

Consenso e algoritmi: anche la Cassazione scende in campo

di **Marco Bassini**

L'ordinanza n. 14381/2021 della prima sezione civile della Corte di Cassazione ha confermato una correlazione già evidente nella costruzione di uno statuto giuridico dell'Intelligenza Artificiale: quella tra algoritmi e protezione dei dati personali.

Sembrerebbe un binomio non del tutto risolutivo né esaustivo, se si considerano, per un verso, le molteplici questioni giuridiche sollevate dall'avvento delle tecnologie algoritmiche e, per altro verso, l'ambito apparentemente limitato entro cui le tutele previste dalla disciplina rilevante in materia, ossia il GDPR, spiegano la loro efficacia. Eppure, la giurisprudenza che fino a questo momento si è cimentata nel confronto con le problematiche generate dai sistemi di Intelligenza Artificiale ha messo in evidenza più che mai la capacità della normativa sulla protezione dei dati di fornire risposte che andassero ben oltre il semplice ambito di riferimento. Questo messaggio, del resto, pareva evincersi già da alcuni importanti precedenti in materia, come la sentenza del 2019 del Conseil Constitutionnel francese e le sentenze del Consiglio di Stato in merito alla legittimità del famigerato algoritmo impiegato dal MIUR per l'assegnazione del personal docente delle scuole secondarie di secondo grado.

La recente ordinanza della Cassazione rafforza ulteriormente questo "ponte", ricordando che le norme dettate per il trattamento dei dati personali sono al servizio della tutela degli individui al cospetto dei più recenti sviluppi tecnologici. Questo collegamento, del resto, sembra emergere anche nella recente proposta di regolamento che definisce un quadro europeo in materia di Intelligenza Artificiale del 21 aprile, in cui le istituzioni dell'Unione europea sembrano aver inteso riprodurre la stessa matrice sottostante al GDPR, ossia l'approccio fondato sul rischio. Come noto, questo principio mira alla valorizzazione dell'*accountability* dei soggetti che effettuano trattamenti di dati personali, sostituendo alla ispirazione paternalistica che aveva caratterizzato il quadro giuridico previgente un'impronta di maggiore apertura agli sviluppi della tecnologia, pur nel rispetto dei diritti e delle libertà individuali.

La pronuncia della Cassazione ha tratto origine dal ricorso proposto dal Garante per la protezione dei dati personali contro una pronuncia del Tribunale di Roma che ne aveva ridimensionato un provvedimento di blocco dei trattamenti eseguiti da un soggetto imprenditoriale intento a gestire un servizio di rating reputazionale. La Cassazione ha accolto il ricorso, ritenendo che la decisione del Tribunale di Roma non avesse correttamente considerato il sistema di garanzie che circonda l'interessato al cospetto di trattamenti di dati personali.

L'ordinanza del Supremo Collegio, pur confrontandosi con trattamenti automatizzati di particolare complessità condotti mediante tecniche algoritmiche, ha fatto ricorso a un istituto del tutto consolidato e assolutamente tradizionale nella normativa sulla protezione dei dati: il consenso dell'interessato come base giuridica del trattamento.

Si tratta di una lettura che ha confermato la modernità del GDPR e delle sue categorie, congeniate secondo un grado di elasticità e apertura sufficiente a garantirne la funzionalità anche in un contesto tecnologico esposto a continui mutamenti.

Il consenso, del resto, costituisce la base giuridica più nota, quella fondata sull'elemento volontaristico. Non certo l'unica, dato che il GDPR, valorizzando il principio di *accountability*, sembra aver voluto attribuire nuova linfa a basi giuridiche diverse, come il legittimo interesse, fondate su una "responsabilizzazione" del titolare del trattamento. Ma il consenso continua a rappresentare uno dei capisaldi della disciplina in materia, la cui validità come base giuridica deriva da una serie di predicati che devono essere rispettati: tra questi, vi è senza dubbio la natura informata, presupposto affinché la manifestazione di volontà dell'interessato possa legittimare il trattamento dei dati da parte del titolare.

Nella vicenda finita all'esame della Cassazione la base giuridica rappresentava il vero nodo critico. Non perché una normativa ad hoc fosse carente rispetto alla regolazione dei sistemi di *scoring* reputazionale, irrilevante di per sé per la sorte dei trattamenti di dati; ma perché era in questione su quale fondamento il sistema di rating potesse riposare rispetto ai trattamenti medesimi. Questa premessa ha consentito alla Cassazione di appuntare le proprie attenzioni sulla rilevanza del consenso degli interessati e sulla validità dello stesso, alla luce delle circostanze in cui era acquisito. È indispensabile, infatti, che la prestazione di consenso sia preceduta da una previa acquisizione di informazioni che illustrino dettagliatamente all'interessato le attività di trattamento. Ciò permette di individuare e definire i trattamenti che occorrono nell'ambito di un sistema algoritmico. Da queste premesse discende non soltanto la natura informata del consenso prestato dall'interessato, ma anche la sua libertà e specificità. Si tratta, in altri termini, di rappresentare alla sfera conoscitiva dell'interessato tutti gli elementi utili a determinare il suo comportamento adesivo. Così, non si può ritenere valida una manifestazione di consenso che non sia preceduta da un idoneo compendio informativo che rappresenti all'interessato, tra l'altro, le caratteristiche del sistema algoritmico utilizzato. In altri termini, l'interessato deve poter conoscere le modalità di funzionamento di un trattamento algoritmico onde potervi liberamente assentire; infatti, "non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati".

