

Silvia Sassi

Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità

(doi: 10.1433/94547)

Analisi Giuridica dell'Economia (ISSN 1720-951X)

Fascicolo 1, giugno 2019

Ente di afferenza:

Universit t di Milano (unimi)

Copyright   by Societ  editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo   messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb,   fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità

1. A COSA SERVONO GLI ALGORITMI E COME FUNZIONANO

Un pregevole libro dal titolo *What Algorithms Want: Imagination in the Age of Computing*¹ afferma che l'algoritmo è divenuto talmente centrale nella nostra vita quotidiana che sta ridefinendo l'attuale contesto non solo culturale, e quindi sociale ed economico, ma anche politico e giuridico. In ragione di ciò, si ritiene necessario cominciare a collaborare fattivamente con le nuove macchine digitali per evitare di soggiacere alle stesse e divenirne «animali domestici»².

Inevitabile è, quindi, la conoscenza del loro meccanismo. Ecco perché, prima di inoltrarci nel tema, alcune puntualizzazioni, seppure brevi e rapide nei tratti, sul funzionamento e sulla utilità degli algoritmi sono doverose.

Dal XXI secolo una parola vecchia è divenuta nuova: e la parola in questione è proprio l'algoritmo.

L'algoritmo è un concetto fondamentale per l'informatica. La sua applicazione è ormai pervasiva in ogni campo: gli algoritmi dominano il mercato azionario, compongono la musica, scrivono lunghe dimostrazioni matematiche, si applicano in campo medico, e così via. L'algoritmo ha le sue radici nella storia della matematica. I babilonesi furono i primi a usare formule embrionali di algoritmi matematici per estrarre radici quadrate e fattorizzare i numeri. Euclide ideò un algoritmo per trovare tra due numeri il più grande fra i loro divisori. Le origini della disciplina vengono fatte

¹ Di E. Finn, pubblicato nel 2017 per i tipi del Massachusetts Institute of Technology, e tradotto dalla casa editrice Einaudi nel 2018, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*.

² *Ibidem*, XX.

risalire a un famoso matematico del IX secolo al-Khwārizmī, che coniò la parola algoritmo³.

Nel tempo la parola si è diffusa e l'algoritmo è stato descritto come «qualsiasi insieme di istruzioni matematiche per manipolare dati o per risolvere un problema»⁴.

Due i fattori del suo successo. Primo: nel corso della sua evoluzione, il sistema algoritmico ha mantenuto una caratteristica essenziale: funziona. L'algoritmo fornisce in modo affidabile il risultato atteso entro una quantità finita di tempo. Secondo: l'apparente trasparenza e semplicità dei sistemi computazionali porta molti a vederli come veicoli di un processo decisionale imparziale.

Un atteggiamento più laico, e meno fideistico, nei confronti di questi processi e formule matematiche che forniscono risposte alle nostre domande⁵ solleva, invece, sul piano giuspubblicistico, una serie di questioni.

Con riguardo alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati, ad esempio, il fatto che l'algoritmo traduca in risposte domande poste, individuate e identificate come tali da coloro che sviluppano e ottimizzano il codice algoritmico comporta una riflessione, per un verso, sulla scelta dei dati inclusi ed esclusi dagli stessi per raggiungere il risultato da ottenere, per altro verso, sul ragionamento matematico-informatico sotteso ad esso volto, appunto, a fornire la risposta. Inoltre, la necessità di aggiornare e modificare costantemente gli algoritmi, al fine di renderli sempre più efficaci e adeguati ai nuovi ambienti culturali, politici e giuridici che nel tempo si sviluppano, genera la possibilità di rendere sempre meno intelligibile all'uomo il processo decisionale che vi sta a monte. Questa ipotesi non è affatto peregrina: l'algoritmo è un metodo e, pertanto, tutte le implementazioni al suo sistema sono date non solo da un codice ma anche da un intervento, un filtro, che può essere tanto intellettuale quanto tecnico⁶. È di solare evidenza che anche quest'ultimo profilo può avere echi diramanti

³ Così riporta N. Ensmenger, *History of Computing: Computer Boys Take Over: Computers, Programmers, and the Politics of Technical Expertise*, Cambridge, MIT Press, 2010, p. 131.

⁴ E. Finn, *op. cit.*, 5.

⁵ Definizione di «algoritmi» fornita da Google: *Algorithms – Inside Search – Google* (visitato il 18 marzo 2019).

⁶ Pensiamo a Facebook: un *social network* che opera attraverso l'algoritmo sociale più riuscito al mondo per permettere alle persone di mettersi in contatto tra loro. L'algoritmo di Amazon non è solo fatto di calcolo ma anche di logistica: se originariamente Amazon ha cercato di migliorare il lavoro, la strategia e le vendite rispetto ai venditori di quasi tutti i tipi di prodotti di consumo. Lo stesso si può dire per Netflix: da distributore di dvd via

sulla tenuta del sistema democratico. Lo sviluppo attuale di macchine intelligenti, in grado di apprendere e di assumere, sulla base della loro esperienza, decisioni in modo autonomo e indipendente dall'intervento umano⁷, desta non poche preoccupazioni sulla possibile, sebbene a lungo termine, sostituzione dell'intelligenza artificiale su quella umana.

Ebbene, senza giungere a conclusioni apocalittiche⁸, ma nemmeno senza sottovalutare il fenomeno in atto, sembra opportuno fare qualche riflessione sull'impiego dei sistemi algoritmici nelle decisioni pubbliche dato il loro impatto sulle situazioni giuridiche soggettive di soggetti privati.

A tal fine l'analisi qui proposta è intesa ad indagare le (poche) regole e *standard* fino a ora predisposti in materia dall'Unione europea, da alcuni Paesi UE ed *extra*-UE nonché l'atteggiamento dell'operatore giuridico innanzi a strumenti che, piaccia o meno, sono e devono essere al servizio dell'uomo.

2. LA REGOLAMENTAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI ALGORITMI

L'algoritmo – come già detto – opera solo sulla base di dati raccolti.

