

Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un “*Social credit system*”?*

Federico Costantini e Gabriele Franco

Nel presente contributo si affronta il problema della decisione automatizzata in ambito amministrativo a partire dall'esempio del “Social credit system” cinese, il più avanzato sistema tecnologico di sorveglianza, profilazione e orientamento comportamentale di massa mai realizzato. Premessi alcuni cenni sulle questioni di fondo relative al rapporto tra intelligenza artificiale e potere pubblico, si discute sull'adozione della decisione automatizzata in ambito amministrativo e si formulano alcune osservazioni relative alle condizioni di legittimità ai sensi del regolamento (UE) 2016/679.

1. Introduzione: il “Social credit system”, ovvero, «la Cina è vicina?»

1.1. L'esempio più recente: il “Social credit system” cinese

È noto che la Repubblica popolare cinese ha introdotto negli ultimi otto anni un sistema di profilazione di massa – il c.d. “*Social credit system*” (Scs) – che consente allo Stato di raccogliere grandi quantità di dati personali, i quali vengono elaborati da autorità amministrative e giudiziarie a diversi livelli. Da quanto si apprende da svariate fonti¹, a partire dal 2013 il regime cinese ha sviluppato una progressiva interconnessione tra diverse banche dati governative e aziendali consentendo l'aggre-

(*) Il contributo nel suo complesso è frutto di una riflessione sviluppata congiuntamente dagli Autori. Sono comunque da attribuire a Gabriele Franco il paragrafo 1, a Federico Costantini i paragrafi 2, 3 e 4. Si ringraziano gli anonimi revisori per le preziose indicazioni.

(1) In questa sede si ritiene superfluo rendere conto del programma cinese in tutti i dettagli. Si rimanda a https://en.wikipedia.org/wiki/Social_Credit_System, confidando che tale riferimento sia costantemente aggiornato. Estremamente diffuso, ovviamente, il richiamo alla distopia orwelliana di “1984”, meno comune l'accostamento alla più recente serie “*Black Mirror*”. A mero titolo d'esempio, cfr. <https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>.

gazione di informazioni di varia natura²; per esempio la Banca popolare della Cina (dati relativi al patrimonio, *Sesame Credit* di *Alibaba* (dati reddituali), *Tencent* (*social media* e giochi *on line*), *Didi Chuxi* (operatore di telefonia mobile). Si è venuto a creare in tal modo un sistema di profilazione di massa per cui a ciascun singolo individuo viene associato un punteggio in relazione alla sua condotta.

I dati raccolti servono a valutare la moralità del singolo cittadino. Diverse condotte possono rilevare in positivo o in negativo: dal pagamento delle tasse agli adempimenti contrattuali, dalle sanzioni relative alla circolazione stradale alla corretta separazione dei rifiuti domestici, dall'acquisto di particolari beni alla frequentazione di determinati siti *web* considerati sfavorevolmente (gioco d'azzardo, per esempio)³.

È importante precisare che il "credito" associato alla persona rileva in particolare nei rapporti con i servizi pubblici, poiché il cittadino può essere escluso automaticamente dal beneficiarne qualora non raggiunga una determinata soglia di punteggio⁴. A quanto pare, entro il 2020 il sistema dovrebbe entrare pienamente in vigore, ma alcune sue applicazioni sono già operative al momento in cui questo contributo viene scritto – settembre 2019 – tanto da impedire l'accesso ai trasporti pubblici o persino l'espatrio a qualche milione di persone⁵.

1.2. *La discussione sul "Social credit system" cinese*

Il Scs presenta diversi profili di interesse. Anzitutto, il fatto che i cinesi siano non soltanto profilati come consumatori e che tali dati siano inte-

(2) Ai fini del presente contributo si utilizzano "informazione" e "dato" come sinonimi per comodità di lettura. Le definizioni dei due termini e i loro reciproci rapporti sono oggetto di discussione. L'attuale teoria dell'informazione trova le sue origini nel seminale contributo di C.E. SHANNON, *A Mathematical Theory of Communication*, in *Bell System Technical Journal*, 3, 1948, pp. 379-423.

(3) A ciò si aggiunge il dispiegamento di un numero davvero impressionante di videocamere di sorveglianza dotate di sistemi di riconoscimento facciale, le quali consentono di monitorare in tempo reale gli spostamenti delle persone e quindi di localizzarle in ogni istante. Si parla di duecento milioni di videocamere. Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Mass_surveillance_in_China.

(4) Ciò è facilitato nei casi in cui anche le transazioni avvengono in modo informatico, come per esempio attraverso "WeChat", la piattaforma di messaggistica più diffusa tra i cinesi.

(5) <https://www.theguardian.com/world/2019/mar/01/cbina-bans-23m-discredited-citizens-from-buying-travel-tickets-social-credit-system>.

grati con quelli disponibili presso le pubbliche autorità; in secondo luogo, la soggezione a decisioni amministrative completamente automatizzate; in terzo luogo, il fatto che la posizione di un individuo sia determinata non solo dalle sue azioni personali, ma anche dalla sua rete di relazioni⁶; in quarto luogo, il fatto che il sistema si presenti come una sorta di *gamification* della comunità politica⁷.

Al di là delle diffuse reazioni mediatiche registrate a livello pressoché globale⁸, il dibattito generatosi attorno all'esperienza cinese deve scontare alcuni "peccati originari"⁹. Difatti, la solo recente presa in osservazione del fenomeno, combinata con lo stato ancora in corso di implementazione del progetto (e senza sottovalutare le barriere informative del caso), al momento in cui si scrive rendono difficoltoso riportare una panoramica compiuta e critica dei giudizi circa le implicazioni – pre-

(6) Potrebbe apparire eccessivo o perlomeno curioso che tra gli operatori connessi al Scs vi siano, per esempio, anche agenzie matrimoniali (Baihe.com), eppure ciò pare perfettamente comprensibile nell'ambito di una cultura in cui è radicata la convinzione che una persona non possa essere un buon partner nella vita familiare se non è giudicato affidabile dalla comunità. Ciò comporta che la conoscenza del "punteggio" associato a possibili "candidati" costituisca un dato per il quale colei o colui il quale sia alla ricerca di una "anima gemella" sia disposto a pagare. Il successo commerciale di tali servizi è spiegabile dunque alla luce della visione organicistica della società nella cultura cinese, per la quale la condotta e il valore intrinseco di una persona sono strettamente connessi e soprattutto determinati, in linea di principio, dal suo ruolo all'interno della comunità.

(7) Anche in Italia la *gamification* è oggetto di attenta considerazione come strumento per incrementare la partecipazione nei processi di decisione collettiva. Cfr. di recente l'intervento di G. SGUEO presso FORUMPA2019 <https://www.forumpa.it/citta-territori/gamification-cosi-si-gioca-con-la-pa/>, e il contributo di P. COPPOLA sui "civic points" nella conferenza I-Cities2019, <http://icities2019.unipi.it/program.sbtml>.

(8) Per il Regno Unito, cfr. <https://www.theguardian.com/world/commentisfree/2018/jul/12/algorithm-privacy-data-surveillance>, per la Germania, cfr. <https://global.handelsblatt.com/politics/germany-mass-surveillance-social-credit-china-big-data-886786>, per gli Stati Uniti d'America, cfr. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-48304975>.

