



**GIANLUCA FASANO**

## **L'interpretazione estensiva della nozione di "decisione automatizzata" ad opera della Corte di giustizia: una prospettiva più ampia ma ancora fragili tutele per le libertà fondamentali**

Utilizziamo sempre di più artefatti non per facilitare il compimento di un'azione, un'attività o un'operazione che abbiamo già pianificato, bensì per assumere decisioni. La delega compu-decisionale varia significativamente a seconda della complessità delle decisioni da assumere, del livello di automazione e del corrispondente grado dell'intervento umano. E proprio sul rapporto tra grado di automazione e intervento umano che si incentrano le tutele previste dal Regolamento europeo sul trattamento dei dati personali. Tuttavia, subordinare le tutele normative ad un'indagine circa la complessità delle diverse dinamiche che caratterizzano i processi decisionali automatizzati, alla ricerca di evidenze sulla prevalenza dell'uno o dell'altro fattore in contesti formati da reti complesse di input, algoritmi, dati e interventi umani, rischia di dissolvere le tutele stesse. La recente sentenza della Corte di giustizia (C-634/21, *Schufa*) pur offrendo un'interpretazione estensiva della nozione di decisione automatizzata, consente di mettere in luce, ancora una volta, le fragilità delle tutele costruite per le libertà fondamentali.

*Sistemi decisionali automatizzati – Scoring – Intelligenza artificiale – Dati personali*

### **The Court of Justice's broad interpretation of the notion of "automated decision-making": a broader perspective but still fragile protections for fundamental rights**

More and more common artifacts are used not to facilitate the completion of an action, activity or operation that we have already planned, but rather to make decisions. The compu-decisional delegation varies significantly depending on the complexity of the decisions to be made, the level of automation and the corresponding degree of human intervention. The protections provided by the European Regulation on the processing of personal data focus precisely on the relationship between the degree of automation and human intervention. However, to subordinate legal protections to an investigation into the complexity of the different dynamics that characterize automated decision-making processes, in search of evidence on the prevalence of one or the other factor in contexts formed by complex networks of inputs, algorithms, data and human interventions, it may lower the legal protections. The recent judgment of the Court of Justice (C-634/21, *Schufa*), while offering an extensive interpretation of the notion of automated decision, allows us to highlight, once again, the fragility of the protections built for fundamental rights.

*Automated decision-making – Scoring – Artificial intelligence – Personal data*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La nozione di decisione automatizzata ai sensi dell'art. 22 Gdpr. – 3. L'interpretazione espansiva della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-634/21, *Schufa*). – 4. I riflessi della sentenza sulla tutela delle libertà fondamentali. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

L'avvento dei "processi decisionali automatizzati" (*Automated Decision-Making*)<sup>1</sup>, grazie a macchine dotate di ampie capacità di calcolo in riferimento a enormi quantità di dati, ha rivoluzionato numerosi aspetti della nostra società, influenzando in maniera significativa le modalità con cui vengono prese decisioni cruciali nella (e per) la vita di tutti i giorni. Essi vengono utilizzati in una vasta gamma di settori dove è necessario analizzare una grande quantità di informazioni al fine di valutare, prevedere e prendere decisioni. Si pensi al settore bancario e finanziario<sup>2</sup>, ove sono diffusi per valutare il rischio di credito di un individuo o di un'azienda, indirizzando la decisione sul se concedere un prestito, a quale tasso di interesse e a quali condizioni. Di impieghi ne troviamo anche nel settore assicurativo<sup>3</sup>, ove le compagnie possono utilizzarli per determinare i premi assicurativi, nel settore immobiliare, dove i proprietari possono valutare la solvibilità dei potenziali inquilini, nel mercato del lavoro, in cui i datori di lavoro possono utilizzarli nel processo di screening dei candidati, sia per il

reclutamento che per la progressione professionale, e perfino nel settore pubblico, ove possono essere impiegati per decidere l'erogazione di servizi<sup>4</sup>. Per citarne solo alcuni.

In tali contesti, i processi decisionali automatizzati utilizzano algoritmi di *scoring*, il cui obiettivo è quello di valutare il rischio comportamentale di un individuo, sulla base di criteri predeterminati, di classi di individui precostituite, di procedure di profilazione, al fine di attribuirgli un livello di affidabilità nell'ambito di un determinato scenario futuro. I processi decisionali non sono soltanto questo, poiché non sempre si caratterizzano per il ricorso a strumenti computazionali sofisticati. Anche con semplici algoritmi è possibile dar luogo a una decisione automatizzata, quello che muta è il livello di automazione che si intende raggiungere e il grado di intervento dell'essere umano. Un impiego di tal tipo, per esempio, ha riguardato i procedimenti di mobilità dei docenti scolastici, attuati ai sensi della legge n. 107/2015 (c.d. "Buona scuola"), in cui il Ministero dell'Istruzione ha utilizzato un semplice algoritmo per individuare la sede di destinazione dei docenti scolastici<sup>5</sup>.

1. Per seguire il lessico contenuto nel Regolamento (UE) 2016/679, Regolamento generale sulla protezione dei dati personali.
2. BIFERALI 2018, p. 487 ss.
3. PORRINI 2018, p. 319 ss.
4. Sull'uso di sistemi decisionali automatizzati nel settore dei pubblici servizi è noto il caso SyRI, sistema automatizzato progettato nei Paesi Bassi per combattere le frodi in materia di previdenza sociale, giudicato dal tribunale distrettuale dell'Aia (*Rechtbank Den Haag* 5 febbraio 2020, C-09-550982-HA 18-388) in contrasto con l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Vedi APPELMAN-FATHAIGH-VAN HOBOKEN 2022.
5. La serie di pronunce della giustizia amministrativa riferite ai procedimenti di mobilità della c.d. "Buona scuola" (da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472) ha riaccessato l'attenzione sulle teorie profilate

Dunque, un'automazione finalizzata a velocizzare l'istruttoria amministrativa di una moltitudine di istanze avanzate da dipendenti e disciplinate da una normativa molto dettagliata.

Nonostante la varietà di impieghi e di complessità dei modelli adottati, possiamo identificare un ruolo e una connotazione peculiare di tali sistemi, ai quali non chiediamo semplicemente di compiere un'azione, un'attività o un'operazione che abbiamo già pianificato e deciso, bensì chiediamo di assumere decisioni. Si tratta di una nuova categoria di artefatti, non tradizionali potremmo dire, ovvero utilizzati non come mezzi per consentire all'uomo di ottenere un risultato atteso, previsto e già deciso, bensì per prendere decisioni senza la necessità di un intervento umano diretto. Tale aspetto assume particolare rilevanza nell'attuale contesto tecnologico, caratterizzato da un'accelerata evoluzione delle nuove tecnologie, comprese quelle legate all'intelligenza artificiale (AI)<sup>6</sup>.

