

CIRCOLAZIONE DEI DATI, AUTOMATIZZAZIONE E REGOLAZIONE*

CARLO COLAPIETRO**

Sommario

1. Circolazione e protezione dei dati e la necessaria regolazione. – 2. Comprensibilità e legittimità nei trattamenti automatizzati. – 3. Qualità dei dati analizzati nell’ambito delle decisioni automatizzate.

Abstract

The worldwide circulation and constant exchange of personal data entails the need for rules that ensure a high degree of protection for the fundamental rights of the individual. Especially when the processing of personal data involves automated decisions. Particular principles and determined rules must be observed unequivocally in order to avoid discrimination, biases and possible abuses. In this respect, it should be noted that some GDPR rules offer promising starting points for new interpretations. However, the EU Regulation approach could present some significant limitations.

Suggerimento di citazione

C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione di discussione tenuta 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, Università degli Studi Roma Tre- Dipartimento di Giurisprudenza.

Contatto: carlo.colapietro@uniroma3.it

1. Circolazione e protezione dei dati e la necessaria regolazione

In materia di regolazione delle decisioni algoritmiche¹ e del loro rapporto con la disciplina della protezione dei dati personali e, più in generale, con libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione Europea², è opportuno formulare qualche considerazione preliminare di ordine generale.

Nell'attuale contesto, infatti, non è più possibile ragionare in termini di mera applicazione delle regole, ma è richiesto un appropriato cambiamento di mentalità, specialmente quando si tratta di dati personali. È necessario guardare ai fenomeni attraverso le lenti di una vera e propria cultura della *privacy*, che nel mondo digitale assume ancor di più la veste di un meta-diritto, il cui godimento è necessario al fine del godimento di tutti gli altri diritti³.

¹ Per un'analisi a tutto campo sui problemi di regolazione connessi all'AI e, in particolare, alla tutela della *privacy* si veda F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018 e, da ultimo, G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, 2021 (in corso di pubblicazione); sia, inoltre consentito rimandare a C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020; v. anche, A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 4 – 5; sull'impiego degli algoritmi in settori determinati, quale ad esempio quello delle decisioni amministrative o giurisprudenziali, vedi R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2021, in particolare il saggio A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*; E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica" – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Erik_Longo_-_La_justizia_nell_era_digitale.pdf; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018; D.-U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7/2018; M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3/2020.

² Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, 21/2019; G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 21/2019; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020.

³ Per un'analisi del diritto alla protezione dei dati personali quale garanzia presupposto degli altri diritti fondamentali sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, pp. 21 ss. ed a C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *Biolaw Journal*, 3/2020, pp. 376 ss; oltre che a S. WACHTER, *Privacy: Primus Inter Pares — Privacy as a*

Occorre, infatti, considerare che quanto meno per quel che attiene al contesto italiano, europeo e, più in generale, occidentale, la società risulta essere totalmente dipendente dai dati e dalle tecnologie informatiche. La straordinaria situazione di pandemia tutt'ora in corso, del resto, dimostra con lapalissiana evidenza come l'intermediazione delle *Information and Communication Technology* (ICT) sia, del resto, indispensabile per poter dare una continuità anche alle più "normali" tra le attività quotidiane. Ancora, è stato evidenziato come la stessa vita umana si svolga in una dimensione *onlife*, espressione coniata dal filosofo Luciano Floridi attraverso la crasi tra le parole *online* e *life*, a significare la ormai pressoché completa integrazione tra il reale e il digitale⁴. Il digitale non è altro dall'uomo, ma, anzi, rappresenta la scena ove si svolgono vicende personali, sociali e politiche del duemila.

Nel documento *Strategia europea per i dati* del febbraio 2019⁵, è stato calcolato che il volume globale dei dati trattati aumenterà, entro il 2025, fino all'impressionante cifra di 175 zettabyte, per un valore economico dei dati trattati nell'Unione corrispondente a 829 miliardi di euro, in un *business* che arriverà ad impiegare circa 11 milioni di professionisti dei dati. Il tema della regolazione si impone, quindi, in tutta la sua importanza.