(9) Per un inquadramento iniziale, cfr. D. KEATS CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society. Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 1, 2014, pp. 1-33. Per una bibliografia sulle prime fasi di sviluppo, L. YU, L. XINXIE, T. LING, Z. ZONGYI, K. GANG, *Social credit: a comprehensive literature review*, in *Financial Innovation*, 1, 2015, pp. 1-18. Di recente cfr. F. LIANG, V. DAS, N. KOSTYUK, M.M. HUSSAIN, *Constructing a Data-Driven Society: China's Social credit system as a State Surveillance Infrastructure*, in *Policy & Internet*, 4, 2018, pp. 415-453. Per una analisi statistica su circa duecentomila profili relativi alla città di Pechino, S. ENGELMANN, M. CHEN, F. FISCHER, C. KAO, J. GROSSKLAGS, *Clear Sanctions, Vague Rewards. How China's Social credit system Currently Defines "Good" and "Bad" Behavior*, in *Proceedings of the 2nd ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT*)*, Atlanta, 2019, pp. 69-78.

sentì e future – del programma cinese. E tuttavia, per quanto qui rileva, alcuni peculiari profili d'indagine sembrano potersi segnalare quali direttive per le prossime, inevitabili, discussioni¹⁰. E così, se l'impatto sul piano economico e del mercato del Scs pare da tenere in considerazione¹¹, i problemi fin da ora rilevati in termini di possibile conflitto con principi e valori fondamentali trovano dimora prediletta nell'ambito della protezione dei dati personali¹². Di marcato interesse, poi, anche in un'ottica di comparazione culturale¹³, il giudizio dell'opinione pubblica cinese: a motivare un diffuso apprezzamento dell'iniziativa gioca la percezione di una società afflitta da sfiducia, comportamenti antisocia-

(10) Si sottolineano cinque dimensioni di analisi del Social credit system cinese: (1) il fatto che i *databases* da cui vengono attinte le informazioni siano pubblici o privati, come avverrà sempre più in futuro; (2) la configurazione del sistema di classificazione, che in origine era concepita in modo binario (inserimento in *blacklist* dei soggetti il cui punteggio scende sotto una determinata soglia) mentre sono allo studio sistemi di punteggio più sofisticati; (3) carattere completamente automatizzato della valutazione o previsione di una supervisione o dell'intervento umano; (4) valutazione esclusiva delle condotte effettuate o previsione di condotte future; (5) decisioni fondate esclusivamente sui dati dell'individuo o anche su altri soggetti. R. CREEMERS, *China's Social credit system: An Evolving Practice of Control*, SSRN (2018) <https://www.ssrn.com/abstract=3175792>. A ben vedere vi sarebbe un ulteriore possibile criterio classificatorio, relativo al livello amministrativo in cui si colloca il Scs, poiché ve ne sono diversi operati dalle municipalità, L. CHUNCHENG, *Multiple Social credit systems in China*, SSRN (2019) <https://ssrn.com/abstract=3423057>.

(11) Per un'analisi completa sul punto, cfr. M. MEISSNER, *China's social credit system: a big-data enabled approach to market regulation with broad implications for doing business in China*, Mercator Institute for China Studies (MERICS), Berlino, 24 maggio 2017.

(12) Il problema della mancanza di controllo da parte dell'individuo sulle plurime fonti dei propri dati e sul modo in cui essi sono integrati è sottolineato in Y. CHEN, A.S.Y. CHEUNG, *The Transparent Self Under Big Data Profiling: Privacy and Chinese Legislation on the Social credit system*, in *The Journal of Comparative Law*, 2, 2017, pp. 356-378. Le condotte rilevanti ai fini del credito sociale cinese sono di varia natura: prenotare un tavolo al ristorante senza poi presentarsi, mangiare, dormire o ascoltare musica ad alto volume in treno, menzionare le proteste di piazza Tienanmen, A. DEVEREAUX, P. LINAN, *Give Us a Little Social Credit: To Design or to Discover Personal Ratings in the Era of Big Data*, in *Gwu Working Paper in Economics No. 18-35*, 2019. Sull'interessante concetto "surveillance capitalism", cfr. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, New York, Public Affairs, 2019. Il Scs cinese è efficacemente qualificato anche come esempio di "data-driven authoritarianism", C. SEUNGEUN LEE, *Datafication, dataveillance, and the social credit system as China's new normal*, in *Online Information Review*, 2019, <https://doi.org/10.1108/OIR-08-2018-0231>.

(13) Un interessante tentativo di comparazione tra Usa, Ue e Cina si può ritrovare in K.L.X. WONG, A. SHIELDS DOBSON, *We're just data: Exploring China's social credit system in relation to digital platform ratings cultures in Westernised democracies*, in *Global Media and China*, 2, 2019, pp. 220-232.

li e disonestà¹⁴. Nondimeno, emerge assai frequentemente il paragone con la costruzione del “*Big Brother*” di Orwell, sebbene la natura automatizzata dei processi decisionali non fosse nemmeno contemplata nella distopia orwelliana.

1.3. *Il problema della decisione automatizzata nel diritto amministrativo italiano alla luce del RGPD*

Vale la pena di domandarsi, pertanto, se e quanto – riprendendo il titolo di un’opera cinematografica di Marco Bellocchio – la Cina sia “vicina”. La questione non è affatto provocatoria, rivestendo peraltro una certa attualità, giacché il trattamento di dati personali che avviene mediante la profilazione e, più in particolare, la decisione automatizzata, è espressamente preso in considerazione da un intervento normativo da parte dell’Unione europea, il Regolamento generale sulla protezione dei dati – Regolamento (UE) 679/2016 (di seguito RGPD)¹⁵ – a cui l’ordinamento italiano si è adeguato lo scorso settembre¹⁶. È opportuno osservare a tal proposito che il RGPD è stato accolto con freddezza da parte di istituzioni e aziende, se non con aperta ostilità, a causa degli one-

(14) Si registra un giudizio favorevole basato sull’aspettativa che il Scs possa contribuire a migliorare effettivamente le condizioni di vita giudizio favorevole, M. MEISSNER, J. WÜBBEKE, *Information technology enhances central authority and control capacity under Xi Jinping*, in S. HEILMANN, M. STEPAN (a cura di), *China’s Core Executive. Leadership styles, structures and processes under Xi Jinping*, Mercator Institute for China Studies (MERICS), Berlino, 1, 2018, pp. 52-57. Conformemente, G. KOSTKA, *China’s Social credit systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval*, in *New Media & Society*, 7, pp. 1565-1593. D’altra parte, l’incremento di fiducia nei confronti delle istituzioni potrebbe essere l’effetto indiretto del metodo utilizzato, che riconduce la condotta sociale ad una sorta di competizione sportiva, Z. RAMADAN, *The gamification of trust: the case of China’s “social credit”*, in *Marketing Intelligence & Planning*, 1, 2018, pp. 93-107.

(15) Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in GUCE L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

(16) D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in GU n. 205 del 4.9.2018.

ri necessari per l'adeguamento alle sue stringenti disposizioni¹⁷, ma anche con estremo favore da parte degli studiosi, che ne hanno decantato l'innalzamento del livello di protezione dei "diritti" degli interessati¹⁸. Lo stesso atteggiamento ambivalente si riflette nei confronti della decisione automatizzata nella pubblica amministrazione, che da una parte consente di migliorare l'efficienza dell'apparato statale e dall'altra solleva questioni anche delicate sulla protezione dei diritti fondamentali della persona.