La delega decisionale può essere modellata per rispondere a una vasta gamma di contesti e obiettivi – impliciti ed espliciti – e in base alle esigenze specifiche del caso concreto. A seconda della complessità delle decisioni da prendere, varia significativamente il livello di automazione e il corrispondente grado dell'intervento umano<sup>7</sup>. Proprio sul rapporto tra grado di automazione e intervento umano si incentra la disciplina dettata dall'art. 22 del Regolamento UE n. 2016/679, “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” [d'ora in poi anche Gdpr] in breve tempo divenuto un punto di riferimento fondamentale per garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui nel campo dei processi decisionali automatizzati. All'indomani dell'approvazione del Regolamento, invero, una delle questioni più dibattute è stata quella dell'interpretazione del citato articolo<sup>8</sup> che, oggi, riceve nuova linfa per via della prospettiva “espansiva” offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (causa C-634/21, *Schufa*). La decisione merita attenzione per diversi motivi che cercheremo di esplorare nel seguito di questo lavoro, evidenziando le sue implicazioni per la protezione dei dati personali, l'autonomia decisionale e la responsabilità delle organizzazioni.

## 2. La nozione di decisione automatizzata ai sensi dell'art. 22 Gdpr

Il principale riferimento normativo in materia è rappresentato dall'art. 22 del Gdpr, il quale introduce una tutela per le persone fisiche sulla base del concetto di non esclusività della decisione automatizzata: «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»<sup>9</sup>.

---

dalla dottrina in merito all'utilizzo di modelli decisionali automatizzati nella funzione amministrativa. Nella fattispecie, i ricorrenti, docenti della scuola secondaria di secondo grado rientranti nel piano straordinario di assunzione a tempo indeterminato, lamentavano che a causa di un algoritmo di cui non si conoscerebbero le concrete modalità di funzionamento le assegnazioni delle sedi non avevano rispettato criteri ispirati al principio meritocratico, fondamentale nel reclutamento del personale per l'accesso al pubblico impiego. In particolare, essi contestavano che docenti collocati in graduatoria in posizione peggiore avrebbero beneficiato di maggior tutela, per esser stati assunti assecondando le preferenze circa le classi di concorso e le province di residenza.

6. AMATO MANGIAMELI 2023, pp. 275-280.

7. Cfr. OECD 2024, in cui, relativamente ai sistemi di AI, è presente questa definizione di autonomia «AI system autonomy (contained in both the original and the revised definition of an AI system) means the degree to which a system can learn or act without human involvement following the delegation of autonomy and process automation by humans».

8. WACHTER-MITTELSTADT-FLORIDI 2017.

9. Art. 22, par. 1, del Gdpr. Secondo le Linee guida sulle decisioni automatizzate individuali adottate il 7 ottobre 2017 dal Gruppo di lavoro sulla protezione degli individui con riguardo al trattamento dei dati personali istituito dall'art. 29 della direttiva 95/46/EC (c.d. “A29WP”), anche un annuncio pubblicitario “personalizzato” può essere una decisione agli effetti dell'art. 22.

La norma sancisce un espresso divieto a carico del titolare del trattamento e, nell'ottica della tutela *by default* sancita dal Gdpr, non richiede comportamenti di sorta da parte dell'interessato, il quale non è onerato di alcunché affinché la tutela abbia luogo<sup>10</sup>.

Sul piano applicativo, al fine di poter invocare la tutela normativa occorre individuare l'esatto confine della fattispecie di divieto, compito che non risulta affatto agevole alla luce dei due parametri normativi che fondano il divieto stesso: il legame della decisione con il trattamento automatizzato, che deve esser qualificato da una connessione forte come risulta dall'espressione «unicamente»; e l'efficacia della decisione che può manifestarsi nella produzione di «effetti giuridici» ovvero nell'incidere «significativamente» sulla persona. Dunque, già dalla lettera della norma possiamo trarre l'idea di un ambito applicativo segnato da limiti sì pregnanti ma le cui sfumature danno adito a non poche questioni interpretative e che, in definitiva, consentono di indugiare sulla sua effettiva portata applicativa.

Guardiamo al primo parametro, quello dell'intervento umano: il divieto scatta qualora la decisione sia basata «unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione». La norma sembra ricercare una connessione univoca tra l'elaborazione automatizzata – di aspetti personali – e l'atto decisionale, tale da poter giudicare quest'ultimo come frutto diretto ed esclusivo della prima, quasi in un rapporto di causa ed effetto. Il divieto non mira ad assicurare che vi sia sempre e comunque un elemento umano nel processo decisionale poiché il legislatore è consapevole che rinunciare del tutto all'efficienza derivante dall'automazione significa rinunciare all'innovazione. Per questo, il divieto non opera laddove la procedura automatizzata rivesta un ruolo secondario nella produzione dell'atto decisionale

ovvero qualora, pur in presenza di una decisione unicamente automatizzata, ricorrano le deroghe della conclusione o esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento (par. 2, lett. a); del diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento (par. 2, lett. b); del consenso esplicito dell'interessato (par. 2, lett. c). Ma, in tutti questi casi, comunque operano delle restrizioni finalizzate ad innalzare il livello di tutela del diritto alla protezione dei dati personali (parr. 3 e 4).

La *ratio* della disposizione, quindi, non andrebbe ricercata nella preoccupazione che l'affidamento esclusivo su algoritmi o modelli computazionali potrebbe portare a decisioni ingiuste o discriminatorie, quanto nell'approccio che ispira la disciplina europea sulla protezione dei dati personali, volta a legittimare la circolazione dei dati personali per promuovere lo sviluppo del mercato unico digitale assicurando, al contempo, che le persone abbiano un controllo sui propri dati personali<sup>11</sup>. Ma proprio la ricerca di questo equilibrio poggia su elementi sfuggenti e complessi da individuare, tanto per il titolare del trattamento, a cui la logica dell'*accountability* che informa l'intera disciplina del Gdpr rimette la discrezionalità di tale *assessment*, quanto per l'interessato in sede di tutela *ex post*. Indagare la misura in cui il calcolo computazionale sia prevalente sull'elemento umano è essenziale per poter invocare le tutele normative avverso le decisioni basate esclusivamente sul trattamento automatizzato e che potrebbero avere conseguenze significative per le proprie vite. Eppure un'indagine circa la prevalenza dell'uno o dell'altro fattore in contesti molto complessi, fatti di reti di input, algoritmi, dati e influenze umane, rischia di dissolvere le tutele stesse.

Anche il parametro dell'incidenza significativa della decisione sulla persona non è di facile valutazione. Anzitutto, la stessa formula della norma

10. L'art. 15 della direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati prevedeva un diritto simile. Per una panoramica sulle differenti normative nazionali di recepimento si veda KORFF 2002, p. 106 ss.