Peraltro, si tenga presente che il piano della tutela dei diritti fondamentali e quello del perseguimento dell'efficienza economica del mercato non sono in contrasto tra loro, bensì si intersecano reciprocamente⁶. Proprio nel contesto eurounitario, del resto, la tutela dei diritti e il buon funzionamento del mercato risultano del tutto complementari generando una «integrazione positiva»⁷. In materia di dati personali, ciò risulta già dallo stesso titolo del Regolamento UE 2016/679 (c.d. GDPR), e cioè Regolamento relativo non solo «alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», ma anche «alla libera circolazione di tali dati».

I confini all'interno dei quali i dati possono liberamente circolare sono, del resto, stati tracciati dall'affermazione della protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona nell'art. 8 della Carta di Nizza e nell'art. 16 TFUE e, successivamente, proprio dall'entrata in vigore del GDPR. Eppure,

Precondition for Self-Development, Personal Fulfilment and the Free Enjoyment of Fundamental Human Rights, 2017, reperibile in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2903514>.

⁴ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una strategia europea per i dati*, Bruxelles, 19.2.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=IT>

⁶ Come a più riprese rilevato, specialmente da parte G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 6/2019

⁷ G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, cit., 10; V. KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford Portland, 2018.

tali confini sono stati talvolta considerati flessibili, come hanno dimostrato alcune recenti vicende giudiziarie che hanno portato alla luce un'intersezione anche con altre discipline. Proprio da ultimo, il 29 marzo 2021 per la precisione, la sez. VI del Consiglio di Stato – nella sentenza che ha definito il caso AGCM contro Facebook – ha affermato che «la disciplina della tutela della *privacy* e il Codice del consumo presentano ambiti operativi differenti e non contrastanti» e, pertanto, il regime sanzionatorio previsto dalle due discipline non è sovrapponibile, ma deve, anzi, considerarsi integrato⁸.

Tralasciando in questa sede la qualificabilità dei dati come «*res extra commercium*» o meno, resta, però, il fatto che essi circolano e dunque ne è necessaria la regolazione. Ancor di più, in quanto oltre a circolare i dati rappresentano la materia prima per permettere il funzionamento dei sistemi algoritmici e delle tecnologie basate sull'intelligenza artificiale i quali, attraverso la loro analisi ed elaborazione, riescono a raggiungere determinati risultati, conclusioni o, addirittura, previsioni. Come il carbone e la macchina a vapore hanno rappresentato gli elementi essenziali della Prima rivoluzione industriale e il petrolio e il motore a scoppio quelli della Seconda rivoluzione industriale, i dati, gli algoritmi e l'Intelligenza artificiale rappresentano i fondamenti di quella che stiamo vivendo noi e che oggi è ancora nella sua fase iniziale⁹.

Occorre, quindi, sviluppare un modo di pensare alla *privacy* e di avvicinarsi ai dati personali tale da garantire sia il massimo livello di tutela per la persona umana che la circolazione libera e sicura dei dati personali, nel quadro della nuova economia digitale. Per quanto riguarda lo spazio giuridico ed economico europeo, il progresso segnato da questa evoluzione normativa, insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, garantisce il rispetto dei diritti, attraverso principi come l'*accountability*, la trasparenza, la limitazione delle finalità, la minimizzazione dei dati, e diritti come la cancellazione, l'oblio o la portabilità dei dati, e istituti come la *privacy by design* e la *privacy by default*.

Il quadro normativo riguardante la regolazione della circolazione e dell'utilizzo dei dati non si esaurisce certamente con il discorso relativo alla *privacy*. Difatti, l'Unione Europea è in procinto di varare una serie di riforme relative a diversi profili, come ad esempio il *Data Governance Act* (DGA), il *Digital Single Market Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA), il Regolamento *E-Privacy*,