In questo contributo intendiamo dunque porre tale problema della decisione automatizzata nell'ambito del nostro ordinamento, ed in particolare nel campo del diritto amministrativo, alla luce delle disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali. Il nostro obiettivo è fornire, nei limiti dello spazio concesso, alcune indicazioni utili non per valutare se essa sia fattibile o meno dal punto di vista tecnologico – evidentemente lo è – ma per verificarne la compatibilità con quelli

(17) Si è giunti a stabilire, su pressione delle categorie economiche, un periodo di sostanziale moratoria nei primi mesi della sua applicazione, d.lgs. 101/2018 art. 22 comma 13 «Per i primi otto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Garante per la protezione dei dati personali tiene conto, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e nei limiti in cui risulti compatibile con le disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679, della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie».

(18) Vale la pena di ricordare che la posizione giuridica soggettiva inerente alla figura dell'"interessato" al trattamento dei dati personali configura un vero e proprio diritto soggettivo enunciato a livello internazionale dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, n. 108 del 28 gennaio 1981, c.d. "Convenzione di Strasburgo", ed inserito nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, c.d. "Carta di Nizza", nonché nell'art. 16 TFUE. Vi sono alcuni autori che in passato ne hanno sostenuto la qualificazione come mero interesse giuridicamente qualificato, G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2003, pp. 313-330. Nel considerando (4) dell'RGPD tale diritto non viene configurato come assoluto ma come intrinsecamente modulato per adeguarsi ad altri valori giuridici «[...] Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemplato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità». Tale approccio gradualistico è stato recentemente sottolineato: «Siamo [...] in presenza di una specificazione del diritto generale della personalità, che, come il diritto alla vita privata, e alla vita, alla integrità, alla libertà e alla sicurezza, e alle altre libertà, è classificabile come un diritto fondamentale, che qui tuttavia è condizionato e bilanciato: diverso quindi dai diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, e diverso dai diritti della personalità così come costruiti nel corso di più di un secolo, come diritti assoluti, inalienabili, indisponibili» G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, Cedam, 2019, pp. 11-33, p. 16.

che sono i presupposti “culturali” della nostra civiltà giuridica – i valori costituzionali, più precisamente – che guidano l’esercizio del pubblico potere. In massima sintesi: “la Cina è vicina”? in che termini la pubblica amministrazione oggi può permettersi di svolgere la sua attività mediante decisioni automatizzate? Quali sono le tutele previste per coloro che vi sono sottoposti?

1.4. *Struttura argomentativa*

Al fine di affrontare il tema proposto riteniamo opportuno fornire dapprima alcune indicazioni di fondo relative al rapporto tra intelligenza artificiale (di seguito anche semplicemente “IA”)¹⁹ ed esercizio del potere pubblico, o meglio, rispetto al suo attuale significato rispetto alla concezione dello Stato, proponendoci di offrire, in secondo luogo, alcuni chiarimenti sulla distinzione tra profilazione e decisione automatizzata alla luce del RGPD. Successivamente si forniscono alcune osservazioni sulle implicazioni relative alla decisione automatizzata nella pubblica amministrazione, anche e soprattutto alla luce dei criteri e delle limitazioni contemplate in tale disciplina.

Al termine della disamina proponiamo alcune osservazioni di sintesi.

2. *Intelligenza artificiale e potere pubblico*

Si può sostenere – in termini molto generali – che lo scopo essenziale dell’amministrazione pubblica è la gestione oculata delle risorse da destinare alla soddisfazione dei bisogni della collettività attraverso l’organizzazione pubblica²⁰. Tale esigenza, evidentemente, non è sorta con lo

(19) In questa sede non è consentito, per ragioni di brevità, approfondire la definizione di “intelligenza artificiale”. Per un’introduzione aggiornata alle più recenti tecnologie di *machine learning*, S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial intelligence. A modern approach*, Boston, Pearson, III ed., 2016; per un inquadramento storico H.R. EKBLA, *Fifty years of research in artificial intelligence*, in *Annual Review of Information Science and Technology*, 1, 2010, pp. 201-242; con riferimento all’applicazione alla logica giuridica, cfr. K.D. ASHLEY, *Artificial intelligence and legal analytics. New tools for law practice in the digital age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. In massima sintesi si può sostenere che oggi è superato il criterio dell’intelletto umano quale standard valutativo della capacità di calcolo dei sistemi artificiali, strumento di valutazione originariamente concepito come “gioco dell’imitazione” in A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 236, 1950, pp. 433-460.

(20) Qui ci limitiamo a rimandare a G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri*

Stato moderno, ma è connaturata alla formazione di comunità complesse, cambiando a seconda del contesto il modo con cui si è tentato di darvi risposta. È evidente che nel corso della storia i vantaggi della tecnologia sono stati sfruttati anche per migliorare sia l'efficacia dell'azione pubblica, che l'efficienza dei controlli interni ed esterni. Ciò vale ovviamente per ogni forma di "tecnologia", dalla scrittura alla contabilità. In questa sede interessa concentrare l'attenzione sulla gestione dell'informazione in termini meno generali. Ciò che conta non è tanto il modo in cui l'informatica è stata adottata in tale contesto, quanto il significato che, oggi, si può cogliere alla luce dell'attuale configurazione del rapporto tra informazione e sfera pubblicistica. A tal fine si propone una classificazione in tre fasi ideali – che qui indichiamo rispettivamente come "attiva", "reattiva" e "proattiva" – a seconda del modo in cui si è configurato il governo sulle informazioni nell'ambito della pubblica amministrazione²¹.

Nella prima fase, quella "attiva", i dati sono semplicemente raccolti e archiviati dall'apparato pubblico. Si tenga presente, a tal proposito, che anche nell'antichità non erano rari i censimenti che venivano effettuati dai governanti per determinare la consistenza delle popolazioni e quindi stimare, per esempio, l'entità delle imposte. Un esempio celeberrimo è quello durante il quale nacque Gesù Cristo (Luca 2,1-2). Un caso molto meno noto è il censimento degli Stati Uniti d'America avvenuto nel 1890, il primo compiuto utilizzando tecnologie dell'informazione paragonabili a quelle di oggi²².

generali), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 233-240.

(21) Anticipando una possibile obiezione si precisa che la prospettiva che si intende delineare non intende proporre una visione storicistica ma fornire una lettura semplificata di processi storici lunghi e complessi al solo ed esclusivo fine di introdurre la trattazione del problema centrale del presente contributo. La fenomenologia che emerge ha lo scopo di esporre in modo sintetico il problema della giuridicità nella complessità tecnologica, sulla quale cfr. per tutti U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2015.

(22) La campagna di raccolta dei dati sulla popolazione statunitense venne effettuata utilizzando delle speciali schede perforate, che consentivano di estrarre dati ed elaborare statistiche con maggiore velocità, J. BENIGER, *The Control Revolution. Technological and Economic Origins of the Information Society*, 1986, tr. it. di Carla Palmieri, *Le origini della società dell'informazione. La rivoluzione del controllo*, Torino, UTET libreria, 1995.