11. RODOTÀ 1995, p. 34. Per l'Autore «si può dire che oggi la sequenza quantitativamente più rilevante è quella “persona-informazione-circolazione-controllo”, e non più soltanto “persona-informazione-segretezza”, intorno alla quale è stata costruita la nozione classica di privacy. Il titolare del diritto alla privacy può esigere forme di “circolazione controllata”, e non solo interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano». Il Gruppo di lavoro Articolo 29 lega la libertà del consenso alla possibilità di avere il controllo dei dati personali, sostenendo che «se ottenuto nel pieno rispetto del regolamento, il consenso è uno strumento che fornisce all'interessato il controllo sul trattamento dei dati personali che lo riguardano», GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 2020, 3.

non offre criteri oggettivi attraverso cui valutare quando una decisione sia destinata ad incidere “significativamente” sulla persona dell’interessato<sup>12</sup>. Ancora una volta, la mancanza di criteri oggettivi sarà supplita da criteri soggettivi, cioè, affidando siffatta valutazione al titolare del trattamento, nella logica dell’*accountability*. Tuttavia, la sua valutazione sarà comprensibilmente rivolta a uno standard in cui non tutte le persone (interessati) potrebbero identificarsi, per via dei loro differenti gradi di vulnerabilità e per via del fatto che il concetto di dignità della persona non è comprimibile in standard omogenei. Per tali ragioni, l’interessato si troverebbe costretto a dover eccepire le proprie ragioni opponendosi alla decisione automatizzata, soltanto *ex post*, a decisione assunta e sacrificio ormai prodotto.

Per di più, ci sono casi in cui la incisività della decisione automatizzata è celata agli occhi dell’interessato per cui viene a mancare anche quell’ultimo baluardo di garanzia rappresentato dall’autodifesa. Si pensi alla pubblicità mirata che, apparentemente non incisiva dal momento che può essere ignorata, influenza il punto di vista e la libertà di scelta degli utenti. Attraverso messaggi inviati ai singoli individui, e personalizzati grazie a sofisticati modelli predittivi computazionali di micromarketing<sup>13</sup>, di cui la maggior parte degli utenti ignora l’esistenza e il funzionamento, si creano delle vere e proprie *filter bubbles*<sup>14</sup>, ovvero delle bolle in cui l’utente viene rinchiuso ricevendo soltanto informazioni conformi alle proprie opinioni e pregiudizi<sup>15</sup>.

La consapevolezza che si tratta di una previsione di difficile interpretazione ha spinto l’interprete, da più fronti, a individuare elementi o standard che ne potessero agevolare la qualificazione.

Il Gruppo di lavoro Articolo 29, per esempio, ha identificato almeno due elementi da considerarsi rappresentativi di un intervento umano: che il coinvolgimento umano sia opera di «una persona che dispone dell’autorità e della competenza per modificare la decisione» e che «tale persona dovrebbe prendere in considerazione tutti i dati pertinenti»<sup>16</sup>. Di certo la capacità della persona di poter assumere e sindacare il risultato del modello computazionale è un indice sintomatico della astratta riconducibilità della decisione all’operato umano. Tuttavia, resta il dubbio sull’ulteriore elemento, quello inerente a una persona che, per quanto autorevole e competente, possa «prendere in considerazione tutti i dati pertinenti», cioè tutti i dati che soltanto sofisticati sistemi di calcolo sono in grado di analizzare ed elaborare.

Nello stesso senso si è mosso anche il Parlamento europeo che nella Risoluzione sugli aspetti etici dell’intelligenza artificiale (20 ottobre 2020) evidenzia che nei casi in cui siano in gioco le libertà fondamentali gli Stati membri dovrebbero ricorrere a tali tecnologie soltanto «quando sono possibili o sistematici un intervento e una verifica sostanziali da parte dell’uomo». Nell’ambito medico e dell’assistenza sanitaria il Parlamento europeo è stato più risoluto, ritagliando alle decisioni automatizzate un ruolo di supporto strumentale alla

12. Un’indicazione viene fornita nei Considerando (n. 71) laddove si cita a titolo esemplificativo «il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani». Anche il GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 2020, 24, è intervenuto sull’argomento, enucleando quali situazioni significative quelle che influenzano le condizioni finanziarie di una persona (ammissibilità al credito), ovvero l’accesso ai servizi sanitari, che negano un’opportunità di impiego o pongono tale persona in una posizione di notevole svantaggio; decisioni che influenzano l’accesso di una persona all’istruzione, ad esempio le ammissioni universitarie.

13. Il *microtargeting* è una tecnica che analizza i dati personali per prevedere gli interessi di un pubblico specifico: una pratica che costituisce il modello di business fondamentale di diverse grandi piattaforme di social media e che è diventata nota al grande pubblico con lo scandalo Cambridge Analytica del 2016.

14. PARISIER 2011, e più di recente SHAFFER 2019; LONGO 2019, p. 29 ss.

15. Sulla questione si è pronunciato anche il garante della protezione dei dati dell’Ue (GEPD) sulle proposte della Commissione europea per il *Digital Services Act* (DSA) e il *Digital Markets Act* (DMA), per il quale «Data la moltitudine di rischi associati alla pubblicità mirata online, il GEPD esorta i legislatori a prendere in considerazione norme aggiuntive che vadano oltre la trasparenza».

16. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 2020, 23.

decisione presa dall'agente umano. Si tratta di un campo in cui i modelli decisionali automatizzati svolgono un ruolo sempre più cruciale, si pensi agli algoritmi di supporto alla diagnosi, la chirurgia robotica, le protesi intelligenti e i robot sociali per l'assistenza agli anziani, la cui diffusione potrebbe inficiare la parità di trattamento dei pazienti in termini di accesso alle cure e alterare il rapporto tra paziente e medico. Nella Risoluzione del 20 gennaio 2021 il Parlamento ha voluto stigmatizzare la responsabilità del professionista evidenziando come egli deve aver sempre presente la possibilità di discostarsi dalla soluzione proposta dall'AI<sup>17</sup>. La questione viene così affrontata dal punto di vista della responsabilità, quasi a monito di un utilizzo spesso ossequioso e conformativo alle risultanze del sistema automatizzato.

Ed è questo un aspetto fondamentale da considerare. Anche quando la decisione non è basata unicamente sul trattamento automatizzato di aspetti personali, cioè quando il ruolo del soggetto umano appare rilevante ai fini dell'assunzione della decisione, quando il divieto ex art. 22 non trova applicazione, ci possiamo aspettare che la «travolgente forza pratica dell'algoritmo»<sup>18</sup> prevalga, di fatto, sulla valutazione dell'uomo. Sebbene venga prestata notevole attenzione affinché le decisioni non siano affidate soltanto all'algoritmo ma contemplino anche un coinvolgimento umano non è da sottovalutare quella capacità dell'algoritmo di indurre il decidente ad affidarsi all'esito

computazionale e ad assumere la decisione restando passivamente l'esito computazionale.