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

⁹ V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano, 2013. Sulle possibilità tecniche offerte dai *Big Data*, cfr. H. V. JAGADISH, J. GEHRKE, A. LABRINDIS, Y. PAPA-KOSTANTINO, J. M. PATEL, R. RAMAKRISHNAN, C. SHAHABI, *Big Data and Its Technical Challenges*, in *Communications of the ACM*, 2014; sui dati come risorsa si veda, inoltre, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017; *Data is giving rise to a new economy*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

nonché il Regolamento su *European approach on Artificial intelligence*. Senza soffermarsi in questa sede sull'analisi di queste innovazioni normative – ancora allo stadio di proposta nel momento in cui si scrive – né sull'elencazione di altri interventi legislativi da parte dell'Unione, ciò che preme, invece, sottolineare è il fatto che il legislatore stia cercando di “rincorrere” il fenomeno tecnologico, mentre esso continua ad evolversi rapidamente, aprendo continuamente scenari nuovi in un territorio che sfugge sempre di più alle tradizionali categorie giuridiche¹⁰.

Dal canto loro, anche le Autorità indipendenti stanno cercando di trovare nuove sinergie al fine di offrire punti di riferimento comuni. Stante la già menzionata intersezione tra i profili relativi alla protezione dei dati personali, la tutela della concorrenza e del mercato e le garanzie nelle comunicazioni, nel 2020 le tre Autorità hanno predisposto un'indagine congiunta sui *Big Data*¹¹, anche al fine di individuare dei punti di vista comune. Tuttavia, anche la strada della cooperazione tra le *Authorities* rischia di essere molto lunga e tortuosa e occorrerà del tempo affinché il lavoro condiviso possa cominciare a dare qualche frutto che possa giungere a maturazione.

Vi è poi il problema dell'impiego degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale, che sempre di più permettono di sfruttare l'immenso potenziale dei dati. Anche rispetto all'utilizzo di certe tecnologie, si versa ancora in uno stato embrionale e la parte di campo da esplorare è immensamente più vasta di quella già esplorata. Ciononostante, l'Unione Europea sta già mettendo a punto uno strumento normativo per regolare taluni aspetti del fenomeno, come dimostra la già richiamata proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale della Commissione Europea.

Ad ogni modo, c'è da dire che il tema dei trattamenti automatizzati dei dati ha, in realtà, origine “antica”. Sono, infatti, ormai quarant'anni che nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata adottata la Convenzione di Strasburgo (Convenzione n. 108/1981), la quale è, peraltro, tuttora in vigore¹². Essa è considerata anche come una delle prime fonti in materia di protezione dei dati a livello

¹⁰ Il rischio che oggi giorno gli atti normativi nascano già inadeguati a rispondere al continuo mutamento tecnologico è messo molto bene in evidenza nell'efficace contributo di S. SCAGLIARINI, *Identità digitale e tutela della privacy*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” su “Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica” – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Simone_Scagliarini_-_Identita_digitale_e_tutela_della_privacy.pdf, pp. 46 ss.

¹¹ Cfr. *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020 in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

¹² Occorre segnalare che nel maggio del 2018 la Convenzione n. 108/1981 ha conosciuto un intervento di modernizzazione finalizzato ad armonizzare la Convenzione alle previsioni introdotte dal Regolamento UE 2016/679, acquisendo così la denominazione di Convenzione 108+.

europeo. I principi sanciti all'epoca dalla Convenzione¹³, infatti, fanno ormai pienamente parte dell'*aquis* europeo in materia di dati personali, essendo stati, prima, incorporati nella c.d. "Direttiva madre" e, da ultimo, confermati nel Regolamento UE 2016/679.

Si deve, infatti, ricordare che già l'art. 15 della Direttiva n. 95/46/CE sanciva il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a decisioni che producessero effetti giuridici o avessero effetti nei suoi confronti che fossero fondate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati, a meno che tali decisioni non fossero prese nel contesto della conclusione o dell'esecuzione di un contratto o non fossero autorizzate dalla legge. Tuttavia, con il GDPR la tutela offerta alla persona fisica è stata rafforzata, grazie alla disciplina dell'art. 22, ed il quadro si è fatto più limpido anche grazie all'adozione di Linee guida da parte del WP29¹⁴.