La seconda fase, quella “reattiva”, prevede un diverso rapporto tra lo Stato e le informazioni raccolte. Sotto questo profilo vale la pena di ricordare che da Gottinga nel Settecento – ad opera principalmente di Gottfried Achenwall²³ – si diffuse la *Staatswissenschaft*, ossia la “Scienza dello Stato”, come dottrina che prevede l’utilizzo dei dati per orientare le decisioni di governo adeguandole alle condizioni sociali ed economiche del territorio. L’approccio, come anche quello di Montesquieu nello “Spirito delle Leggi”²⁴ – peraltro pubblicato negli stessi anni – non è pragmatico, bensì teoricamente fondato sulla convinzione che la “statistica” – così come oggi conosciuta, quella dei numeri e delle percentuali, insomma – fosse la vera e propria Scienza dello Stato, distinta per fondamenti e metodo sia dalla Scienza del diritto che dalla Scienza politica. È importante sottolineare che l’oggetto di tale disciplina è lo Stato moderno, ossia una entità concepita in termini meccanicistici già da Hobbes²⁵, come sottolineato peraltro da Carl Schmitt, con l’espressione *machina machinarum*²⁶ ricordata anche in Natalino Irti²⁷. A ciò inevitabilmente corrisponde una visione razionalistica della società, conce-

(23) G. ACHENWALL, *Abriss der neuesten Staatswissenschaft der vornehmsten Europäischen Reiche und Republicken. Zum Gebrauch in seinen academischen Vorlesungen*, Göttingen, Schmidt, 1749.

(24) C.L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c a quoi l'auteur a ajoute des recherches nouvelles fur les loix romaines touchant les successions, fur les loix françoises, & fur les loix feodales*, 2 vols., Ginevra, chez Barrillot & fils, 1748.

(25) Di fatto l’incipit del Leviatano è alquanto esplicativo: poichè la vita in generale non è altro che movimento di arti «*life is but a motion of Limbs*» T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London, Printed for Andrew Crooke, 1651, p. 1. Poche righe sotto si osserva come in Hobbes lo Stato è concepito come un organo artificiale – ma sempre un organo – e la sovranità è rappresentata come una “anima artificiale”: «*For by Art is created that great LEVIATHAN called a COMMON-WEALTH, or STATE, (in latine CIVITAS) which is but an Artificiall Man; though of greater stature and strength than the Naturall, for whose protection and defence it was intended; and in which, the Sovereignty is an Artificiall Soul, as giving life and motion to the whole body [...]*», *ivi*.

(26) C. SCHMITT, *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 4, 1936, pp. 622-632, p. 630.

(27) N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 43.

pita come una “megamacchina”²⁸, un artefatto dai molteplici e complicati ingranaggi.

Nella terza fase, quella “proattiva”, lo Stato si trova in una relazione complessa – in senso teoretico – con la società in cui è immerso²⁹. Le interazioni sono tanto profonde e intense da rendere impensabile una separazione – tra “sistema-Stato” e “ecosistema-società” – ma soprattutto da richiedere che ciascuno dei termini – “soggetto-osservante” e “oggetto-osservato” – sia chiave ermeneutica dell’altro³⁰. Lo Stato, di fatto, non è più la massima espressione della struttura costitutiva delle relazioni sociali, quindi fattore di stabilità e di riequilibrio, ma si pone come protagonista, se non primo motore, dei processi di mutazione: esso diventa fattore di innovazione sociale. In questo senso, la concezione dello Stato si inserisce in una visione tecnologica espressa in modo evocativo dalle parole di Vittorio Frosini: «Non si potrebbe [...] più raffigurare lo Stato secondo l’immagine tradizionale di un organismo vivente [...] esso è oggi inteso come un sistema di relazioni, che possono essere programmate diversamente sulla base di un sistema di informazioni e di decisioni, come avviene nei sistemi di automazione informatica»³¹. Del resto, ciò è confermato storicamente dal tentativo compiuto nel Cile di Salvador Allende di utilizzare la cibernetica per far transitare la società da una economia di mercato ad una pianificata³², che può essere considerato come speculare rispetto al recente utilizzo della tecnologia

(28) S. LATOUCHE, *La mégamachine. Raison technoscientifique, raison économique et mythe du progrès. Essais à la mémoire de Jacques Ellul*, 1995, tr. it. di Alfredo Salsano, *La megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso. Saggi in memoria di Jacques Ellul*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995.

(29) M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 voll., Torino, Giappichelli, 1968-2002.

(30) Il rapporto tra “osservabile” e “osservatore” è stato ridefinito recentemente in termini di interazione dinamica dalla “teoria della complessità”, G. BOCCHI, M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, Feltrinelli, 1985.

(31) V. FROSINI, *Riflessi sociali dell’informazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1988, apparso in traduzione inglese come *The social implications of the computer revolution*, in *Informatica e diritto*, 3, 1987, pp. 7-23, poi raccolto in *Id.*, *Informatica, diritto e società*, cit., p. 321.

(32) E. MEDINA, *Cybernetic revolutionaries. Technology and politics in Allende’s Chile*, Cambridge, MIT Press, 2011.

da parte della Cina – di cui l’Scs è l’espressione più significativa – per ottenere l’effetto inverso.

L’attuale configurazione della c.d. “amministrazione digitale” poggia inevitabilmente sul sostrato culturale appena tratteggiato. In questa sede non è possibile approfondire i presupposti di questa tematica³³, tuttavia vale la pena sottolineare come il rapporto tra la tradizionale concezione dell’amministrazione pubblica e la sua rivisitazione in termini digitali non sia affatto semplice, e non soltanto per questioni pratiche, come si è portati a ritenere dalle condizioni di difficoltà in cui versano taluni uffici. A conferma, sia sufficiente ricordare che l’articolo 3 del Codice dell’amministrazione digitale³⁴, il quale attribuisce a cittadini e imprese il “Diritto all’uso delle tecnologie”³⁵, ha subito ben cinque interpolazioni in dodici anni. In massima sintesi, il ruolo dell’innovazione tecnologica nei confronti dell’attività amministrativa, la ripartizione delle funzioni e dei costi tra amministrazioni centrali e autonomie locali, nonché la definizione degli standard operativi, dipendono in fin dei conti da una opzione di carattere filosofico che è stata fatta “a monte”, o meglio, come recentemente sottolineato, potrebbero esprimere un mutamento in atto nella stessa natura del potere pubblico: la complessità dell’interazione tra diversi sistemi di fonti si sostituisce al monolitismo della tradizione kelseniana, il decentramento funzionale si integra con quello politico delle autonomie regionali e locali, la *iurisdictio* – la determinazione del diritto nel caso concreto – da *iudicium* – decisione sulla prevalenza di un interesse rispetto a un altro – diventa *dictio iuris* – comunicazione concernente un determinato assetto di interessi – vincolante anche all’esterno della vicenda in cui

(33) Cfr. G. DUNI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 13-49; con specifico riferimento al rapporto con la Costituzione, E. D’ORLANDO, *Profili costituzionali dell’amministrazione digitale*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2, 2011, pp. 213-229; più di recente con riguardo alle più recenti tecnologie, D.U. GALETTA, *La pubblica amministrazione nell’era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e diritto*, 3, 2018, pp. 319-336.

(34) D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell’amministrazione digitale, in Gu n.112 del 16.5.2005.