Gli sviluppi esponenziali delle capacità di calcolo delle nuove tecnologie, in particolare delle macchine intelligenti, presenteranno sempre più spesso artefatti con capacità di analisi e inferenziali indispensabili per l'uomo. Le ragioni per affidare alcune attività a sistemi automatizzati saranno sempre più sostenute e predominanti: vantaggi di elaborazione dati su larga scala, velocità, volume e aspettative di tassi di errore inferiori rispetto agli esseri umani. Di fondo, viene riconosciuta alle macchine una maggiore efficienza rispetto alle capacità analitiche umane: gli algoritmi sono infatti in grado di analizzare quantità elevatissime di dati, anche fra loro eterogenei sotto il profilo qualitativo, individuandone preziose correlazioni, rapporti, inferenze che nessuna valutazione umana sarebbe in grado di rilevare<sup>19</sup>. Il rapporto tra atto decisionale ed elaborazione automatizzata di aspetti personali sarà sempre più arduo da esplorare e, nonostante gli sforzi interpretativi, l'effettività delle tutele previste dall'art. 22, il cui discrimine è nella prevalenza del fattore automazione, resterà confinata in un perimetro sfuggente<sup>20</sup>.

### 3. L'interpretazione espansiva della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-634/21, *Schufa*)

La recente pronuncia della Corte di giustizia, declinata con particolare riferimento all'impiego del

17. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale, par 65.

18. SIMONCINI 2019, p. 81, che puntualizza come tale forza non dipenda da ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma – appunto – da mera convenienza pratica.

19. Contraria è la posizione del TAR Lazio, sent. 10 settembre 2018, n. 9227, il quale ha relegato l'uso di decisione completamente automatizzare nell'ambito dell'istruttoria amministrativa ad un «ruolo strumentale e meramente ausiliario dell'attività dell'uomo» stabilendo che «le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere». Sul rapporto tra PA e AI, GALETTA-CORVALÁN 2019. Sia consentito infine richiamare FASANO 2020.

20. La Commissione europea, nella Comunicazione *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, doc. COM(2019)168, 8 aprile 2019, 4, al fine di circoscrivere uno spazio di intervento dell'uomo ha individuato almeno tre diverse intensità: «*Human-in-the-loop*» l'intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema; «*Human-on-the-loop*» l'intervento umano a monte del design del sistema e durante il suo funzionamento; «*Human-in-command*» l'intervento capace di decidere come e quando usare l'AI in una situazione particolare. V. anche AMOROSO-TAMBURRINI 2019; BYGRAVE 2001, p. 20; MALGIERI-COMANDÉ 2017, p. 251.

*credit scoring* (C-634/21, *Schufa*)<sup>21</sup>, merita attenzione per diversi motivi: anzitutto, perché si inserisce nel dibattito stimolato in dottrina circa l'individuazione di esatti confini applicativi del divieto; poi, dacché apporta una prospettiva espansiva della nozione giuridica di "decisione automatizzata"; e, infine, per i riflessi che essa comporterà, al di là del caso concreto di *credit scoring*, per la comprensione del grado di effettività delle tutele per i diritti e le libertà fondamentali. La decisione è destinata a far discutere a lungo, inserendosi in un ambito, quello dell'interpretazione dell'art. 22 del Gdpr, che sarà sempre più difficile da indagare per via della complessità dei processi che concorrono alla formazione delle decisioni automatizzate.

Per maggiore chiarezza espositiva pare opportuno riepilogare per cenni la vicenda giudiziaria decisa dal citato provvedimento. La *Schufa Holding* è una società privata di diritto tedesco che fornisce ai suoi partner contrattuali informazioni sul merito creditizio di terzi, in particolare di consumatori. A tal fine, essa stabilisce un pronostico sulla probabilità di un comportamento futuro di una persona (score), come il rimborso di un prestito. La solvibilità della persona viene calcolata, grazie a procedure matematiche e statistiche, utilizzando dati e caratteristiche personali che provengono da svariate fonti, quali conti bancari, cronologia degli acquisti online e informazioni pubbliche, come le decisioni pubblicate nelle procedure di insolvenza. Sulla base di tale profilazione individuale, che si fonda sul vissuto pregresso dell'individuo, viene rilasciato un certificato che attesta un punteggio di merito. Chi ha un punteggio alto è considerato un buon debitore ed è considerato affidabile in caso di concessione di ulteriori obbligazioni come prestiti, mutui bancari, locazione di case e anche per accedere a servizi telefonici e Internet.

Come venga calcolato il punteggio effettivo, tuttavia, non è argomento noto e la decisione in oggetto deriva proprio dal rifiuto della *Schufa Holding* di fornire informazioni sui loro metodi di attribuzione del punteggio. Ne è scaturito,

dapprima, un reclamo dinanzi all'autorità tedesca per la protezione dei dati e, poi, un ricorso dinanzi al *Verwaltungsgericht Wiesbaden* (Tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania), il quale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: la decisione di negare il credito da parte di una banca sulla base del punteggio di credito elaborato della *Schufa* rientra nel campo di applicazione dell'articolo 22 Gdpr?

La particolarità del caso discende dalla circostanza, non di poco rilievo, che il processo decisionale ha coinvolto più attori, da un lato, la *Schufa* che ha calcolato il punteggio di merito, dall'altro, la banca che ha deciso di negare il credito sulla base di tale profilazione. In considerazione di ciò, la questione pregiudiziale assume contorni più articolati, involgendo il dibattito sul se costituisce una decisione automatizzata, ai sensi dell'art. 22 Gdpr, il tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare impegni di pagamento in futuro, qualora tale tasso di probabilità venga comunicato ad un soggetto terzo che, a sua volta, assume la decisione di stipulare, eseguire o cessare un rapporto contrattuale con tale persona.

Secondo la tesi illustrata nell'interesse della *Schufa*, essa si limitava a far pervenire informazioni alle sue controparti contrattuali senza intervenire direttamente nella decisione. Erano queste ultime ad adottare le decisioni negoziali propriamente dette. Secondo questa tesi, la *Schufa* agirebbe semplicemente come intermediario di informazioni, senza interferire nella decisione finale che resta appannaggio esclusivo delle controparti contrattuali, come le banche, le istituzioni finanziarie o altri soggetti.

Sul piano formale la tesi appare solidamente costruita, posto che certamente la *Schufa* non esercita un potere proprio sulle transazioni finanziarie/contrattuali ma si limita ad aiutare terzi a valutare il rischio creditizio associato alle loro controparti potenziali<sup>22</sup>. Tuttavia, sebbene ciò risponda a una

21. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 7 dicembre 2023, *Schufa Holding AG*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957. Nell'occasione la Corte ha pronunciato una seconda sentenza che pertiene alle Cause riunite C-26/22 e C-64/22 ove viene indagato il tema della liceità del trattamento dei dati una volta raccolti nella banca dati *Schufa*.