2. Comprensibilità e legittimità nei trattamenti automatizzati

Al giorno d'oggi, la logica da utilizzare nell'analisi del complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali¹⁵ va ben oltre la serie di garanzie conoscitive approntate dal GDPR accanto al divieto di processi decisionali automatizzati di cui all'art. 22. Ed infatti, proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina¹⁶, riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanation* nel GDPR.

Ebbene, il concetto di *explanation* deve essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell'oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione.

Con riguardo all'oggetto, occorre distinguere la *explanation* riferibile al *funzionamento del sistema*, cioè al meccanismo decisionale nel suo complesso, e la

¹³ Tra i quali, per citarne qualcuno, liceità e correttezza del trattamento, qualità dei dati personali intesa come pertinenza, non eccedenza, adeguatezza ed esattezza, legalità del trattamento automatizzato, specificità e liceità delle finalità.

¹⁴ Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e riviste il 6 febbraio 2018.

¹⁵ A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit.; altri spunti anche in F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico*, cit.; E. CREMONA, *Un convegno su intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020.

¹⁶ Si evidenzia la critica di S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss.; *contra* G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation in International Data Privacy Law*, 2017, pp. 224 ss; ma anche A. D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 233 ss; sembra superare il contrasto L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *16 Duke Law & Technology Review*, 2017.

explanation relativa a delle *decisioni specifiche*, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione.

Alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra *explanation ex ante* ed *explanation ex post*. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il *right to explanation ex post* può essere riferito sia all'intera struttura decisionale che alle singole decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di *explanation* che secondo un'accreditata dottrina non è rinvenibile nel Regolamento¹⁷.

Ciononostante, è bene tener presente che la “spiegabilità” e la conseguente “comprensibilità” sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell'evoluzione subita dal diritto alla *privacy*, dalla mera concezione di esclusione dall'informazione tipica del diritto alla riservatezza (*rectius*, dell'antico *right to be let alone*) al controllo sulle proprie informazioni¹⁸.

Vengono così in rilievo gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all'interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che, in caso di trattamento interamente automatizzato, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste da tale trattamento per l'interessato». Si tratta della nota *informativa privacy*. Queste norme, insieme anche all'art. 15 del GDPR – relativo al diritto ad accedere ai propri dati – sono state definite come la *Magna Charta* del diritto dell'interessato di essere informato e di controllare la legittimità del trattamento dei dati¹⁹.

L'applicazione del principio di trasparenza all'algorithm²⁰ nasconde, però, in sé un paradosso. Infatti, se «aprire le macchine e rimuovere ogni opacità [...] sul modo in cui queste operano riporta naturalmente l'uomo in una posizione di comando», non si può però ignorare che le macchine sono progettate da soggetti che intendono sfruttare l'asimmetria informativa, in quanto «dall'iniziale opacità intendono trarre un vantaggio economico o di potenza

¹⁷ Cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., p. 15.

¹⁸ Efficacissima la ricostruzione di S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, pp. 207 ss., secondo cui si va «1) dal diritto d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla *privacy* al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla *privacy* alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo». Si veda anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006,

¹⁹ Cfr. FLORIAN SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario online.

²⁰ Vedi, da ultimo, G. DE MINICO, *Towards an “Algorithm Constitutional by Design”*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2021.

dal loro impiego»²¹. Anche a voler ammettere l'esistenza di un ipotetico principio di "pubblicità" dell'algoritmo, non vi sarebbe un significativo beneficio economico nel progettare algoritmi e mancherebbero incentivi allo sviluppo della qualità dei *software* progettati. Sul punto sono state avanzate varie tipologie di soluzioni, tutt'oggi però non ancora pienamente applicabili²². La migliore proposta formulata in dottrina per venire a capo del dilemma è quella soluzione mediana che permetta di spiegare il processo seguito dalla macchina (la mera "logica" del trattamento) senza svelarne i segreti: l'adozione della c.d. "prova controfattuale"²³.

È, inoltre, importante che si possa sempre far riferimento ad un responsabile umano, come ricordato recentemente anche dal Consiglio di Stato nella sent. n. 8472/2019, conformemente al modello definito HITL (*human in the loop*)²⁴. Tale principio ha un'eco anche nel GDPR, nell'ambito proprio dell'art. 22, par. 1, il quale stabilisce che l'interessato abbia «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato,

²¹ G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, cit., pp. 290 ss.