(35) Si tenga presente che il principio, sebbene sia formulato in modo opinabile – essendo per esempio il “diritto” attribuito a enti privi di soggettività, come le “imprese” – trova diretta applicazione nella giurisprudenza, come avvenuto nel caso della sentenza TAR Potenza, (Basilicata) sez. I, 23.9.2011, n. 478, con la quale una pubblica amministrazione è stata condannata per non aver pubblicato l’indirizzo PEC sul suo sito.

si inserisce³⁶. Il fatto che il potere pubblico si esprima attraverso istruzioni che fluiscono nel tessuto sociale costituisce il presupposto necessario dell' indefinita replicabilità di queste ultime anche in assenza di intervento umano. È fisiologico, in questo contesto, che il diritto, anche quello amministrativo, si traduca in algoritmo.

3. Tra “profilazione” e “processo decisionale automatizzato” nel RGPD

La PA, similmente ai colossi del *web*, detiene grandi quantità di dati sui propri cittadini. E al netto delle differenze che inevitabilmente emergono tra i maggiori *provider* (*Google, Facebook, Amazon & Co.*) e le istituzioni pubbliche – dal volume alla velocità di tali dati, passando per il loro valore e la rispettiva valenza³⁷ – anche l'apparato pubblico fa uso di queste informazioni, non solo ai fini di profilazione, ma anche per processi che integrano decisioni automatizzate. A tal fine è essenziale precisare che non tutti i trattamenti di dati effettuati dalla PA si sostanziano necessariamente in forme di profilazione, come del resto – e lo si chiarirà a breve – profilare i propri cittadini non implica il sottoporli a decisioni automatizzate. Ciò in virtù del fatto che la profilazione rappresenta un fenomeno ampio e complesso, presente nella natura degli esseri viventi ancor prima che nella “società dell'informazione”³⁸, composta di molteplici varianti e altrettanti possibili impieghi³⁹. E allora di-

(36) E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2019, pp. 1761-1771.

(37) I concetti citati richiamano alcune delle caratteristiche comunemente riconosciute ai *big data*: per una visione aggiornata e di sintesi, cfr. AGCOM – Servizio Economico-Statistico, *Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, giugno 2018. Il concetto di “valenza”, ripreso dalla chimica, merita particolare attenzione poiché esprime il grado di connessione tra il singolo dato e gli altri. Sotto questo profilo bisogna osservare lo stretto reticolato di informazioni raccolte e assemblate dalle grandi *corporation* di Internet al confronto con l'estrema frammentarietà, materiale e sostanziale, delle banche dati del settore pubblico.

(38) Si propone la classificazione tra *organic, human e machine profiling* in, *Defining Profiling: A New Type of Knowledge?*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European citizen. Cross-disciplinary perspectives*, Amsterdam, Springer, 2008, pp. 17-45.

(39) Si distingue tra *individual e group profiling*, nonché tra *direct e indirect profiling*, in D.O. JAQUET-CHIFFELLE, *Direct and Indirect Profiling in the Light of Virtual Persons*, in M. HILDEBRANDT, S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European citizen*, cit., pp. 34-43.

venta di primaria importanza chiedersi che cosa si intenda per profilazione e quali siano i limiti con cui la decisione automatizzata possa essere svolta da parte della pubblica amministrazione⁴⁰.

3.1. *Nozione di profilazione e “decisione unicamente automatizzata”*

A ben vedere, la profilazione ha trovato solo recentemente una specifica definizione normativa – precisamente nell’articolo 4§.1(4) RGPD⁴¹ – mentre la decisione automatizzata, pur non essendo definita dalla norma, aveva già una specifica disciplina con l’art. 15 della Direttiva 95/46/CE⁴² e nell’art. 14 del d.lgs. 196/2003⁴³ che è confluita nell’attuale arti-

(40) In taluni casi il riferimento alla profilazione da parte del legislatore italiano è alquanto improprio. Il termine, in alcuni casi, viene impiegato semplicemente per indicare il processo di individuazione di un cittadino o di un utente di un determinato servizio. Per esempio, ciò avviene per quanto riguarda l’accesso all’anagrafe tributaria (art. 7, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 605, Disposizioni relative all’anagrafe tributaria e al codice fiscale dei contribuenti, in GU n. 268 del 16.10.1973 - Suppl. Ordinario n. 2.) o il fascicolo sanitario elettronico (d.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico, in GU Serie Generale n. 263 del 11.11.2015). Ciò dimostra la necessità di un ulteriore chiarimento terminologico a livello normativo.

(41) «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Specificamente sulla profilazione, cfr. V. FERRARIS, *La profilazione e i suoi rischi*, in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Roma, Aracne Editrice, 2015, pp. 69-80, nonché F. BOSCO, N. CREEMERS, V. FERRARIS, D. GUAGNIN, B.-J. KOOPS, *Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (a cura di), *Reforming European Data Protection Law*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2015, pp. 3-33. Per un inquadramento storico-evolutivo, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, 2 vols., Torino, Giappichelli, 2016.

(42) Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GU L 281 del 23-11-1995, recepita con Legge 31 dicembre 1996, n. 675, Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, in GU n. 5 del 8.1.1997, successivamente abrogata dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in GU n. 174 del 29.7.2003 - Suppl. Ordinario n. 123. L’art. 15 della Direttiva 95/46/CE, rubricato “decisioni individuali automatizzate”, stabiliva al primo paragrafo il «diritto di non essere sottoposta ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato [...]» e prevedeva due deroghe nel secondo: una relativa ai rapporti contrattuali, l’altra alla previsione di legge.

(43) L’art. 14 d.lgs. 196/2003, rubricato “Definizione di profili e della personalità dell’interessata-

colo 22 RGPD di cui si dirà meglio oltre⁴⁴. Le linee guida WP251⁴⁵ molto utilmente precisano che la profilazione è composta di tre componenti essenziali – l'automatizzazione del trattamento, l'oggetto attinente dati personali e l'obiettivo dato dalla valutazione di aspetti personali di un individuo – e specifica che gli ambiti della profilazione e del processo decisionale automatizzato sono diversi per presupposti e conseguenze, sicché essi si possano parzialmente sovrapporre. In particolare, si distinguono tre casi di trattamento dei dati personali: (1) la «profilazione generale», quindi una ordinaria correlazione tra dati personali⁴⁶; (2) il «processo decisionale basato sulla profilazione» in cui la correlazione viene effettuata esclusivamente in funzione di una decisione, che tuttavia non è interamente lasciata ad un agente artificiale⁴⁷; (3) la «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici o incide in modo analogo significativamente sull'interessato», in cui si prevede l'assenza di un intervento umano «significativo». È importante sottolineare come si preve-

to», stabiliva un divieto al primo comma – operante per ogni «atto o provvedimento giudiziario o amministrativo» – e prevedeva un limitato diritto di opposizione nel secondo.

(44) Sull'argomento, cfr. E. PELINO, *Capitolo 4 - I diritti dell'interessato*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 171-275, p. 269; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017, pp. 179-245, p. 242; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *Gdpr e normativa privacy. Commentario*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, pp. 219-229.

(45) *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* (3 ottobre 2017 – 6 febbraio 2018), https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053.

