenuta, quindi, non fondata proprio con l'obiettivo di assicurare a Google la possibilità di continuare a lucrare sul prodotto ideato.

Ma le potenzialità degli algoritmi sono innumerevoli e per certi versi potrebbero anche spaventare l'utente. Google ha elaborato sicuramente degli algoritmi che non vengono attivati nel momento in cui viene effettuata una richiesta, ma ha anche elaborato algoritmi che rispondono a domande non formulate, ipotesi che conferma quanto sia attiva la vocazione creativa – e imprenditoriale – di Google.

Lo scenario descritto presenta notevoli ripercussioni in termini di equilibri competitivi sul mercato di Internet: la presenza di un soggetto che riesce a imporre in maniera così forte la sua posizione anche in mercati diversi della ricerca online lascia intendere che altri e notevoli possono essere i problemi giuridici da affrontare.

Google, forse nella consapevolezza dei rischi presenti e futuri, in grado di influire sui fatturati da capogiro, ha sempre sostenuto che lo scenario venutosi a creare negli ultimi decenni non implichi la configurazione di un mercato rigido ed

anticoncorrenziale. L'esempio più volte richiamato per sostenere la fluidità del mercato è quello del famoso "giorno nero" di Google in cui il motore di ricerca andò in totale blackout con la conseguenza che si verificò uno spostamento dell'utenza su altri motori di ricerca.

Il tema è ampio e complesso ma è giunto il momento di formulare una prima conclusione. Il diritto d'autore, inteso in senso ampio, è idoneo a tutelare anche l'algoritmo quando le finalità sono positive ma, paradossalmente, anche il diritto d'autore può essere vittima dell'algoritmo. Esiste una fitta rete di operazioni che vengono realizzate tramite computer e la rete Internet che consentono di avere una sistematica violazione di determinati contenuti protetti dal copyright. Lo dimostra la recentissima sentenza della Corte di Cassazione, I Sez. civile, del 19 marzo 2019, n. 7708, che, nel caso RTI contro Yahoo (portale in cui erano stati caricati determinati contenuti, coperti dal diritto d'autore), afferma principi molto importanti che indubbiamente influenzeranno il futuro dibattito.

Gli algoritmi possono diventare armi di distruzione matematica, strumenti dalla forza dirompente: un algoritmo che viene attivato nel mondo di Internet può fare danni notevoli e non sono mancate ipotesi in cui ciò è concretamente avvenuto. La sfortunatamente famosa vicenda del c.d. "flash crash", una giornata di buio totale dei mercati finanziari che si è verificata ben due volte (6 maggio 2010 e 5 febbraio 2018), dimostra quanto pericoloso possa essere l'uso degli algoritmi. In quei due giorni successe che determinati sistemi di contrattazione dei titoli azionari iniziarono a vendere, improvvisamente e senza una chiara motivazione, titoli affidati alla loro gestione. La vendita esponenziale, non prevedibile e assolutamente non considerata dagli operatori finanziari, fondata esclusivamente sull'andamento dell'algoritmo di riferimento, determinò un processo inesorabile di decrescita dei titoli azionari; i titoli si svalutarono, dunque, e molta ricchezza andò persa in poche ore.

Queste armi di distruzione matematica sono però da tutelare ed è per questo motivo che il giurista deve riuscire ad individuare il corretto bilanciamento fra la tutela della creatività umana e l'esigenza di evitare che ci siano futuri abusi, al

pari di quanto, d'altronde, avviene nel mondo offline, realtà ormai difficile da circoscrivere in maniera precisa, che sempre più si fonde con la realtà online per giungere a quella nuova dimensione che è stata teorizzata dell'"onlife".