²² Si segnalano, in tal senso, alcuni metodi di "spiegazione" per accrescere la possibilità di interpretare le decisioni prese attraverso sistemi di *machine learning*, come il c.d. LIME e le sue varianti, in base al quale possono essere evidenziati i fattori principali del processo decisionale originario: v. sul punto M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 34-35.

²³ Sul punto v. S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289: gli Autori indicano come la proposizione «*You were denied a loan because your annual income was £30,000. If your income had been £45,000, you would have been offered a loan*» possa rappresentare un esempio di spiegazione controfattuale. Questa fornisce infatti un livello d'informazioni tali da consentire all'interessato di capire perché si sia giunto ad un determinato esito della decisione, senza tuttavia la necessità di dover comprendere ogni aspetto del processo algoritmico-decisionale compiuto. Cfr. altresì M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 35: «*From a computational point of view, apart from fixing a desired output, known black-box algorithms to compute counter-factual explanations consist in probing the inputs. For instance, the Growing Sphere method samples the inputs around the input for which a counterfactual explanation must be computed, while Wachter et al. sample the inputs with an optimisation procedure that allow to find a counterfactual explanation which minimises the difference with the input to be explained*».

²⁴ Si veda il punto 15.2 della sent. n. 8472/2019 del Consiglio di Stato: «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano». Al riguardo cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, pp. 79 ss. E M.L. JONES, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, in *Social Studies of Sciences*, 2017, pp. 216 ss.

compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»²⁵. Tuttavia, tale divieto opera soltanto qualora la decisione sia basata unicamente sul trattamento automatizzato e, dunque, non vi sia intervento umano, nonché sia idonea a produrre effetti giuridici o a incidere significativamente sulla persona dell'interessato. Inoltre, lo stesso art. 22 prevede una serie di eccezioni, e cioè la decisione automatica deve essere: a) necessaria per concludere o eseguire un contratto, b) autorizzata dal diritto dell'Unione o di uno Stato membro, o c) basata sul consenso dell'interessato²⁶.

3. Qualità dei dati analizzati nell'ambito delle decisioni automatizzate

In questo contesto è opportuno, inoltre, distinguere tra dati personali e dati non personali, che, peraltro, non è affatto un'operazione scontata nella pratica perché è assai difficile dare forma al concetto di "identificabilità"²⁷. Soprattutto, grazie alle nuove tecnologie e alla loro capacità di aggregare i dati, anche il dato apparentemente più anonimo e insignificante può, se opportunamente combinato con altri, diventare strategico nell'individuazione di una determinata persona.

A tal proposito, è necessario evidenziare un aspetto sul quale, a riguardo di dati anche non personali, è necessario fare maggiore chiarezza, e cioè quello relativo alla *qualità* dei dati impiegati nell'ambito delle decisioni algoritmiche. Infatti, errori o distorsioni nei dati producono effetti sul modello decisionale finale e lo sviluppo di un sistema decisionale algoritmico affidabile richiede, quindi, una base di dati qualitativamente validi²⁸.

²⁵ In merito al "diritto di non essere sottoposto" ci si è interrogati se, in concreto, dovesse configurarsi quale diritto di opposizione da far valere su impulso dell'interessato o se, al contrario, dovesse concretizzarsi in un divieto rivolto direttamente al titolare del trattamento. Sul punto è da ultimo intervenuto il WP29 chiarendo come la previsione dell'art. 22, par. 1 del GDPR contenga una proibizione diretta al titolare: cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e riviste il 6 febbraio 2018.

²⁶ Nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c), l'art. 22, par. 3 dispone che il titolare debba attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». Cfr. P. SCHOLZ, *Artikel 22. Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*, in S. SIMITIS, G. HORNING, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar*, Baden-Baden, 201 pp.709 ss.

²⁷ Sulla nozione di persona identificata o identificabile si veda, ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007, pp. 12 ss.

²⁸ Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental right*, 7 June 2019; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Guidance on the AI auditing framework – Draft guidance for consultation*, 2020, pp. 26 ss.