(46) La definizione di «profilazione» contemplata nel RGPD è più estesa di quella inserita nell'art. 1 lett. e) della Raccomandazione del Consiglio d'Europa Cm/REC (2010)13, *La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato di dati personali nel contesto di attività di profilazione*, del 23 novembre 2010. Quest'ultima fa riferimento a processi essenzialmente «deduttivi» mentre ai sensi del RGPD rileva ogni modalità di aggregazione di informazione. Questo fenomeno si può riscontrare comunemente nei siti web che forniscono gratuitamente preventivi per servizi finanziari o assicurativi. Il servizio offre una stima senza che con ciò vi sia l'effettiva erogazione del mutuo o la stipula di una polizza.

(47) È questo il caso di una sanzione amministrativa ai sensi del codice della strada irrogata tramite «autovelox» ai sensi del D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, Nuovo codice della strada, in GU n.114 del 18-5-1992 - Suppl. Ordinario n. 74.

dano garanzie più elevate nel terzo caso, mentre nei primi due la disciplina applicabile al trattamento dei dati è quella ordinaria, salvo alcune specificazioni⁴⁸. Il Scs cinese, evidentemente, è assimilabile a quest'ultima ipotesi.

3.2. *Le «decisioni unicamente automatizzate» secondo l'art. 22 RGPD*

Concentriamo ora l'attenzione sulla disciplina del RGPD concernente la «decisione unicamente automatizzata» per valutare in che termini essa opera nei confronti della pubblica amministrazione. A tal fine è centrale l'articolo 22 RGPD⁴⁹, il quale stabilisce una regola generale (§.1), alcune disposizioni speciali (§.2), una disposizione concernente alcune di tali deroghe (§.3) e una riguardante dati “particolari”, cioè quelli che nella previgente normativa erano denominati “sensibili” (§.4).

La regola generale sulla decisione “unicamente automatizzata” stabilisce il “diritto” dell'interessato a non essere assoggettato a tale tipo di trat-

(48) Nel caso della profilazione si prevede espressamente un'estensione dell'obbligo di informazione alla “logica utilizzata” (artt. 13 §.2 lett. f e art. 14 §.2 lett. g RGPD). Del resto tale tipologia di trattamento rientra nella fisiologica applicazione di norme e che richiedono al titolare alcuni adempimenti come la “valutazione di impatto” (art. 35 RGPD) e la nomina del Responsabile per la protezione dei dati personali (art. 37 RGPD). Sulla prima, cfr. linee guida WP248 4 aprile 2017 - 4 ottobre 2017; sulle seconde cfr. linee guida WP243 13 dicembre 2016 - 5 aprile 2017. Sulle competenze richieste ad integrare la figura dell'RPD, cfr. sentenza TAR FVG del 13 settembre 2018 in “Diritto e Giustizia” (20 settembre 2018), nonché la recentissima sentenza TAR Lecce del 13 settembre 2019. Da notare che i requisiti di professionalità dell'RPD sono delineati nello standard UNI 11697:2017 mentre la qualità complessiva del sistema di gestione della *privacy* è definita nello standard Iso/Iec 27701:2019.

(49) Per comodità del lettore si riporta integralmente l'art. 22 RGPD: «1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. 2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: *a)* sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; *b)* sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; *c)* si basi sul consenso esplicito dell'interessato. 3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere *a)* e *c)*, il titolare del trattamento attua 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. 4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere *a)* o *g)*, e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

tamento. La dottrina interpreta tale affermazione come la prescrizione di divieto, sebbene con alcune perplessità circa la determinazione dei confini di applicazione⁵⁰. Di maggior interesse sono le deroghe al divieto, che contemplan tre distinte ipotesi. In sintesi, si tratta della sussistenza di un rapporto contrattuale, la giustificazione fondata su una autorizzazione normativa – interna o comunitaria – l’espressione del consenso da parte dell’interessato.

Ciò che a noi interessa in particolare è la deroga prevista all’art. 22 §.2 lett. b) RGPD, che giustifica la decisione unicamente automatizzata qualora «sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato». È importante aggiungere che in tale ipotesi non opera la garanzia prevista dal successivo paragrafo, il quale afferma il diritto di ottenere un intervento umano e il c.d. “diritto di spiegazione” da parte dell’interessato⁵¹. In sintesi, si può sostenere che la decisione unicamente automatizzata prevede due tipi di garanzie avanzate: quando il trattamento si fonda sul consenso dell’interessato (art. 22 §.2 lett. a) RGPD) o su un rapporto contrattuale (art. 22 §.2 lett. c) RGPD) il titolare deve prevedere “misure appropriate”, l’intervento umano e il diritto di spiegazione; quando esso si basa su una autorizzazione normativa – interna o comu-

(50) E. PELLECCCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, pp. 1210-1235, p. 1224. Più di recente, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2019, pp. 1670-1677, p. 1674; R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., pp. 167-193.

(51) Bisogna precisare che per alcuni autori il diritto di “informazione” (artt. 12, 13 e 14 RGPD) comprende il diritto di “spiegazione”, A.D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 4, 2017, pp. 233-242, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, 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*, 2, 2017, pp. 76-99; per altri si tratta di prerogative autonome, G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 4, 2017, pp. 243-265, nonché E. PELLECCCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, cit.

nitaria – la legge stessa deve prevedere “misure adeguate” ma non è necessario l'intervento umano.

Il quarto paragrafo dell'art. 22 RGPD specifica che la decisione unicamente automatizzata può avere ad oggetto dati “particolari” solo nelle ipotesi derogatorie di cui all'art. 9 §.2 lett. *a)* RGPD⁵² e lett. *g)* RGPD⁵³ e con l'adozione di “misure adeguate”⁵⁴.

Come si può notare, il requisito delle “misure adeguate” qualifica decisioni unicamente automatizzate di particolare delicatezza. Tali tutele sono meglio precisate nel considerando n. 71 del RGPD, laddove si chiarisce che esse dovrebbero in particolare garantire «che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello *status* genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

Sotto questo profilo è utile confrontare la disciplina relativa alla «decisione unicamente automatizzata» prevista dall'art. 22 RGPD con quella che si trova nella direttiva (UE) 2016/680⁵⁵ rispetto ai trattamenti ef-

(52) «l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1».

(53) «il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

(54) L'elencazione dei casi di “interesse pubblico rilevante” per il nostro ordinamento è riportato dall'art. 2 *sexies* d.lgs. 196/2003.

(55) Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GU L 119 del 4.5.2016. La direttiva è stata recepita con d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguar-

fettuati per finalità di pubblica sicurezza. L'art. 11 della direttiva⁵⁶, quasi pedissequamente riprodotto dall'art. 8 del d.lgs. 51/2018⁵⁷, replica il medesimo schema concettuale – divieto generale con deroga autorizzata specificamente da una disposizione normativa – a conferma del fatto che la proibizione non è assoluta, ma superabile per ragioni di pubblico interesse⁵⁸. È interessante notare che qui, a differenza del regime previsto dall'art. 22 RGPD, non soltanto si prevedono esplicitamente “garanzie adeguate”, ma si prevede anche la possibilità di invocare l'intervento umano.

Se si considera esclusivamente il trattamento autorizzato dalla legge – che configura la maggior parte di quelli effettuati dalla PA – si può rilevare che – paradossalmente, se vogliamo – l'interessato ha più dirit-

do al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GU Serie Generale n.119 del 24.5.2018.