Di importanza cruciale, dunque, si rivela la raccolta dei dati personali sia in termini quantitativi sia in termini qualitativi. Sotto il primo profilo, è evidente che la maggiore quantità di informazioni raccolte comporta un maggior tasso di successo della funzione algoritmica, che non è predittiva ma probabilistica⁹. Nella cifra della sua affidabilità, invece, fondamentale

posta si sta ora imponendo per la conquista del mercato dello *streaming on line*: il tutto è accaduto con l'evoluzione del primo tipo di algoritmo.

⁷ Sull'impatto positivo del *machine learning* sui sistemi d'intelligenza artificiale v. H. Surden, *Machine Learning and Law*, in *Wash. L. Rev.*, 89, 2014, pp. 87 ss.

⁸ Al riguardo cfr. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, Comunità, 1968, che riteneva, a ragion veduta, che ciò non è possibile perché significherebbe l'esistenza di un essere superiore.

⁹ Al riguardo E. Rulli (*Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *AGE*, 2, 2018, p. 539) sostiene che l'aggettivo «predittivo» relativo alle risposte che gli strumenti algoritmici predispongono, è «inappropriato». Secondo l'A. «gli applicativi in parola [...] non predicono il futuro, ma offrono uno o una serie di risultati probabili».

è la qualità del dato, ovvero la sua veridicità nonché la capacità di sviluppare *Big Data Analytics*¹⁰.

Pertanto, affinché le nuove tecnologie possano realmente contribuire al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie e al benessere delle persone fisiche, consentendo «tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali [...] nello svolgimento delle loro attività»¹¹, fondamentale si configura un assetto normativo solido in materia di protezione dei dati.

Sulla scia di queste, e altre, considerazioni¹², il Parlamento europeo e il Consiglio il 27 aprile del 2016 hanno adottato il regolamento (UE) 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati)»¹³.

Con riguardo specifico alla disciplina del processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione¹⁴, il reg. n. 679 distingue tra «decisioni interamente automatizzate», da un lato, e decisioni «non interamente» automatizzate, dall'altro lato: mentre le prime sono, in linea di principio, vietate, le seconde sono ammesse.

In particolare, l'art. 22 del reg. n. 679 – al fine di scongiurare che il processo decisionale automatizzato, inclusa la profilazione, possa produrre effetti giuridici che riguardano l'interessato o tali da incidere in modo sensibil-

¹⁰ In effetti, come ben spiega A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. Inf.*, 4/5, 2018, pp. 799-780, a una determinata quantità di dati deve corrispondere anche una capacità della loro elaborazione. L'impiego dei *Big Data Analytics* «rappresenta per i soggetti pubblici l'opportunità di identificare con precisione le esigenze dei cittadini e di realizzare, conseguentemente, l'erogazione di servizi che assicurino un maggior benessere per la collettività».

¹¹ V. *considerando* (6) del reg. n. 679/2016.

¹² Cfr. i *considerandi* (1)-(5) e (7) del reg. n. 679/2016.

¹³ Per un primo e approfondito commento sul regolamento n. 679 del 2016, altrimenti detto regolamento GDPR, v. F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 4.4 del reg. n. 679/2016 per «profilazione» si intende: «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».

mente analogo sulla sua persona¹⁵ – prevede il diritto dell’interessato a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati. L’impiego esclusivo degli algoritmi nella decisione pubblica, senza cioè il coinvolgimento umano, è consentito solo a tre condizioni: 1) se necessario per la conclusione o l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento¹⁶; 2) se autorizzato dal diritto europeo o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento¹⁷; 3) se vi è consenso esplicito dell’interessato¹⁸. Anche in questi casi, tuttavia, non viene meno il dovere in capo al titolare del trattamento di adottare una serie di misure poste a tutela dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi dell’interessato. Tra le garanzie previste per contrastare un eventuale potere dell’algoritmo¹⁹ si annoverano: il diritto di ricevere dal titolare del trattamento informazioni significative sulla logica sottesa alla decisione²⁰, sull’importanza e sulle conseguenze previste per l’interessato²¹; il diritto di ottenere l’intervento umano; il diritto di esprimere la propria opinione e, infine, il diritto di contestare la decisione dell’elaboratore elettronico²².

¹⁵ Al riguardo le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, del 3.10.2017, ora nella loro versione emendata e adottata dal Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati il 6.2.2018 (17/IT – WP 251 rev.01), precisano che si ha un «effetto giuridico» quando la decisione incide «sui diritti giuridici di una persona, quali la libertà di associarsi ad altre persone, di votare nel contesto di un’elezione o di intraprendere azioni legali» ovvero, anche, quando la stessa influisce sullo «status giuridico di una persona o sui suoi diritti ai sensi di un contratto». Diversi esempi sono riportati da queste *Linee guida*, pp. 23-24.

¹⁶ Art. 22.2, lett. a).

¹⁷ Art. 22.2, lett. b).

¹⁸ Art. 22.2, lett. c).

¹⁹ Icasticamente S. Rodotà (*Il diritto di avere dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 33) parlava di «dittatura dell’algoritmo».

²⁰ Con riguardo all’interpretazione del diritto dell’interessato di «essere informato» la dottrina non è unanime: da una parte, vi è chi sostiene l’esistenza di un simile diritto (B. Goodman, S. Flaxman, *European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a «Right to Explanation»*, in *AI Magazine* 38, 2016, pp. 1 ss.; A.D. Selbst, J. Powels, *Meaningful Information and the Right to Explanation*, in *International Data Privacy L.* 7, 2017, pp. 1 ss.; G. Malgieri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy L.* 7, 2017, pp. 213 ss., dall’altra parte, vi è chi non lo accoglie (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 L.*, 7, 2017, pp. 76 ss.

²¹ Artt. 13.2, lett. f), 14.2, lett. g), 15.1, lett. h, reg. n. 679.

²² Art. 22.3 del reg. n. 679.

In ragione di tutto ciò, chiaro è l'obiettivo del regolamento: anteporre l'uomo alla macchina algoritmica, o se si vuole, porre la macchina in modalità servente all'uomo. E perché ciò sia possibile si profila necessaria una regolamentazione chiara e certa, posta primariamente a tutela dei diritti fondamentali della persona e basata, quindi, sui principi della trasparenza²³ e della responsabilità²⁴.