22. In linea con la propria posizione, la *Schufa*, ricevute le richieste di accesso da parte degli interessati, si limitava ad esporre a grandi linee le modalità di calcolo dei punteggi ma, invocando il segreto commerciale, si rifiutava

visione coerente dei ruoli contrattuali coinvolti, non appare convincente sul piano dell'allocazione effettiva del potere decisionale automatizzato.

Per comprendere appieno la decisione della Corte occorre tenere a mente questa prospettiva, non perché sia fondata, ma perché è sulla base di essa che viene articolato il percorso argomentativo, plasmato dalla particolarità del caso concreto che vede più attori coinvolti nella decisione<sup>23</sup>. Per la soluzione della questione pregiudiziale, quindi, si è reso necessario stabilire dove è allocato il potere decisionale nell'ambito del fenomeno dell'algoritmo di *scoring*.

La ricostruzione della Corte procede per gradi. Dapprima, viene chiarita la nozione giuridica di "decisione" che, seppur non contenuta nel Regolamento, trae dalla formulazione della norma una prima indicazione: è decisione qualsiasi attività atta a produrre «effetti giuridici... o che incida in modo analogo significativamente sulla ... persona». Tale lettura trova il conforto nel considerando 71, ai sensi del quale una decisione può consistere anche in «una misura, che valuti aspetti personali ... e che produca effetti giuridici ... o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Per di più, il medesimo considerando procede con esempi specifici, riferendosi proprio al «rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani». In considerazione di ciò, la Corte sposa una lettura sufficientemente ampia della nozione di "decisione", di guisa da poter «includere diversi atti che possono incidere sulla persona interessata in vari modi» (punto 46).

Questo passaggio argomentativo viene raggiunto sulla base dell'analisi della disciplina contenuta nel Gdpr e, volgendo l'indagine al caso concreto, la Corte giunge ad affermare che «il risultato del calcolo della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro» rappresenta espressione di un momento decisionale (punto 46). Questa prima conclusione

è di fondamentale importanza per comprendere l'impianto argomentativo della Corte e per individuare, in chiave prospettica, ulteriori riflessi della sentenza. Essa consente di mettere in luce che l'elaborazione dell'algoritmo di *scoring* non si riduce ad una mera raccolta di informazioni, riguardanti dati e aspetti personali, assunti da svariate fonti (pubbliche e private), che, opportunamente analizzate e computate, portano a disvelare l'attitudine comportamentale di una persona, bensì appartiene essa stessa al *genus* delle decisioni. D'altronde, nella progettazione degli algoritmi la modellazione prende avvio con la scelta degli obiettivi e in tal senso potremmo dire che gli algoritmi sono ideologicamente orientati, secondo target di efficienza in linea con gli interessi di sviluppatori e progettisti piuttosto che di giustizia, equità o di interesse della comunità<sup>24</sup>. Peraltro, occorre considerare che essi non riflettono in modo incorrotto la realtà anzi, essendo progettati allo scopo di ottenere determinati risultati attesi, si fondano su una predeterminata rappresentazione della realtà, sotto forma di problemi da risolvere, di variabili incidenti e di parametri opportunamente categorizzati<sup>25</sup>. Tanto ci consente di argomentare, in via generale, che l'atto decisionale può assumere anche la veste formale dell'algoritmo di *scoring* ed è facile intuire come tale prospettiva verrà ad incidere sulla ripartizione della responsabilità delle organizzazioni coinvolte. Basti solo pensare alle differenti posizioni che esse dovranno assumere, a seconda del caso specifico, con riferimenti ai ruoli definiti dal Gdpr.

Restano da indagare gli ulteriori parametri normativi, quelli che la norma indica come elementi discriminanti tra cosa è vietato, perché rientrante nelle tutele dell'art. 22, e cosa non lo è per la mancanza del fattore "unicamente automatizzato" oppure dell'efficacia rilevante della decisione.

La *ratio* della norma è di stabilire più forti tutele del diritto alla protezione dei dati personali qualora sia presente una stretta correlazione tra il trattamento automatizzato di informazioni personali ed

---

di divulgare le diverse informazioni utilizzate ai fini di tale calcolo nonché il metodo utilizzato per la loro ponderazione.

23. BINNS-VEALE 2021, p. 321 ss.

24. Osserva BORRUSO 1978, p. 30, che il computer, potendo svolgere le funzioni più diverse, «può servire a tutto come a niente, nella misura in cui è stato istruito».

25. AMATO MANGIAMELI 2019, p. 109.

«effetti giuridici» o esiti significativi sulla persona, tale da poter giudicare questi ultimi come frutto diretto ed esclusivo del primo. Questa forte connessione suggerisce che l'atto decisionale sia direttamente influenzato e guidato dalle operazioni di calcolo automatizzato delle informazioni personali, ciò che la norma mira a contenere. L'incremento di tutela si realizza altresì con un'estensione degli oneri informativi riguardo a informazioni supplementari rispetto a quelle ordinarie (art. 13, par. 2, lett. f, Gdpr) e del diritto di accesso dell'interessato (art. 15, par. 1, lettera h, Gdpr).

Sul punto la Corte si giova, per un verso, del concetto di profilazione ex art. 4, par. 4, Gdpr, che lo stesso legislatore ha classificato nella categoria delle decisioni basate “unicamente sul trattamento automatizzato” (art. 22, par. 1, Gdpr); per altro verso, sugli accertamenti di fatto del giudice del rinvio, da cui risulta che in caso di domanda di mutuo rivolta da un consumatore a una banca, un tasso di probabilità insufficiente comporta, in quasi tutti i casi, il rifiuto di quest'ultima di concedere il prestito richiesto. Questo punto assume particolare rilievo nella prospettiva di analisi che si intende seguire poiché fonda l'interpretazione espansiva della nozione giuridica di “decisione automatizzata”, necessaria per valutare il contesto specifico caratterizzato da una pluralità di agenti. La Corte rileva come l'azione del terzo, al quale è trasmesso il tasso di *scoring*, è guidata da tale tasso in maniera decisiva: «the action of the third party to whom the probability value is transmitted draws 'strongly' on that value». Un accertamento di fatto cui segue un'interpretazione della norma che ha riflessi rilevanti su una serie di questioni fondamentali legate alla tutela dei dati personali, alla certezza del diritto, alle dinamiche del potere decisionale e alla ripartizione della relativa responsabilità.

#### 4. I riflessi della sentenza sulla tutela delle libertà fondamentali

L'analisi sopra riportata consente alcune osservazioni che all'evidenza non possono essere, né pretendono di esserlo, conclusive. Preliminarmente, occorre rilevare che i riflessi della sentenza si estendono al di là del contesto specifico degli algoritmi di *scoring* per l'accesso al credito, riguardando

tutte quelle decisioni basate su una vasta gamma di dati e processi di calcolo complessi, laddove l'atto computazionale influenza la decisione finale grazie a una delega decisionale “strong”. Condizioni che, considerata la complessità sempre più forte delle interazioni tra fattori automatizzati e umani, saranno sempre più diffuse.