(56) «1. Gli Stati membri dispongono che una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento. 2. Le decisioni di cui al paragrafo 1 del presente articolo non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 10, a meno che non siano in vigore misure adeguate a salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. 3. La profilazione che porta alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 10 è vietata, conformemente al diritto dell'Unione».

(57) Ai sensi dell'art. 1 dir. (UE) 2016/680 la specifica disciplina si applica rispetto ai trattamenti, effettuati dalle autorità competenti, funzionali alla «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati, o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica», escluse ragioni di sicurezza nazionale ed i trattamenti effettuati dalle istituzioni europee».

(58) All'art. 8 d.lgs. 51/2018 si prevede: «1. Sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che siano autorizzate dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. 2. Le disposizioni di legge devono prevedere garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato. In ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento. 3. Le decisioni di cui al comma 1 non possono basarsi sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 del regolamento UE, salvo che siano in vigore misure adeguate a salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. 4. Fermo il divieto di cui all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è vietata la profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 del regolamento UE».

ti quando la decisione unicamente automatizzata opera in funzione di esigenze di ordine pubblico rispetto a quelli che lo assistono in tutti gli altri casi dell'art. 22 §.2 RGPD e quando sia a rischio la sicurezza nazionale (art. 8 d.lgs. 51/2018): l'intervento umano, infatti, è espressamente contemplato solo in questi casi. Sotto questo profilo si potrebbe sostenere che, se non altro quando si tratta di reprimere il crimine, il legislatore – non a torto – ritiene ancora insuperabile – e quindi imprescindibile – la capacità di discernimento dell'essere umano.

4. La «decisione unicamente automatizzata» della pubblica amministrazione: la trasparenza in particolare

Di recente la dottrina si è divisa sulla legittimità dell'emanazione di atti amministrativi fondati su decisione unicamente automatizzata. Alcuni hanno rifiutato radicalmente tale prospettiva, ritenendo che l'essere umano sia infungibile e soprattutto insostituibile con agenti artificiali; altri hanno ritenuto ammissibile l'emanazione automatica di atti amministrativi vincolati⁵⁹. La giurisprudenza ebbe modo di esprimersi sulla questione nella nota vicenda dell'impugnazione delle assegnazioni delle sedi lavorative ai docenti delle scuole superiori nell'ambito della riforma della “Buona Scuola”⁶⁰. Alcune decisioni, le prime⁶¹, aderivano all'impostazione della dottrina favorevole all'implementazione di tale genere di trattamento dei dati; altre, quelle più recenti, escludono invece che l'associazione tra i docenti e le sedi assegnate potesse essere ef-

(59) Cfr. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Il Foro Amministrativo*, 9, 2018, p. 1598.

(60) Si tratta in particolare della fase “C” della procedura di mobilità degli insegnanti delle scuole superiori ai sensi della l. 13 luglio 2015, n. 107, Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti, in *GU* n.162 del 15.7.2015.

(61) Sulla prevalenza del diritto di accesso amministrativo sulla segretezza discendente dal diritto di autore della società realizzatrice del programma per conto del MIUR, TAR Lazio, sez. III bis, n. 3742 del 21 marzo 2017 e n. 3769 del 22 marzo 2017. Per un commento, cfr. I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2018, pp. 647-662. Rispetto alla possibilità per l'interessato di accedere al “codice sorgente”, cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della P.A.*, in *Federalismi. it*, 2, 2018, pp. 1-27. Conformemente Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2270 dell'8 aprile 2019, nella quale si stabilisce che «la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo».

fettuata semplicemente sulla base di un algoritmo, ritenendo essenziale al procedimento amministrativo la presenza e la partecipazione intellettuale di un funzionario come garanzia di trasparenza esplicita anche nella motivazione del provvedimento, la quale non può – allo stato della tecnologia – che provenire da un essere umano⁶².

È estremamente significativo osservare che nella giurisprudenza menzionata l'assenza di un intervento umano "significativo" in merito al trasferimento dei docenti non era stigmatizzata in quanto tale, ossia per il mero fatto dell'assenza di un decisore in carne ed ossa, quanto per la mancanza di trasparenza che ne consegue⁶³.

La disciplina del RGPD, entrata in vigore successivamente alle vicende che hanno dato causa alle decisioni menzionate, si applica anche nei confronti della p.a., sicché le tutele in essa previste si integrano con le preesistenti garanzie di trasparenza nella partecipazione al procedimento amministrativo⁶⁴ e all'accesso civico⁶⁵. È interessante notare a tal proposito che il principio di trasparenza opera in entrambe le discipline, sebbene diversamente declinato.

Per quanto riguarda in particolare la trasparenza nel trattamento dei dati personali, giova ricordare che tale obiettivo è perseguito assegnando

(62) Si menziona la giurisprudenza della sez. III *bis* del TAR Lazio, in particolare le sentenze n. 9224, 9225, 9226, 9227, 9228, 9229 del 10 settembre 2018, confermata dalla sentenza n. 6688 del 28 maggio 2019, nonché dalle recentissime sentenze "gemelle" n. 10963 e 10964 del 13 settembre 2019. In queste ultime la posizione è espressa in modo radicale: «[...] Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garantigie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato».

(63) La questione è stata presa in considerazione di recente in A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, pp. 87-106. Riprendendo la distinzione proposta dagli Autori, tra "conoscibilità" e "comprensibilità", si può sostenere che in alcuni casi il diritto alla conoscibilità da parte dell'interessato riguarda la sussistenza della profilazione e la sua "logica", mentre nei casi di "decisione unicamente automatizzata" la trasparenza richieda un livello più elevato, ossia l'accesso al "codice sorgente". Cfr. anche A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, pp. 63-89.

(64) Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, GU n. 192 del 18.8.1990.

(65) D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, in GU n. 80 del 5.4.2013.

all'interessato diversi diritti, oltre al "divieto" inerente la decisione unicamente automatizzata di cui si è già riferito sopra (art. 22 RGPD)⁶⁶: il diritto di informazione (artt. 13 e 14 RGPD), il diritto di accesso (art. 15 RGPD), il diritto di rettifica (art. 16 RGPD), il diritto alla cancellazione o "diritto all'oblio" (art. 17 RGPD), il diritto alla limitazione del trattamento (art. 18 e 19 RGPD), il diritto alla portabilità dei dati (art. 20 RGPD), il diritto di opposizione (art. 21 RGPD). Tali prerogative, a ben vedere, sono modulate in modo da conformarsi ad una serie di limitazioni sottoposte a rigorose condizioni: (1) il rispetto della riserva di legge; (2) la conformità alla «essenza dei diritti e delle libertà fondamentali»; (3) il fatto di integrare una «misura necessaria e proporzionata in una società democratica»; (4) il fatto di essere funzionali alla salvaguardia di alcuni interessi specificamente elencati; (5) la previsione esplicita di alcune garanzie (art. 23 RGPD)⁶⁷. In altri termini, l'introduzione di procedure amministrative contenenti una decisione unicamente automatizzata è legittima sotto il profilo del trattamento dei dati personali, a condizione che avvenga all'interno di un quadro normativo di matrice comunitaria che impone agli Stati membri un consistente sforzo in termini di organizzazione, in particolare per quanto concerne la trasparenza.