Con il medesimo approccio antropocentrico è stata impostata una serie di atti europei successivi al regolamento n. 679.

Sia di esempio la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica²⁵, che propone un equilibrato, per quanto possibile, contemperamento tra l'intervento della macchina e quello dell'uomo²⁶. In esso ripetutamente si afferma l'esigenza che l'uomo mantenga «in qualsiasi momento il controllo sulle macchine intelligenti»²⁷. Esigenza che, nella fattispecie dei processi decisionali automatizzati e algoritmici, si declina con la «possibilità di verifica e di controllo umani»²⁸.

Presupposto essenziale per la realizzazione di un simile risultato è la sussistenza di un *corpus* normativo basato sui «valori intrinsecamente europei,

²³ Principio oramai consolidato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Al riguardo cfr. gli artt. 1 e 11.2 del TUE nonché art. 15 TFUE. Per approfondimenti sull'applicazione del principio di trasparenza al reg. n. 679 del 2016 v. Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, adottate il 29.11.2017. Versione emendata, adottata l'11.4.2018.

²⁴ Il principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento dati è sostanziale al principio di trasparenza. La trasparenza delle operazioni di trattamento nonché delle informazioni relative al trattamento corretto dei dati consente, infatti, agli interessati di imputare la responsabilità al titolare e al responsabile del trattamento dei dati e di esercitare il controllo sui dati personali che li riguardano, dando o revocando il consenso informato e attivando i diritti degli stessi interessati. Sul punto v. Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, cit., 4.

²⁵ P8_TA(2017)0051, *Norme di diritto civile sulla robotica*. Per un commento intorno a questa risoluzione, e le sue implicazioni sul piano della responsabilità civile v. L. Coppini, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Pol. Dir.*, 4, 2018.

²⁶ La risoluzione nei *considerando* P e U ritiene, infatti, che pur nel timore che «a lungo termine l'intelligenza artificiale [possa] superare la capacità intellettuale umana», le regole non debbano ostacolare il processo di ricerca, innovazione e sviluppo della rivoluzione tecnologia in atto.

²⁷ P.to 3 della risoluzione PE.

²⁸ *Considerando* Q della risoluzione PE.

universali e umanistici»²⁹ che preservino «la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui»³⁰ a tutela dei principi di eguaglianza, del giusto processo, della trasparenza, della responsabilità nonché della comprensibilità dei processi decisionali³¹. A tal fine la risoluzione propone una serie di raccomandazioni tra le quali: 1) stabilire una definizione comune europea di *robot* autonomo e intelligente; 2) prevedere un sistema di registrazione dei *robot* intelligenti; 3) elaborare una responsabilità civile applicabile ai *robot*; 4) stilare una carta sulla robotica; 5) formulare un codice etico-deontologico degli ingegneri robotici che garantisca la trasparenza e il rispetto del legittimo diritto di accesso all'informazione di tutti i soggetti interessati; 6) predisporre un codice per i comitati etici di ricerca; e 7) sviluppare una licenza per i progettisti e per gli utenti³².

Anche la recente comunicazione della Commissione europea del 25 aprile 2018 sull'«Intelligenza artificiale per l'Europa»³³ si informa sulla logica dei precedenti atti, ponendo, quindi, la macchina al servizio dell'uomo³⁴. Questa iniziativa, dopo avere definito l'intelligenza artificiale come un insieme di «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi»³⁵, ribadisce che l'Unione europea deve

²⁹ Considerando H della risoluzione PE.

³⁰ Considerando O della risoluzione del PE.

³¹ Considerando H della risoluzione del PE.

³² Tutte queste «raccomandazioni concernenti il contenuto della proposta richiesta» sono allegate alla risoluzione del PE.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L'Intelligenza artificiale per l'Europa*, Bruxelles, 25.4.2018, COM(2018)237 final. Tra le molteplici riflessioni, in punta di diritto, sull'intelligenza artificiale, cfr. M.U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenge, Competences, and Strategies*, in *Har. J.L. & Tech.*, 29, 2016, pp. 354 ss.; C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prima considerazioni*, in *DPCE*, n. speciale, 2019, 101 ss. e A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. filosofia dir.*, 1/2019, pp. 87 ss.

³⁴ La Commissione europea ha di recente commissionato una serie di studi in materia, tra i quali v. M. Craglia (ed.), *Artificial Intelligence. A European Perspective*, Luxembourg, 2018. Anche il Parlamento europeo ha analizzato il fenomeno in atto: cfr. G. Sartor, *Artificial Intelligence: Challenges for EU Citizens and Consumers*, PE 631.043, Brussels, January 2019.

³⁵ *Ibidem*, p. 1. Una piccola notazione storica ripresa dal testo di J.-M. Sauvé, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle*, Conférence des présidents des juridictions administratives, Rennes, Vendredi 20 avril 2018, 1: il termine intelligenza artificiale, di cui

assicurare un quadro etico e giuridico che, nel promuovere l'innovazione, tuteli, al contempo, i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini, tra cui la vita privata, la dignità, la tutela dei consumatori e la non discriminazione. In questa prospettiva si impone, dunque, al nuovo contesto normativo il rispetto dei principi di trasparenza e di responsabilità. Solo così facendo il singolo sarà in grado di sapere se sta comunicando con una macchina o con un essere umano³⁶, e, per conseguenza, consentire allo stesso di controllare i dati generati mediante l'utilizzo di questi strumenti, per un verso, e, responsabilizzare il titolare o il responsabile del trattamento dei dati relativamente agli obblighi loro imposti³⁷, per altro verso.

3. REGOLE, PRINCIPI E *STANDARD* PER L'ADOZIONE DI DECISIONI (INTERAMENTE) AUTOMATIZZATE IN FRANCIA E IN ITALIA

L'ordinamento francese è certamente uno tra quelli degli Stati membri dell'Unione europea che risulta conforme al regolamento europeo n. 679/2016³⁸, ed in particolare all'art. 22. E ciò, nonostante la *loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*³⁹ non ponga una distinzione, al pari di quanto previsto dal citato atto europeo, tra decisioni interamente automatizzate e quelle automatizzate: essa si preoccupa, piuttosto, di disciplinare le decisioni pubbliche assunte sulla base di un algoritmo, approntando una serie di garanzie a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato in un quadro governato dai principi di trasparenza e di responsabilità.

ora si tentano diverse definizioni, è stato forgiato nel 1955 da due informatici americani, John McCarthy e Claude Shannon, durante una conferenza dagli stessi organizzata sull'«intelligenza artificiale» tenuta nel 1956.

