

## L'algoritmo e l'autonomia privata

Roberto Bin\*

ALGORITHM AND PRIVATE AUTONOMY

ABSTRACT: The article presents a comment of a recent ruling of the Italian Court of Cassation on algorithms and data protection. The judgement addressed in an exemplary manner the issue of the protection of personal data processed through the use of an algorithm in order to generate reputational profiles of natural and legal persons to be used in private law employment relationships.

KEYWORDS: Protection of personal data; algorithm; reputational profiles; private law

L'ordinanza n. 14381/2021 della Cassazione (prima sez. civile) affronta in maniera esemplare la questione della protezione dei dati personali trattati attraverso l'impiego di un algoritmo al fine di generare profili reputazionali delle persone fisiche e giuridiche. I dati sono forniti dalle persone interessate, che prestano il consenso alla loro utilizzazione per alimentare un sistema di accreditamento basato su una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di un sistema di accreditamento in vista dell'ingresso nel mercato del lavoro. Il problema sta però nell'algoritmo.

L'algoritmo è il sistema con cui opera la piattaforma, ed è ovviamente segreto dal gestore della piattaforma stessa: a nessuno è dato di sapere come esso operi per trasformare i dati forniti in un *rating* reputazionale. Al momento di conferire i propri dati sulla formazione professionale, sull'esperienza lavorativa, sulle conoscenze linguistiche eccetera, non è reso possibile conoscere come essi si combineranno, con quali altri parametri e con quali dati "valutativi", assunti da dove e con quale incidenza nella valutazione: per cui il consenso richiesto e accordato non può certo dirsi "informato".

La Cassazione si pronuncia, su ricorso del Garante della privacy, avverso una sentenza del Tribunale di Roma che annullava il provvedimento del Garante stesso con il quale si vietava qualunque operazione di trattamento dei dati personali da parte della piattaforma web. Dal Tribunale è riconosciuta all'autonomia privata la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento di soggetti, fornendo servizi in senso lato "valutativi" relativi alla loro eleggibilità per le assunzioni, per la conclusione di contratti e per la gestione di rapporti economici. Il Tribunale aveva ritenuto legittimo il trattamento dei dati personali perché validato dal consenso, ponendosi dunque come espressione di autonomia privata. Ma la Cassazione ricorda i suoi precedenti, in cui è chiarito che l'art. 23 "codice privacy" richiede non solo il consenso, ma anche che il consenso sia «validamente prestato», sia cioè espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento «chiaramente individuato». Ora – aggiunge l'ordinanza in commento – questa espressione «presuppone che il consenso debba essere previamente informato in relazione a un trattamento ben definito nei suoi elementi essenziali, per modo da potersi dire che

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: [roberto.bin@unife.it](mailto:roberto.bin@unife.it). Contributo su invito.

sia stato espresso, in quella prospettiva, liberamente e specificamente». Nel caso di specie il trattamento, funzionale alla determinazione del profilo reputazionale delle persone che accettano di fornire i dati, il consenso potrebbe essere considerato «validamente prestato» solo se chi fornisce i dati fosse messo in condizione di valutare «gli elementi suscettibili di incidere sulla serietà della manifestazione, e tra questi anche e proprio gli elementi implicati e considerati nell'algoritmo afferente, il funzionamento del quale è essenziale al calcolo del rating».

La critica che la Cassazione rivolge al ragionamento del Tribunale è lineare e pregevole. Il Tribunale aveva ritenuto inevitabile la scarsa trasparenza dell'algoritmo impiegato, perché riguarda «il momento valutativo del procedimento»: se esso sia apprezzabile o meno non sarebbe questione da valutare da parte dei giudici, ma spetterebbe al mercato «stabilire l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma». Posta in questi termini, la questione non riguarderebbe la protezione dei diritti individuali alla riservatezza dei dati e alle informazioni necessarie perché il consenso al trattamento sia validamente prestato, ma la valutazione della bontà e utilità del servizio da parte del mercato. Una sorta di “legittimazione di risultato” che distoglie lo sguardo dalle garanzie assicurate ai diritti individuali, ma alla quale la Cassazione toglie ogni fondamento. Il giudizio non deve guardare all'efficacia della piattaforma che tratta i dati, ma alla validità del consenso di chi li fornisce. Il principio di diritto che la Cassazione enuncia in conclusione pone una regola stringente per l'uso degli algoritmi nell'elaborazione di dati personali: il consenso è validamente prestato solo se espresso in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; per cui se la piattaforma web preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche si basa su un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, non c'è consenso valido se «lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati».

Il “principio di diritto” enunciato dalla Cassazione coincide con quanto pronunciato dal Consiglio di Stato nella più risalente sentenza 8472/2019 (VI sez.), che però aveva uno svolgimento molto più ampio. Il giudice amministrativo aveva infatti da giudicare la legittimità di un algoritmo che assorbiva l'intera gamma delle valutazioni “tecniche” che portavano al provvedimento della P.A. (si trattava della procedura nazionale di mobilità del personale scolastico): quindi la questione da affrontare non era solo la protezione dei dati e il consenso del loro trattamento, ma la legittimità di un procedimento amministrativo interamente gestito dall'algoritmo; in gioco era dunque la stessa configurazione delle condizioni di legittimità dell'azione amministrativa condotta senza “guida umana” – una di quelle ipotesi che ricadono in pieno nella previsione dell'art. 22.1 del *Regolamento generale sulla protezione dei dati* della UE:

«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».

Nel caso deciso dalla Cassazione, invece, in quadro è più semplice: si tratta di attività di diritto privato che, come nel caso dell'assunzione di un dipendente, non ha le garanzie proprie del procedimento amministrativo che delimitano l'esercizio del potere pubblico della PA. Che cosa guidi la scelta del privato non è sindacabile dal giudice, salvo non si tratti di chiare manifestazioni di trattamento discriminatorio, come è indicato dal c.d. Codice delle pari opportunità (degli artt. 27 e 28 del D.Lgs. n. 198/2006). Del resto, quello che suggerisce l'algoritmo non implica affatto di essere accolto e applicato

dall'agente privato, la cui discrezionalità non è sindacabile dal giudice, anche perché transita nei meandri della mente umana. Resta invece, ed è molto rilevante, il problema della validità del consenso al trattamento dei propri dati, che vengono immessi in una "macchina" che li processa con logiche che non vengono rivelate e con applicazioni che non sono controllate. Come prescrive l'art. 13.2, lett. f, del citato Regolamento europeo, appartengono alle «informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente» anche le «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».