La stessa sentenza del Consiglio di Stato menzionata poc' anzi, facendo riferimento proprio al considerando 71, ha affermato che «occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'*output* decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni»²⁹.

Del resto, la «correttezza formale non equivale a obiettività o imparzialità», caratteristiche non ancora proprie dell'Intelligenza artificiale, le quali però potrebbero essere sviluppate, qualora l'uomo decidesse di accompagnare «le macchine a questo genere di consapevolezza comportamentale, intervenendo proprio sulla qualità dei dati». L'efficienza e l'imparzialità delle decisioni, infatti, non sono garantite *tout court* dall'utilizzo di tecnologie algoritmiche. Talvolta capita che inefficienze e malfunzionamenti dell'algoritmo vengano prodotti «da dati di bassa qualità o da processi mal congegnati, piuttosto che da cause attribuibili a comportamenti della persona»³⁰.

Per ovviare al problema e garantire che i procedimenti algoritmici producano risultati corretti e coerenti è necessario inserire dei dati che siano di buona qualità. Tuttavia, al tal fine, è forse opportuno individuare anche degli standard tecnici per valutare e gestire la qualità dei dati, come ad esempio le ISO 8000. Del resto, in altre discipline già esiste un'ampia ricerca in tal senso e sono già stati approntati diversi quadri tecnici. Anche in questo campo, dunque, è ragionevole aspettarsi un progressivo accrescimento dell'importanza delle regole tecniche³¹.

Al di là di questo, è interessante anche chiedersi quali potrebbero essere le eventuali conseguenze patologiche allorquando dati di qualità non adeguata conducano a decisioni algoritmiche errate o lesive. Nella prospettiva del diritto amministrativo potrebbe, ad esempio, qualificarsi come viziata da eccesso di potere la decisione algoritmica basata su dati di “cattiva” qualità, sia nella figura del difetto d'istruttoria che in quella del travisamento di fatti.

Pur non essendovi ancora precise norme o giurisprudenza al riguardo, un appiglio potrebbe essere ravvisato nel principio di esattezza dei dati di cui all'art. 5 GDPR, alla stregua del quale i dati personali che vengono trattati

²⁹ In materia di discriminazioni algoritmiche si veda *amplius* il recente contributo di C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” su “Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica” – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Costanza_Nardocci_-_Intelligenza_artificiale_e_discriminazioni.pdf; sullo stesso problema cfr. anche W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> 2018.

³⁰ Cfr. G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 267 e 287.

³¹ Vedi in proposito J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, in *Computer und Recht* 2020, p. 77-78.

devono essere «esatti e, se necessario, aggiornati» e devono essere, peraltro, «adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati»³².

E sempre nel GDPR, può forse essere rinvenuta la chiave di volta per venire a capo del problema della qualità dei dati. Il ricorso a sistemi di certificazioni³³, previsti dagli artt. 42 e 43 GDPR, può infatti generare un maggiore affidamento in coloro che conferiscono i dati e, soprattutto, permettere a chi li tratta di dimostrare la propria *accountability*, in un meccanismo in cui alla fiducia degli interessati fa da specchio la responsabilità dei titolari del trattamento.

³² Sulla rilevanza del principio di esattezza dei dati previsto nel GDPR, con particolare riguardo al *training* e all'utilizzo di sistemi artificiali, si veda G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., pp. 265 ss.; H. ZHU, E. MADNICK, Y. W. LEE, R. Y. WANG, *Data and Information Quality Research* in H. TUCKER, T. GONZALEZ, A. TOPI, *Computing handbook*, 2014; J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., p. 73; sul punto anche il Garante per la protezione dei dati personali, cfr. provv. n. 515/2013, [doc. web n. 2765110].

³³ Sul tema delle certificazioni applicate alla disciplina sulla protezione dei dati si veda R. GIANNETTI, *La certificazione ai sensi del GDPR: standard per l'affidabilità del mercato data driven*, in L. BOLOGNINI (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale*, Giuffrè, 2021, pp. 217 ss.; E. LACHAUD, *What GDPR tells about certification*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, vol. 38.