³⁶ V. comunicazione della Commissione, *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 16.

³⁷ Per la cui implementazione, la Commissione prevede una serie di impegni, tra i quali, relazionare entro il 2019 sui quadri normativi in materia di responsabilità e sicurezza in relazione all'IA, all'Internet delle cose e della robotica con lo scopo di indicare le implicazioni più ampie, le potenziali lacune e fornire i relativi orientamenti. V. comunicazione della Commissione, *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 18.

³⁸ Per un ricognizione dell'adeguamento meramente normativo del reg. n. 679 del 2016 da parte dei Paesi aderenti all'UE v. Baker McKenzie, *GDPR National Legislation Survey 2018*, in www.bakermckenzie.com.

³⁹ La cui ultima versione consolidata è del 22.3.2019. Per primi commenti cfr. P. Besse, C. Castets-Renard, A. Garivier, *Loyauté des Décision Algorithmiques*, in <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01544701> e J.-M. Sauvé, *op. cit.*

Più specificamente, la *loi* n. 2016-1321 permette all'autorità pubblica di assumere una decisione sulla base di un algoritmo purché l'interessato ne sia esplicitamente informato (art. 4). In tal guisa, il *décret* n. 2017-330⁴⁰, adottato il 14 marzo 2017 dal *Conseil d'Etat* in applicazione della *loi* n. 2106-1321, dispone che l'amministrazione deve comunicare le regole sottese dell'algoritmo nonché le sue principali caratteristiche (art. 1, alinea 1)⁴¹. Peraltro, l'amministrazione, se lo richiede l'interessato, è obbligata a fornire, in forma intelligibile, ulteriori informazioni, tra le quali: il grado e il modo in cui l'algoritmo ha inciso sulla decisione; i dati trattati e le loro fonti; i criteri utilizzati dal trattamento e, se del caso, il peso che gli stessi hanno avuto sulla decisione; le operazioni effettuate. Il tutto compatibilmente con le esigenze di riservatezza poste dalla legge stessa (art. 1, alinea 2 *décret* n. 2017-330).

Tre sono, dunque, le condizioni con cui l'ordinamento francese, conformemente anche a quanto statuito dal *Conseil Constitutionnel* con la sua *décision* n° 2018-765 del 12 giugno 2018⁴², consente all'autorità pubblica di assumere una decisione che produce effetti giuridici su una persona, ancorché in modo significativo, sulla sola base del trattamento automatizzato di dati personali.

Anzitutto, la decisione amministrativa deve menzionare esplicitamente che è stata adottata sul fondamento di un algoritmo e, nel caso in cui l'interessato ne faccia richiesta, l'amministrazione deve essere in grado di comunicare le principali caratteristiche della logica sottesa a esso. Sicché la decisione assunta sulla base di un sistema algoritmico, i cui principi operativi non possono essere comunicati perché violano i segreti o gli interessi di cui al par. 2 dell'art. 311-5 del *code des relations entre le public et l'administration*, è vietata.

In secondo luogo, la decisione amministrativa che grava su una posizione giuridica soggettiva deve poter essere oggetto di ricorso amministrativo⁴³. Nel qual caso, l'amministrazione adita è obbligata ad assumere la decisione

⁴⁰ «Décret relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique», entrato in vigore il 17.3.2017 e più volte modificato.

⁴¹ Il succitato decreto ha introdotto l'art. R. 311-3-1-1 del *code des relations entre le public et l'administration* che recita: «La mention explicite prévue [...] rappelle le droit [...] d'obtenir la communication [...]».

⁴² In www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm.

⁴³ V. al riguardo il capitolo I del titolo I del libro IV del *code des relations*.

senza fare più esclusivo affidamento sul sistema algoritmico. Peraltro, il giudice è tenuto a richiedere all'amministrazione di comunicare l'algoritmo.

La terza condizione che limita l'assunzione di una decisione interamente automatizzata si attua laddove il sistema algoritmico opera sul trattamento di dati sensibili di cui al par. 1 dell'art. 8 della *loi du 6 janvier 1978*, vale a dire su dati personali che rivelano l'origine etnica, le opinioni politiche, il credo religioso, le convinzioni filosofiche, l'adesione sindacale, i dati genetici, biometrici e sanitari, o relativi alla vita o all'orientamento sessuale di una persona fisica.

Vi è da precisare, infine, che il *Conseil constitutionnel* nella sua decisione del 2018 ha chiaramente affermato che il responsabile del trattamento dei dati deve garantire il controllo del trattamento algoritmico e delle sue evoluzioni al fine di essere in grado di spiegare, in modo dettagliato e in forma intelligibile, le modalità attraverso cui è stato attuato il trattamento dei dati nei confronti dell'interessato. Sicché sono vietate le decisioni pubbliche che incidono su una posizione giuridica basate esclusivamente su algoritmi impostati sul meccanismo dell'apprendimento automatico (noto come *machine learning*), ovvero che modifichino essi stessi le regole da applicare, senza che vi sia alcun intervento e controllo umano e in assenza di una convalida da parte del responsabile del trattamento.

Alla luce di tutto ciò, è possibile dunque sostenere che le garanzie apprestate dal legislatore francese a tutela dei diritti e delle persone soggette a decisioni amministrative individuali prese sul fondamento esclusivo di un algoritmo sono indubbiamente coerenti al dettato di cui all'art. 22 del reg. n. 679 nonché allo spirito della regolamentazione europea in generale.

Sebbene sotto altra dimensione, anche l'operatore giuridico italiano sembra seguire l'impostazione proposta da quello europeo nella parte in cui, in particolare, pone la robotica – laddove incida sensibilmente su posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati – in funzione servente all'attività umana.