(66) Il termine "trasparenza" non è definito nell'ambito del RGPD, tuttavia il considerando 39 fornisce alcuni utili chiarimenti in proposito: «Dovrebbero essere trasparenti per le persone fisiche le modalità con cui sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati dati personali che li riguardano nonché la misura in cui i dati personali sono o saranno trattati. Il principio della trasparenza impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro. Tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano [...]». Cfr. linee guida WP260 (29 novembre 2017 - 11 aprile 2018).

(67) La previsione deve contenere puntualmente *a*) le finalità del trattamento o le categorie di trattamento; *b*) le categorie di dati personali; *c*) la portata delle limitazioni introdotte; *d*) le garanzie per prevenire abusi o l'accesso o il trasferimento illeciti; *e*) l'indicazione precisa del titolare del trattamento o delle categorie di titolari; *f*) i periodi di conservazione e le garanzie applicabili tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione e delle finalità del trattamento o delle categorie di trattamento; *g*) i rischi per i diritti e le libertà degli interessati; *h*) il diritto degli interessati di essere informati della limitazione, a meno che ciò possa compromettere la finalità della stessa» (art. 23 §.2 RGPD).

Le tutele che consentono, se adottate, di rendere lecite anche le decisioni unicamente automatizzate, consistono nelle “misure adeguate” che, dunque, finiscono per compenetrarsi con il requisito della trasparenza dell’attività amministrativa. Ciò significa che, nei casi in cui tale trattamento è autorizzato dalla legge (art. 22 §.2 lett. *b*) RGPD), l’interessato non può pretendere di non essere assoggettato ad una decisione unicamente automatizzata, ma ha il diritto che il processo che la determina abbia il massimo grado di trasparenza possibile, come chiarito dal considerando (71) RGPD. Questo diritto si realizza specificamente nella possibilità di accedere al “codice sorgente” dell’algoritmo che decide sulla sua situazione. Si può sostenere che il diritto di accesso dell’interessato si espande per compensare l’automatismo nella decisione amministrativa, evitando in tal modo che il provvedimento si presenti come uscito da una “*black box*” e sia pertanto quasi impossibile da contestare nel merito. Del resto la possibilità di consultare direttamente le righe di codice del programma trova un’ulteriore ragione nelle iniziative che riguardano l’utilizzo di *software* “*open source*” da parte della pubblica amministrazione⁶⁸.

È interessante osservare come, paradossalmente, rispetto alla giurisprudenza nella vicenda relativa alla “Buona Scuola”, l’argomentazione appena svolta fornisca supporto a favore delle prime sentenze, sconfessando il radicale rifiuto delle decisioni più recenti.

In generale, sulla necessità di garantire la trasparenza nelle decisioni degli agenti artificiali insistono peraltro i più recenti documenti pubblicati sul tema sia nell’ambito dell’Unione europea⁶⁹ che in quello italia-

(68) Con riferimento alla “trasparenza algoritmica” in campo amministrativo, anche con riferimento alle iniziative in tema di “*open data*”, specificamente F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, pp. 146-162, p. 159.

(69) Cfr. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, elaborate dal *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* (AI HLEG) e pubblicate nell’aprile 2019, <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>. Si consideri anche l’attività istituzionale di AI4People, cfr. L. FLORIDI, J. COWLS, M. BELTRAMETTI, R. CHATILA, P. CHAZERAND, V. DIGNUM, C. LUETGE, R. MADELIN, U. PAGALLO, F. ROSSI, B. SCHAFER, P. VALCKE, E. VAYENA, *AI4People - An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 4, 2018, pp. 689-707.

no⁷⁰. Tali documenti rappresentano passi di grande importanza per la comprensione delle questioni e per la individuazione delle iniziative da intraprendere a livello politico e istituzionale, oltre che per aumentare la consapevolezza nell'opinione pubblica. In particolare nel rapporto AI HLEG, tra gli esempi che sollevano particolari preoccupazioni per l'utilizzo della IA si menzionano i sistemi di “*citizen scoring*” – come quello del SCS cinese – per i pericoli inerenti l'autonomia personale e i possibili risvolti discriminatori dati dal loro utilizzo massivo e pervasivo, sebbene non si neghi in termini assoluti l'utilità di questi strumenti tecnologici⁷¹. Il rispetto dei principi di “esplicabilità” e “trasparenza” nell'utilizzo delle tecnologie di IA si pone come imprescindibile nel garantire non soltanto il rispetto dei dati personali, ma anche dei diritti fondamentali dell'interessato, evitando che l'adozione di algoritmi afflitti da “*bias*” ossia distorsioni, invece di ridurre le diseguaglianze sociali, le possa incrementare o crearne di nuove e incolmabili.

5. *Valutazioni di sintesi*

Il SCS cinese è un sistema estremamente interessante e nemmeno tanto lontano da noi. Non si tratta soltanto dell'implementazione di strumenti di sorveglianza collettiva, o dell'integrazione tra videocamere con riconoscimento facciale, dati sull'affidabilità finanziaria e il pagamento delle sanzioni amministrative per divieto di sosta. Ciò che rileva è il fatto che l'obiettivo dell’“armonia sociale” è perseguito mediante una concezione “proattiva” dello Stato che è maturata anche nella nostra esperienza giuridica.

Nell'ambito di tale concezione, è fisiologico che i cittadini siano profilati e che i provvedimenti amministrativi vengano emanati mediante sistemi informatici che prescindono dall'intervento umano non soltanto nella

(70) Cfr. il *Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (2019 – 2021)*, non pubblicato in GU ma disponibile all'indirizzo <https://pianotriennale-ict.italia.it/>, nonché il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del cittadino* (consultata nella versione 1.0 marzo 2018) a cura della *Task force sull'Intelligenza Artificiale* dell'Agenzia per l'Italia Digitale, disponibile all'indirizzo <https://ia.italia.it/>.

(71) “*Scoring should only be used if there is a clear justification, and where measures are proportionate and fair*”, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, elaborate dal *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* (AI HLEG), cit., p. 34.

fase istruttoria, ma anche in quella decisionale. Anzi, tali procedimenti verosimilmente saranno implementati sempre più spesso in futuro con l'obiettivo di rendere l'amministrazione pubblica più efficiente. Del resto ciò non sembra avere particolare opposizione da parte dell'opinione pubblica, posto che, secondo uno studio pubblicato recentemente⁷², un quarto degli europei è favorevole ad affidare a sistemi di IA decisioni importanti nella sfera pubblica.

Il RGPD, in questo senso, si presenta come un quadro normativo essenziale, che integra la disciplina vigente con una preziosa duplice funzione: direttamente tutela i dati personali degli interessati, indirettamente fornisce una garanzia rispetto ad altri diritti fondamentali di tutti coloro che sono coinvolti nell'attività amministrativa.

In questo contesto, è significativo che nelle decisioni unicamente automatizzate il principio di trasparenza nel trattamento dei dati personali svolge la stessa funzione che ha quello di motivazione nei provvedimenti amministrativi emanati da funzionari in carne ed ossa. In futuro sarà interessante osservare in che modo tale principio si potrà integrare con le istanze dell'*open government* e quali strumenti saranno concretamente adottati per prevenire i rischi derivanti dall'abuso di IA.

(72) *European Tech Insights 2019*, Madrid, *Center for the Governance of Change*, 2019 (<http://docs.ie.edu/cgc/European-Tech-Insights-2019.pdf>).