Negli algoritmi di *scoring* questa forte connessione tra decisione e trattamento automatizzato di aspetti personali è resa evidente grazie al concetto della profilazione, come positivizzato dall'art. 4, par. 4, Gdpr. Tali strumenti si giovano di un'analisi comportamentale pregressa dell'individuo, basata sulla raccolta massiccia di dati e aspetti personali che poi vengono catalogati, ne viene fatta una classificazione sulla base di classi predefinite al fine di prevedere il comportamento del singolo. La prevedibilità del comportamento individuale discende dall'aver catalogato un individuo entro una classe di propri simili che, sul piano comportamentale, agiscono in modo uniforme tra loro.

La loro legittimità non è posta in discussione. Non dal Gdpr che definisce l'attività di profilazione una forma di trattamento automatizzato dei 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» (art. 4, lett. 4), che richiederà l'attuazione delle specifiche garanzie di protezione dei dati personali. Il fattore predittivo si riferisce alla capacità di utilizzare i dati raccolti per fare previsioni accurate sul comportamento futuro delle persone, come ad esempio gli acquisti online, le preferenze politiche, le attività criminali o le possibili minacce informatiche. Il fattore predittivo è essenziale perché consente di adottare misure preventive o correttive in anticipo, basandosi sulle informazioni ricavate dalla profilazione. Lo stesso Gdpr ne individua un possibile impiego «a fini di monitoraggio e prevenzione delle frodi e dell'evasione fiscale» rimettendo al singolo Stato membro l'attuazione e implementazione di regole a garanzia della sicurezza e dell'affidabilità di un siffatto servizio.

E anche l'AI Act<sup>26</sup>, per certi versi, ne legittima l'utilizzo. Il regolamento prevede di classificare i sistemi di AI in differenti livelli di rischio, secondo una metodologia *risk based*, di guisa da applicare a ciascun livello di rischio un set di strumenti e azioni ad hoc. In particolare, vengono previsti quattro diversi livelli di rischio: rischio inaccettabile, rischio elevato, rischio limitato e rischio minimo. I sistemi di intelligenza artificiale che comportano rischi inaccettabili rappresentano una chiara minaccia per la vita e la sicurezza delle persone, per cui verranno vietati. Per gli altri livelli di rischio sono previsti obblighi via via meno stringenti<sup>27</sup>.

Per quanto concerne, in particolare, gli strumenti di *scoring* l'AI Act li classifica di rischio inaccettabile qualora ricorrano determinate condizioni. Vieta, ad esempio, l'utilizzo di sistemi che classificano le «persone fisiche o i gruppi di persone fisiche sulla base di vari punti di dati riguardanti il loro comportamento sociale in molteplici contesti o di caratteristiche personali o della personalità...» qualora il punteggio ottenuto «può determinare un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di persone fisiche o di interi gruppi in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti, o a un trattamento pregiudizievole che risulta ingiustificato o sproporzionato rispetto alla gravità del loro comportamento sociale» (c. 31 e art. 5, punto 1, lett. c). Vietato, ancora, è «l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di un sistema di IA per effettuare valutazioni del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere la probabilità che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità; tale divieto non si applica ai sistemi di IA utilizzati

a sostegno della valutazione umana...» (art. 5, punto 1, lett. d)

Non sono vietati, invece, poiché classificati tra i sistemi di AI "ad alto rischio" (art. 6, punto 5) quelli destinati a consentire l'accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi, se utilizzati « a) ... dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi; b) ... per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito».

V'è da notare, infine, che non ci sarà una sovrapposizione dell'AI Act rispetto al Gdpr e la materia delle decisioni automatizzate resterà disciplinata dall'art. 22 Gdpr, con il portato di conseguenze e questioni scaturenti dalla sua formulazione. In altri termini, il nuovo contesto normativo rappresentato dall'AI Act non offre delle risposte tecnico-giuridiche alla problematica qui esaminata, né sposta i termini della relativa questione. Ma, sia detto a evitare equivoci, non si tratta di un vuoto normativo, posto che l'AI Act non vuole disciplinare l'intera materia dell'intelligenza artificiale, come una *summa* di tutte le norme, ma vuole soltanto determinare condizioni e requisiti che i sistemi di AI devono rispettare per poter accedere al mercato unico digitale.

Verificata, alla stregua del quadro normativo citato, la legittimità della delega computazionale possiamo attenderci un largo ricorso a tale ausilio, soprattutto nella sua variante "strong". L'ampia diffusione di una delega "strong" deriva, probabilmente, dall'alibi dell'imparzialità<sup>28</sup> e dell'oggettività<sup>29</sup> del calcolo computazionale – di cui non siamo

26. Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale) [AI Act].

27. Cfr. FINOCCHIARO 2022, p. 1085 ss., secondo la quale, mentre il sistema *risk management* è accompagnato dal principio di *accountability* nel GDPR, ciò non accade nell'AI Act, ove la valutazione del rischio dei sistemi intelligenti non è rimessa alle scelte degli operatori economici, ma al legislatore.

28. BORRUSO 1997, par. 13. L'autore afferma che «il computer, a differenza dell'uomo, non si stanca, non dimentica, non si emoziona, non si distrae e, nel rispetto delle distinzioni operate nel programma, è imparziale».

29. «In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in

ancora sobri – oppure da un’*accountability* delle organizzazioni incapaci di affrancarsi dal potere derivante dalle decisioni automatizzate, oppure dal comandamento dell’efficienza che è ragione e conseguenza della tendenza a narrare di una intelligenza della macchina piuttosto che della macchina intelligente; oppure, ancora, discende da tutti questi fattori assieme. L’efficienza è la ragione più immediata per affidare alcune attività a sistemi automatizzati, capaci di elaborazione dati su larga scala, a velocità non umana, con volumi e aspettative di tassi di errore inferiori rispetto agli esseri umani, con capacità di individuare correlazioni, rapporti, inferenze che nessuna valutazione umana sarebbe in grado di rilevare. E, in chiave prospettica, possiamo pensare che gli sviluppi esponenziali delle capacità computazionali e inferenziali delle nuove tecnologie non freneranno la corsa alla delega compu-decisionale, anzi, saranno sempre più indispensabili per l’uomo<sup>30</sup>.

A fronte di tale scenario, in contesti molto complessi, fatti di reti di input, algoritmi, dati e influenze umane, sarà sempre più arduo esplorare il rapporto tra atto decisionale ed elaborazione automatizzata di aspetti personali, al fine di indagare la prevalenza dell’uno o dell’altro e, quindi, per poter dare applicazione alle tutele previste dall’art. 22 Gdpr. E, nonostante gli sforzi interpretativi come pure evidenti nella sentenza in rassegna, l’effettività delle tutele per le libertà fondamentali resterà confinata in un perimetro sfuggente.