In Italia, la questione delle decisioni pubbliche interamente automatizzate, basate sull'impiego esclusivo di un algoritmo, è stata affrontata in prima battuta dal giudice amministrativo data l'assenza, all'epoca dei fatti, di disposizioni legislative specifiche in materia⁴⁴. Una serie di sentenze del

⁴⁴ Attualmente presso l'Agenzia per l'Italia Digitale è stata istituita una task force sull'Intelligenza artificiale che ha, per l'appunto, prodotto un «Libro bianco sull'intelligenza artificiale», in <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>.

TAR Lazio⁴⁵, confermate peraltro di recente da una sentenza del Consiglio di Stato⁴⁶, ha chiarito, in un crescendo, il tipo di relazione intercorrente tra cittadino-pubblica amministrazione-macchina algoritmica sulla base del rapporto, da sempre dialettico, tra il diritto di accesso e il principio di trasparenza.

Anzitutto, una volta affermato che l'algoritmo, sebbene non concretizzi in sé un atto amministrativo, è ad esso sostanzialmente assimilabile, è stato riconosciuto⁴⁷ pienamente legittimo, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, il diritto di accesso agli «atti amministrativi a elaborazione elettronica», giacché funzionale alla tutela giurisdizionale e strumento di attuazione del diritto all'informazione dei cittadini⁴⁸. Tale riconoscimento comporta, dunque, secondo il giudice amministrativo, in capo all'autorità pubblica il dovere di fornire non solo tutte le istruzioni relative al funzionamento dell'algoritmo, assicurando la comprensibilità del funzionamento del *software* anche al cittadino comune, ma anche il linguaggio informatico sorgente (c.d. codice sorgente) del sistema algoritmico, vale a dire «l'iter logico sulla base del quale l'atto stesso [è stato] emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo»⁴⁹.

In secondo luogo, se l'azione amministrativa robotizzata, quale espressione del potere pubblico di autorganizzazione, non ha destato profili di illegittimità, il giudice amministrativo ha giudicato inammissibile la surrogazione dell'attività amministrativa da parte di una macchina algoritmica nel momento propriamente decisionale⁵⁰. Al riguardo è stato

⁴⁵ È in particolare la sezione III bis del TAR Lazio che ha adottato diverse sentenze relative a provvedimenti di trasferimenti e/o assegnazioni del personale docente in sede di mobilità nazionale sulla base del piano straordinario di cui alla l. n. 107/2015 (Buona Scuola) adottati da un sistema informatico che ha elaborato le informazioni fornite sulla base di un algoritmo: n. 3742/2017; n. 9224/2018; n. 9225/2018; n. 9226/2018; 9227/2018; n. 9228/2018; n. 9229/2010; n. 9230/2018.

⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2270 dell'8.4.2019.

⁴⁷ TAR Lazio, sez. III bis, n. 3742 del 21.3.2017, cit.

⁴⁸ Anche gli atti coperti dal diritto d'autore sono ritenuti accessibili, pur affermandosi la responsabilità dell'interessato per eventuali utilizzi diversi da quelli strumentalmente collegati alla tutela della propria posizione giuridica: TAR Lazio, sez. III bis, 22.3.2017, n. 3769 e n. 3742/2017, cit.

⁴⁹ TAR Lazio, sez. III bis, sent. n. 3769/2017, cit.

⁵⁰ Sulla decisione robotica in generale v. M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018 mentre sul rapporto tra decisione e giudizio amministrativo v. F. Patroni Griffi, *Decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it (28.8.2018). Cfr. anche L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo*

affermato che l'attività amministrativa, in senso soggettivo, non può essere demandata «ad un impersonale algoritmo»⁵¹. Nessuna «complicazione o ampiezza [...] di una procedura amministrativa può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione»⁵². Il *vulnus* è relativo agli istituti della partecipazione, di trasparenza, dell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una compressione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e di difesa in giudizio di cui all'art. 24 della Cost.

In altri termini, il giudice amministrativo ritiene legittimo l'intervento dello strumento informatico nell'ambito del procedimento amministrativo purché esso sia posto in funzione servente e strumentale rispetto all'attività svolta dal titolare del procedimento, che è, e rimane, persona fisica: «le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata a un funzionario persona fisica è in grado di svolgere»⁵³.

L'impiego di sistemi algoritmi non può dunque essere motivo per eludere i principi che regolano lo svolgersi dell'azione amministrativa. L'uso del *software* e dell'algoritmo è ammesso solo nel rispetto dei principi generali di pubblicità, trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità e dei principi che regolano l'azione amministrativa⁵⁴.

I principi del giusto procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990, presidiati dagli artt. 3, 24 e 97 della Cost., oltre che dall'art. 6

amministrativo: lo stato dell'arte, in *Foro amm.* (II), 9, 1.12.2018, p. 1598 e G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, ESI, 2019; S. Civitarese Matteucci, «Umano, troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, 1/2019, pp. 5 ss.

⁵¹ TAR Lazio, sez. III bis, del 10.9.2018, n. 9230, cit.

⁵² TAR Lazio, sez. III bis, n. 9227/2018, cit.

⁵³ TAR Lazio, sez. III bis, n. 9227/2018, cit.

⁵⁴ Così Consiglio di Stato, sent. n. 2270/2019, cit.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tenacemente difesi dal giudice amministrativo, non vengono certamente disattesi dal legislatore italiano che, solo di recente, si è adeguato al nuovo regolamento europeo con il d.lgs n. 101, adottato il 10 agosto 2018⁵⁵. Con tale atto, esso si è limitato a integrare, per la parte che qui interessa, il «Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al 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)» nella parte relativa ai diritti dell'interessato di cui all'art. 22 del reg. n. 679, sotto due profili: specificando, da un lato, i diversi casi in cui essi possono essere vietati, limitati o ritardati⁵⁶; attribuendo, dall'altro, al Garante della *privacy* la regolamentazione del procedimento relativo all'esame dei reclami, nonché modalità semplificate e termini abbreviati per la trattazione di reclami che abbiano ad oggetto la violazione, anche, dell'art. 22 del reg. n. 679.

4. IL RAPPORTO ALGORITMO-DECISIONI PUBBLICHE IN USA: LO STATO DELL'ARTE

In applicazione del «right to know» il rappresentante del Bronx City nel Council of New York, James Vacca⁵⁷, è riuscito a far approvare all'unanimità l'11 dicembre 2017 *A Local Law in relation to automated decision systems used by agencies*⁵⁸.