L'ordinanza della Cassazione conferma che la disciplina dei dati personali è una delle chiavi di volta essenziali per la costruzione di uno statuto giuridico che ponga l'individuo e i suoi diritti al riparo da possibili rischi e ne rinnovi, al contempo, l'assoluta centralità di fronte a un mondo che cambia. Nonostante siano diverse le istituzioni impegnate, a vari livelli, nella definizione di documenti di *hard* o di *soft law* (basti pensare al Consiglio d'Europa, che ha appositamente istituito un Ad-Hoc Committee (CAHAI) e all'Unione europea, che ha formulato la recente proposta di un regolamento) e parimenti variegata siano le questioni giuridiche sul tavolo, poste dall'adozione su larga scala di sistemi di Intelligenza Artificiale, il GDPR si conferma un presidio adeguato e al passo con la rivoluzione tecnologica in corso, paradossalmente nella sua parte più tradizionale ma al contempo "durevole": quella relativa alle basi giuridiche del trattamento e alle caratteristiche del consenso.



**FONDAZIONE
LEONARDO**
Civiltà delle Macchine
UMANESIMO DIGITALE

I richiami a questa disciplina, del resto, non erano mancati neppure nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, e in particolare nella sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472, della VI sezione.

Nel riallacciarsi al suo precedente (la sentenza dell'8 aprile 2019, n. 2270) per ribadire l'esigenza di garantire la conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo, il Consiglio di Stato si è soffermato proprio sulle norme contenute nel GDPR per sottolineare l'attenzione del legislatore europeo ai casi in cui il trattamento di dati sia interamente automatizzato. Proprio a questo fine, il GDPR affianca, alle esigenze conoscitive (soddisfatte dalla previsione di un diritto di accesso e a ottenere informazioni), un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali automatizzati (*ex art. 22*).

Ma soprattutto, secondo il Consiglio di Stato, dal diritto sovranazionale si possono evincere in particolare tre principi: il principio di conoscibilità, che si rafforza in principio di comprensibilità quanto si tratti di decisioni automatizzate adottate da soggetti pubblici; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che assicura un contributo umano in grado di controllare, validare o smentire la decisione automatica; il principio di non discriminazione algoritmica, che impegna il titolare dei trattamenti a mettere in atto quanto necessario a rettificare i fattori che comportano inesattezze, per minimizzare gli errori e impedire effetti discriminatori. Nel caso di specie, secondo i giudici, l'algoritmo non risultava essere stato utilizzato in termini conformi ai principi in questione, anche in considerazione del fatto che non era dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria fossero andate disattese.

Prima ancora, nel 2018, il Conseil Constitutionnel francese si era pronunciato sulla legittimità di una norma che ampliava la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere (seppure a titolo di eccezione) a decisioni in grado di produrre effetti giuridici sugli individui fondate su un trattamento automatico di dati personali. La stessa disposizione legittimava decisioni automatizzate nel caso in cui a) l'attività algoritmica non riguardasse dati sensibili, b) fosse percorribile una via di ricorso amministrativa e c) fossero fornite adeguate informazioni in relazione all'utilizzo di algoritmi. Della norma in parola era stato dedotto un conflitto con la distribuzione dei poteri esecutivi prevista dall'art. 21 della Costituzione, soprattutto in relazione alle capacità di autoapprendimento degli algoritmi che avrebbero potuto determinare l'applicazione di regole differenti da quelle preimpostate. Il Conseil ha escluso l'esistenza di profili di incostituzionalità, ritenendo che fossero state osservate tutte le garanzie necessarie alla salvaguardia dei diritti e delle libertà degli individui. Tra queste: la limitazione dell'utilizzo a specifiche tipologie di decisioni, la previsione di specifiche condizioni legittimanti e la possibilità per l'individuo destinatario ultimo di una decisione di ottenere una spiegazione in modalità intellegibili e dettagliate del funzionamento del processo algoritmico - in ossequio al c.d. diritto alla spiegazione, di cui si discute l'esistenza di un fondamento giuridico *ex art. 22* del GDPR.

La presa di posizione della Cassazione, così, oltre a confermare la bontà dell'impianto del GDPR aggiunge un'ulteriore tessera a quello "statuto dell'algoritmo" che va definendosi per via giurisprudenziale, segno dell'esigenza di mantenere ferma una serie di presidi essenziali, a garanzia non solo della fundamentalità del diritto alla protezione dei dati ma anche della centralità dell'individuo nella società algoritmica.