## 5. Conclusioni

Le decisioni automatizzate sono sempre più integrate nelle nostre vite quotidiane e lo saranno ancor di più man mano che la tecnologia continuerà ad evolversi. Esse rappresentano una tappa significativa nell’evoluzione degli strumenti

digitali e delle pratiche decisionali per cui diventa essenziale comprendere le implicazioni che ciò comporta e le possibili conseguenze sulla tutela dei diritti fondamentali.

Un primo passo è quello di adottare una prospettiva omnicomprensiva, nel senso di analizzare il fenomeno delle decisioni automatizzate come un “sistema decisionale”. Ciò indurrà a valutare le decisioni automatizzate come il frutto di un complesso di interazioni tra differenti componenti, umane e digitali, volgendo così lo sguardo al percorso, al contesto, alle componenti e alle dinamiche del decidere. Nel loro insieme. Lo sguardo unitario saprà includere non solo il momento in cui l’algoritmo viene concepito e addestrato ma anche il contesto in cui viene implementato e le interazioni con le componenti non digitali, quindi, con il soggetto al quale viene imputata la decisione finale.

Analizzare il fenomeno come sistema offre una prospettiva ricca e multidimensionale che può aiutare a comprendere meglio le loro implicazioni: anzitutto, il potere decisionale nell’ambito del “sistema decisionale” resta confinato dove si produce automazione, dacché la capacità di aggregare, elaborare e inferire enormi quantità di dati, quindi di decidere, è un primato della macchina; i decisori umani possono trovarsi in una posizione di dipendenza o subordinazione rispetto alle decisioni generate dalle macchine, residuandone una loro ridottissima – e forse trascurabile – autonomia decisionale<sup>31</sup>; col tempo la capacità di discernimento umana potrebbe ridursi a fronte dell’egemonica efficienza statistico-computazionale; inoltre, la responsabilità resta attribuita formalmente a decisori sforniti del relativo potere decisionale, creando un divario tra chi ha il potere decisionale effettivo e chi ne ha la responsabilità formale, con evidenti conseguenze sull’effettività

---

luce soprattutto negli ultimi anni da un’imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall’algoritmo assumono così un’aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati», Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

30. Il rapporto annuale della Stanford University, *The AI Index 2024 Annual Report*, dell’AI Index Steering Committee, Institute for Human-Centered AI, Stanford University, dell’aprile 2024, stima che l’intelligenza artificiale ha superato le prestazioni umane in diversi parametri, inclusi alcuni nella classificazione delle immagini, nel ragionamento visivo e nella comprensione dell’inglese. Eppure, resta indietro su compiti più complessi come la matematica a livello competitivo, il ragionamento visivo basato sul buon senso e la pianificazione.

31. MALGIERI-COMANDÉ 2017.

delle tutele previste dall'art. 22 Gdpr<sup>32</sup>; infine, indagare la complessità delle diverse dinamiche e interconnessioni che caratterizzano i sistemi decisionali automatizzati, e quindi l'applicabilità delle tutele previste dall'art. 22 Gdpr, potrebbe non esser alla portata di chi, di quelle tutele, ha diritto.

A fronte di tale scenario sarebbe di certo auspicabile che il legislatore si soffermasse, anche per ragioni di certezza del diritto, sui limiti applicativi della nozione positiva di decisione automatizzata, superando l'elemento scriminante della decisione "unicamente automatizzata", foriera di complessità interpretative e difficoltà applicative. Ma non sarebbe sufficiente. Oggi non possiamo non riconoscere alle nuove tecnologie il compito di espandere i confini della cognizione umana, determinando la liberazione della persona dai propri limiti cognitivi e assicurando alla società intera una profonda innovazione<sup>33</sup>. E non possiamo rinunciare a tanto. Occorre, quindi, sviluppare una riflessione di sistema sulle ragioni che dovrebbero fondare il ricorso alla delega computazionale e su quelle che, invece, dovrebbero spingere a preservare una decisione umana.

Resta da chiedersi, in altri termini, quanta parte di libertà siamo disposti a cedere e per quale imperativa ragione. Se lo scopo sarà quello di prevenire le frodi o l'evasione fiscale, attacchi terroristici o cyber attacchi, oppure di migliorare le diagnosi mediche e i piani di trattamento sanitario saremo ben disposti a rinunciare ad una parte di libertà. Se lo scopo è quello di dirci ciò che possiamo fare (aprire un mutuo, fittare casa, avere un lavoro ecc.) e, quindi, ciò che possiamo essere, allora ci rendiamo conto di come l'algoritmo predittivo del comportamento umano confini la persona nel proprio vissuto, leghi il suo futuro al suo passato, senza il riconoscimento di un diritto all'oblio comportamentale<sup>34</sup>.

Le ragioni ideali che portano al riconoscimento di questo interesse all'oblio comportamentale risiedono nel valore della persona umana, caposaldo irrettabile del costituzionalismo moderno, tanto nella sua dimensione nazionale che sovranazionale, ed in particolare in quella europea<sup>35</sup>. In coerenza al principio "personalistico" che informa l'intera Costituzione, l'art. 2 nel riconoscere i diritti

32. CHIODO 2022, pp 39-48, in cui l'autrice esplora il passaggio dalla definizione delle tecnologie in termini di automazione, alla definizione delle tecnologie in termini di autonomia come un cambiamento che «may mean that we are using technologies, and in particular emerging algorithmic technologies, as scapegoats that bear responsibility for us by making decisions for us».

33. La visione protetica venne teorizzata almeno un ventennio fa da FROSINI 1998, p. 58, il quale evidenziava come l'informatica avesse determinato una vera mutazione antropologica: «Dialogare attraverso le macchine, o con le macchine stesse, non è la stessa cosa di conversare a viva voce: si adopera una protesi intellettuale, che modifica il procedimento del conoscere e del comunicare. L'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa».

34. La prospettiva che si vuol offrire prescinde dalla questione dell'esattezza o meno del contenuto del dato personale e dalla comparazione tra i diritti garantiti dagli artt. 7 e 8 ed il diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quanto al diritto all'oblio nella rete si veda MORELLI 2002, p. 851; MARONGIU 2015, pp. 243-264; MEZZANOTTE 2009; MANTELETO 2014, p. 688.

35. In particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contempla il diritto all'integrità della persona, dal quale discende anche quello al consenso libero e informato (art. 3); il diritto alla sicurezza (art. 6); il rispetto alla vita privata e familiare (art. 7); il diritto alla protezione dei propri dati personali (art. 8); il diritto a ricevere informazioni (art. 11.1); il diritto a misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato (art. 23); i diritti del bambino (art. 24); i diritti degli anziani (art. 25); i diritti dei disabili (art. 26); per citarne solo alcuni.

inviolabili dell'uomo<sup>36</sup> «esalta la persona, assunta come il fondamento e il fine dell'ordine»<sup>37</sup>.