⁵⁵ «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)».

⁵⁶ Cfr. artt. 2-undecies; 2-duoecies, 130, c. 5, 132, c. 3

⁵⁷ In particolare James Vacca ha preso spunto da un'indagine effettuata da ProPublica sugli algoritmi che sulla base di una matrice razziale sono stati utilizzati per valutare il rischio criminale degli imputati: <https://www.propublic.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

⁵⁸ E. Zima, *Could New York City's AI Transparency Bill Be a Model for the Country?*, in <http://www.govtech.com/Could-New-York-City-AI-Transparency-Bill-Be-a-Model-for-the-Country.html> (January 4, 2018).

Prima di descrivere il contenuto della legge, e capire pienamente la sua portata innovativa, è utile ricordare, in questa sede, il dibattito dottrinale statunitense attualmente in corso in materia.

4.1. *LE POSIZIONI DOTTRINALI*

Data la pervasività con cui gli algoritmi sono entrati nella vita sia privata sia pubblica dei cittadini americani, la dottrina statunitense non ha dubbi sul fatto che debbano essere trovate, in punto di diritto, alcune soluzioni per scongiurare che siano assunte decisioni automatizzate inique e discriminatorie⁵⁹ che comportino «a new feudal order of unaccountable reputational intermediaries»⁶⁰. Oggetto di discussione sono, semmai, e ancora, le soluzioni giuridiche da adottare. La dialettica delle opinioni in merito si fonda, però, su un presupposto comune: introdurre forme di controllo sugli algoritmi nel rispetto del principio del giusto processo e della responsabilità.

Al riguardo, da una parte, vi chi è propone di conferire ai regolatori federali⁶¹ pieno accesso al controllo degli algoritmi per permettere loro di revisionarli laddove questi comportino pregiudizi o altri dinieghi di giustizia. Il controllo dovrebbe essere effettuato sulla base di una valutazione di impatto in tema di *privacy* e libertà civili per identificare adeguate misure dei rischi che possono derivare. In quest'ottica deve inquadrarsi quella parte di dottrina che⁶², ispirandosi al Food and Drug Administration (FDA), auspica l'istituzione di una agenzia dedicata a supervisionare lo sviluppo, la distribuzione e l'uso degli algoritmi. Un'agenzia di regolazione risulta necessaria proprio in questa prima fase di espansione dell'impiego degli algoritmi per porre freno a rischi che nel futuro potrebbero essere difficilmente governabili.

Dall'altra parte, vi è chi suggerisce di introdurre un «technological due process», ovvero «a framework of mechanism capable of enhancing the transparency, accountability, and accuracy of rules embedded in automated decision-making systems»⁶³. La costruzione di un simile processo presu-

⁵⁹ Per riferimenti v. C. Coglianese, D. Lehr, *Regulating by Robot; Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Geo. L. J.*, 105, 2017, pp. 1147 ss.

⁶⁰ Così D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. L. Rev.*, 89, 2014, p. 19.

⁶¹ Sulla scia, ad esempio, come citano D. Keats Citron, F. Pasquale, *op. cit.*, p. 20, della Federal Trade Commission quanto ai sistemi di *credit-scoring*.

⁶² A. Tutt, *An FDA for Algorithms*, in *Admin. L. Rev.*, 69, 2017, pp. 83 ss.

⁶³ D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Wash. L. Rev.*, 85, 2008, p. 1250.

pone, anzitutto, un assetto regolativo costituito da fonti di natura sia *hard* sia *soft*, ricavabili dalla prassi delle declinazioni strutturali dei principi ad esso sottesi. Necessaria, poi, si configura l'identificazione di misure procedurali «to prevent procedurally defective rule-making and arbitrary government decision making»⁶⁴. In questa dimensione, imprescindibile è rendere conoscibile, cioè trasparente in tutti i suoi passaggi, la decisione robotica: non solo i soggetti che hanno posto in essere il procedimento e la logica impiegata dagli stessi per la sua elaborazione ma anche il codice sorgente del sistema algoritmico. Quest'ultimo profilo, in particolare, è talmente fondamentale da spingere la dottrina a proporre di condizionare i finanziamenti federali in ragione dell'apertura o meno del codice stesso.

4.2. *LA LOCAL LAW DI NYC*

Una sintesi parziale delle posizioni dottrinali sopra citate si ritrova nella legge n. 49 del 2018, prima nel suo genere negli Stati Uniti d'America⁶⁵, che affronta il problema della discriminazione algoritmica.

Per raggiungere un simile scopo, questa *Local Law*, inserita ora nella *New York City Charter*, istituisce una *Task Force*, composta di esperti in progettazione algoritmica e implementazione, nonché membri di associazioni senza scopo di lucro e dell'amministrazione comunale, cui affida precipuamente due compiti: quello di mappare i sistemi decisionali automatizzati utilizzati dal governo della Città, da un lato, e quello di elaborare una serie di raccomandazioni per prevenire i complessi problemi giuridici, tecnici e sociali derivanti dal costante impiego da parte delle agenzie municipali degli stessi, dall'altro lato.

In ragione di ciò, la legge *de qua* chiarisce, anzitutto, nella *section 1.a.*, che cosa si intende per «sistema decisionale automatizzato», ovvero l'implementazione «computerizzata di algoritmi, includendo quelle che derivano dall'apprendimento automatico o da altre tecniche di processo dei dati o d'intelligenza artificiale, impiegati per produrre o aiutare ad assumere decisioni», nonché per «sistema di decisione automatizzato di agenzia», ovvero «un sistema decisionale automatizzato utilizzato da un'agenzia per fare o aiutare a prendere decisioni riguardanti regole, politiche o azioni implementate che hanno un impatto sul pubblico».

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1258.

⁶⁵ Su questo modello si sono poi mossi altri Stati, come ad esempio il Vermont, la Pennsylvania e lo Stato della California, come rilevano una serie di *stakeholders* di varia natura in una lettera inviata ai membri della *Task Force* il 1.3.2019: *New York City's Automated Decision Systems Task Force – Public Engagement*, in www.nyclu.org/publications.

Inoltre, per rendere eque, responsabili e trasparenti le decisioni assunte dalle agenzie della Città di New York sulla base di algoritmi, viene dato incarico a una *Task Force*, come appena detto, di predisporre, entro tempi rigorosi e stringenti, raccomandazioni al riguardo (*section 1.b.1*).

Più specificamente, sotto i profili dell'equità e della responsabilità, la *Task Force* deve, anzitutto, stabilire i criteri per identificare quali sistemi decisionali automatizzati di agenzia saranno soggetti alle procedure raccomandate dalla stessa. In secondo luogo, deve sviluppare procedure per determinare se un sistema algoritmico incide in modo iniquo su posizioni giuridiche soggettive o su un segmento della popolazione in base all'età, alla razza, al credo, al colore, alla religione, all'origine nazionale, al genere, alla disabilità, allo stato civile, allo stato di cura, all'orientamento sessuale, allo stato di alienazione o cittadinanza. Infine, si prevede che la *Task Force* elabori sistemi che porgano rimedio ai danni prodotti dagli algoritmi.

Sotto il profilo della trasparenza, invece, la legge n. 49 del 2018 impegna la *Task Force* a elaborare raccomandazioni sulle modalità attraverso cui i soggetti interessati da una decisione automatizzata possono richiedere informazioni e ricevere spiegazioni sull'impiego del sistema algoritmico, per un verso; sulle strategie da adottare per divulgare pubblicamente le informazioni su tali sistemi, per altro verso; e, sulla fattibilità dell'archiviazione delle decisioni automatizzate, dei sistemi e dati pertinenti, infine.

Il 30 aprile 2019 la *Task Force*, dopo regolari incontri tra i suoi membri avviati nel maggio del 2018, e al fine di depositare entro il dicembre 2019 le sue raccomandazioni come previsto dalla legge n. 49 del 2018, ha tenuto il suo primo *forum* volto ad aprire il dibattito con la società civile sulla base del lavoro fino a ora svolto sui temi della equità e della responsabilità.

Nel *dossier*, pubblicato sul *website* della *Task Force*⁶⁶, e composto di oltre un centinaio di pagine, emergono diverse criticità tanto sul fronte delle technicalità quanto su quello della acquisizione dei dati⁶⁷. Le prime rilevano la difficoltà di precisare, nonostante la definizione fornita dalla

⁶⁶ New York City Commission on Human Rights, *Public Engagement Forum Automated Decision Systems Task Force*, April 30, 2019, in www.1nyc.gov/site/adtaskforce/eventes/events.page.

⁶⁷ Problematicità che sono state sollevate anche da subito dall'opinione pubblica: cfr. J. Powles, *New York City's bold, flawed attempt to make algorithms accountable*, December 20, 2017, in www.newyorker.com; M. Stiefel, *New York Creates Task Force to Examine Automated Decision Making*, July 31, 2018, in www.infoq.com/news/2018/07/NYC-task-force-automated-decision/; C. Lecher, *New York City's algorithm task force is fracturing*, April 15, 2019, in www.theverge.com; D. Budds, *New York City's AI task force stalls*, April 16, 2019, in www.nycurbed.com.

legge stessa, la nozione relativa al sistema decisionale automatizzato. Le seconde, data l'assenza, nella legge del 2018, di un dovere di collaborazione tra le agenzie newyorkesi con i membri della *Task Force* a tal proposito, profilano problematiche relative all'individuazione dei sistemi decisionali automatizzati impiegati dalla Città di New York.

Cartina di tornasole di tale *debacle* sono le proposte di raccomandazioni elaborate dal Legal Defense Fund che riproducono, quasi alla lettera, le raccomandazioni richieste dalla legge n. 49⁶⁸.

Ed infatti, tra di esse, si propone, anzitutto, che la Città debba adottare una definizione uniforme di sistemi decisionali automatizzati.

In secondo luogo, si suggerisce che tutte le agenzie della Città che utilizzano algoritmi nelle rispettive decisioni debbano soggiacere alle raccomandazioni che verranno prodotte nel rapporto finale dalla *Task force*.

La terza raccomandazione chiede alla Città di impegnarsi seriamente ad attuare il principio di trasparenza, e perciò si richiede la divulgazione delle informazioni dei sistemi decisionali automatizzati esistenti in NYC e come essi operano.

La quarta auspica che la Città vieti l'uso di dati dai quali possono derivare politiche e pratiche discriminatorie nei sistemi decisionali automatizzati.

La quinta consiglia l'adozione di prassi che indichino se un algoritmo incide in modo non proporzionale su una categoria soggettiva giuridica o su un segmento della popolazione.

La sesta afferma che deve essere posto un rimedio anche a quei fattori che sono prossimi a produrre risultati altrettanto discriminatori.

La settima propone di stabilire procedure che riparino i danni prodotti dai sistemi decisionali automatizzati.

L'ottava, infine, chiede che la Città istituisca canali di partecipazione che permettano a tutti i membri della comunità di assumere decisioni quanto all'acquisto di sistemi decisionali automatizzati.

Il 30 maggio 2019 si è tenuta, con le stesse modalità, il secondo *forum* sul tema della trasparenza⁶⁹.

⁶⁸ New York City Commission on Human Rights, *Public Engagement Forum Automated Decision Systems Task Force*, cit., pp. 41 ss.

⁶⁹ In data odierna (8.6.2019) non è possibile riferire in merito dal momento che nessun *report* è stato ancora pubblicato sul sito www.1nyc.gov/site/adtaskforce/events/envents.page.

5. QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE

Sebbene, come è stato rilevato, l'implementazione degli algoritmi nei processi decisionali sia una pratica assai diffusa e impiegata da tutti i livelli di governo, e che va a incidere sensibilmente sulle posizioni giuridiche soggettive o su segmenti della popolazione, rare e ancora embrionali sono le misure giuridiche adottate per la regolamentazione delle decisioni automatizzate.

Su questo fronte, l'Unione europea si presenta all'avanguardia. Con l'adozione recente del regolamento n. 679 del 2016 sono stati, ad esempio, introdotti nuovi diritti e doveri sul trattamento dei dati personali e nuove regole organizzative basate sui principi della trasparenza e della responsabilità che vanno a interessare qualsiasi soggetto operi in questo ambito settoriale, anche *extra*-UE. Nonché con una serie di altre iniziative proprie sull'intelligenza artificiale.