Non si propone, dunque, una lettura soltanto in termini di pericolo di discriminazione nell'uso dei sistemi decisionali automatizzati, sarebbe riduttivo<sup>38</sup>. Non si tratta dell'esigenza di tutela di gruppi marginali o minoritari, bensì di tutelare tutti valorizzando le differenze, in quanto necessarie per garantire il pluralismo, la pari dignità sociale (art. 3, comma 1, Cost.), il perseguimento dell'uguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.) e il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.). La connessione con l'art. 3, comma 2, Cost. è essenziale poiché dopo aver sancito l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, indipendentemente da sesso, razza, lingua, opinioni politiche, religiose o sociali, esige che siano rimossi «gli ostacoli di ordine economico e sociale, che (...) impediscono

il pieno sviluppo della persona umana». E in un'epoca in cui l'accesso a molti servizi, sia pubblici che privati, è disposto sulla base di sistemi decisionali automatizzati la cui sofisticazione rende deboli le tutele normative, tali sistemi possono divenire un ostacolo all'affermazione della propria identità, cioè del «diritto di essere sé stesso»<sup>39</sup>.

Nel mondo digitale viene a mancare alla persona quella tutela *naturaliter* dello scorrere del tempo, fondamento basilare dell'oblio. Tutela che va reintegrata con i necessari aggiustamenti. Non che debbano introdursi altri diritti. L'idea di fondo è che i «sistemi decisionali automatizzati» debbano esser permeati da una prospettiva incentrata sui diritti fondamentali<sup>40</sup>, sì da bilanciare uno sviluppo orientato esclusivamente all'efficienza delle nuove tecnologie.

## Riferimenti bibliografici

- A.C. AMATO MANGIAMELI (2023), *Intelligenza artificiale. Origine e principi*, in A.C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), «Cento e una voce di informatica giuridica», Giappichelli, 2023
- A.C. AMATO MANGIAMELI (2019), *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2019, n. 1
- D. AMOROSO, G. TAMBURRINI (2019), *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 2019, n. 1
- N. APPELMAN, R.Ó FATHAIGH, J. VAN HOBOKEN (2022), *Social Welfare, Risk Profiling and Fundamental Rights: The Case of SyRI in the Netherlands*, in «Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law», vol. 12, 2022, n. 4

36. Sul concetto di personalità si registrano due opposti orientamenti: da un lato, esisterebbe un unico diritto della personalità che considera la persona nella sua unitarietà e il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale, su cui v. GIAMPICCOLO 1958, p. 466; FERRI 1984, p. 137; Cass., 10 maggio 2001, n. 6507, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2002, n. 1, p. 529; e dall'altro, vi sarebbero tanti diritti della personalità quanti la legge ne preveda o il giudice ne individui sulla base del tessuto sociale e giuridico, su cui v. DI MAJO 1962, p. 69; Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in «Foro italiano», 2009, n. 1, p. 120.

37. Cfr. COSTA 2008, p. 396; MANGIAMELI 2020, p. 86.

38. I casi di discriminazione operati da sistemi automatizzati sono ben noti, così come le conseguenze sulla vita delle persone che hanno perduto opportunità di lavoro e di istruzione, credito, assistenza sociale e sanitaria. Cfr. APPELMAN-FATHAIGH-VAN HOBOKEN 2022.

39. Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13. Sull'attitudine della dimensione di Internet a minacciare la corretta rappresentazione della stessa identità personale v. MORELLI 2019, p. 49.

40. Molto efficacemente sull'argomento AZZARITI 2022, p. 4, di cui si riporta questo lucido passaggio «È così che l'autore che ha insegnato ai giuristi l'importanza e le virtù delle nuove tecnologie, mai da rigettare, sempre da valorizzare, è anche l'autore che ci avvisa dei rischi di un'utilizzazione della tecnica non conforme a costituzione, governata dal mercato e non posta a garanzia dei diritti fondamentali».

- G. AZZARITI (2022), *Stefano Rodotà e l'uso costituzionalmente orientato delle nuove tecnologie*, in "Costituzionalismo.it", 2022, n. 2
- G. BIFERALI (2018), *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2018, n. 3
- R. BINNS, M. VEALE (2021), *Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR*, in "International Data Privacy Law", vol. 11, 2021, n. 4
- R. BORRUSO (1997), *Informatica giuridica*, in "Enciclopedia del diritto", agg. I, Giuffrè, 1997
- R. BORRUSO (1988), *Computer e diritto*, Giuffrè, 1988
- L.A. BYGRAVE (2001), *Automated Profiling: Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling*, in "Computer Law & Security Review", vol. 17, 2001, n. 1
- S. CHIDO (2022), *Human autonomy, technological automation (and reverse)*, in "AI & Society", vol. 37, 2022
- P. COSTA (2008), *Diritti fondamentali*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, II, Giuffrè, 2008
- A. DI MAJO (1962), *Profili dei diritti della personalità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1962
- G. FASANO (2020), *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in "Giornale di Diritto Amministrativo", 2020, n. 6
- G.B. FERRI (1984), *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 1984, n. 1-4
- G. FINOCCHIARO (2022), *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2022, n. 4
- V. FROSINI (1998), *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Bulzoni Editore, 1998
- D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN (2019), *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3
- G. GIAMPICCOLO (1958), *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1958
- GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 (2020), *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 2020
- D. KORFF (2002), *EC study on implementation of data protection directive. Comparative summary of national laws*, Human Rights Centre, 2002
- E. LONGO (2019), *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in "Percorsi costituzionali", 2019, n. 1
- G. MALGIERI, G. COMANDÉ (2017), *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in "International Data Privacy Law", vol. 7, 2017, n. 3
- S. MANGIAMELI (2020), *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Giappichelli, 2020
- A. MANTELERO (2014), *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza "politica" del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in "Il Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2014, n. 4-5
- D. MARONGIU (2015), *Il diritto all'oblio come diritto all'esclusione dai motori di ricerca. Dalla giurisprudenza europea al diritto amministrativo italiano*, in "Diritto e processo amministrativo", 2015, n. 1

- M. MEZZANOTTE (2009), *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009
- A. MORELLI (2019), *Persona e identità personale*, in “BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto”, 2019, n. 2
- R. MORELLI (2002), voce *Oblio (diritto all’)*, in “Enciclopedia del diritto”, agg. IV, Giuffrè, 2002
- OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, 2024
- E. PARISIER (2011), *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*, Penguin, 2011
- D. PORRINI (2018), *Big data, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in V. Falce, G. Ghidini, G. Olivieri (a cura di), “Informazione e big data tra innovazione e concorrenza”, Giuffrè, 2018
- S. RODOTÀ (1995), *Tecnologie e diritti*, il Mulino, 1995
- K. SHAFFER (2019), *Data versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, 2019
- A. SIMONCINI (2019), *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in “BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto”, 2019, n. 1
- S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI (2017), *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in “International Data Privacy Law”, 2017