Gli Stati Uniti, pionieri del diritto alla *privacy* per via giurisprudenziale⁷⁰, mantengono al riguardo, contrariamente a quanto previsto a livello europeo, una normativa settorialmente frammentata. Quanto, poi, al governo specifico delle decisioni automatizzate, solo di recente, con la *Local Law* n. 49 del 2018, si sta cercando di individuare, peraltro sulla base della prassi, regole tali da poterle gestire.

Entrambe le esperienze, tuttavia, presentano un tratto comune: la ricerca di regole che pongano rimedio a eventuali discriminazioni o riproduzione di iniquità derivanti dall'implementazione degli algoritmi nelle decisioni pubbliche. In ragione di ciò il dibattito giuridico verte essenzialmente sulle modalità attraverso cui i principi di trasparenza e di responsabilità possano essere applicati⁷¹.

⁷⁰ Negli Stati Uniti d'America il diritto alla *privacy*, altrimenti «the right to be let alone», venne teorizzato nel 1890 da Samuel Warren e Louis Brandeis in un articolo apparso il 15 dicembre in un fascicolo della *Harvard Law Review* (la cui traduzione in italiano si trova in V. Frosini (a cura di), *Jus Solitudinis*, Milano, 1993; per una ricostruzione dei fatti v. T.E. Frosini, *Privacy: diritto fondamentale oppure no*, in Id., *Liberté Egalité Internet*, ES, 2 ed. ampliata, 2019, 141 ss.). Il diritto alla *privacy* trova il suo primo riconoscimento da parte della Corte Suprema nel 1965 con il caso *Griswold*: con riferimento agli sviluppi giurisprudenziali di tale diritto cfr. A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; per la raccolta delle decisioni della Corte Suprema: *The Right to Privacy: Historic US Supreme Court Decisions*, 2012 (Ebook Kindle). Per più ampie e recenti riflessioni cfr. T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, cit.

⁷¹ Tra le molteplici riflessioni in ordine all'attuazione di questi due principi cfr. D.R. Resai, J.A. Kroll, *Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in *Har. J. L. & Tech.*, 31, 2017, pp. 1 ss.; C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in

Sotto il profilo della trasparenza, si rivela certamente importante la disposizione europea che impone al decisore pubblico di menzionare esplicitamente se una certa decisione che colpisce un soggetto è stata assunta sul fondamento di un trattamento algoritmico. Ciò, da un canto, permette agli interessati di non subire passivamente gli effetti dell'intelligenza artificiale e, dall'altro, facilita un controllo sia interno, da parte cioè dei produttori e degli sviluppatori del sistema, sia esterno, da parte dei destinatari e dei poteri pubblici. Un simile discorso, tuttavia non deve sottovalutare la complessità intrinseca degli algoritmi. Per quanto essi possano, infatti, essere trasparenti, rimarranno imperscrutabili per buona parte della popolazione. Sicché la semplice informazione che una decisione è stata presa sulla base di un sistema algoritmico il cui codice sorgente è pubblico non comporta automaticamente, ad esempio, l'applicazione di uno dei principi fondanti il giusto processo, ovvero il principio del contraddittorio. Peraltro, se la trasparenza, per un verso, consente di scoprire le deficienze del sistema, per altro verso, non garantisce l'affidabilità, la sicurezza e l'equità di un algoritmo.

In questo senso dunque il principio di trasparenza deve essere, in eguale misura, accompagnato dal principio di responsabilità, il cui principale pregio consiste nel porre a carico dei produttori e degli ottimizzatori degli algoritmi il dovere di dimostrare che la costruzione algoritmica è avvenuta nel rispetto dei requisiti prescritti dal normatore. Di certo, anche l'applicazione di questo principio non può fornire una assoluta garanzia. Sicché anche un chiaro sistema sanzionatorio nonché di incentivi finanziari si configura come ulteriore strumento per stimolare gli architetti degli algoritmi a conformarsi ai requisiti prescritti. Da qui, l'idea della dottrina americana di prevedere l'istituzione di una agenzia o di una autorità di vigilanza dotata di tutti gli strumenti per portare avanti una serie di compiti, tra i quali quello di accedere e analizzare i dettagli dell'algoritmo, del codice sorgente, del trattamento dei dati nonché il loro incrocio, è da accogliere positivamente.

Admin. L. Rev., 71, 2019, pp. 1 ss.; C. Castelluccia, D. Le Métayer, *Understanding Algorithmic Decision-Making: Opportunities and Challenges*, Study – Panel for the future of Science and Technology, European Parliamentary Research Service, PE 624.261, Brussels, March 2019; *A Governance Framework for Algorithmic Accountability and Transparency*, Study – Panel for the future of Science and Technology, European Parliamentary Research Service, PE 624.262, Brussels, April 2019.

Ultima, ma non per questo meno importante, è la questione relativa al fatto che una siffatta regolamentazione non può essere confinata al territorio nazionale, data la transnazionalità degli attori presenti⁷².

La regolamentazione dell'intelligenza artificiale posta al servizio dell'umanità implica una responsabilizzazione dell'insieme degli attori interessati in una logica di conformità e di lealtà. La regolazione e la *governance* digitale non può riposare solo sul potere pubblico, è necessario che vi concorrano anche gli attori privati, soprattutto nella parte della assunzione dei rischi che l'intelligenza artificiale può comportare, per condividerne quindi anche la responsabilità.

Ma affinché tutto ciò possa avverarsi, essenziale risulta la sussistenza di una omogeneità culturale, in termini di condivisione dei valori di riferimento, fondati sul nucleo essenziale delle Costituzioni, dei soggetti tanto pubblici quanto privati che concorrono alla formazione e alla utilizzazione degli algoritmi nelle decisioni pubbliche.

Silvia Sassi
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze
Via delle Pandette 32
50127 Firenze
silvia.sassi@unifi.it

⁷² Sulla transnazionalità del diritto si consenta di rinviare a S. Sassi, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, Cedam, 2018.