

## **Quando “manca” il giudice... il Garante della Privacy, l’algoritmo e la profilazione**

COSTANZA NARDOCCI\*

---

**Data della pubblicazione sul sito:** 5 novembre 2021

### **Suggerimento di citazione**

C. NARDOCCI, *Quando “manca” il giudice... il Garante della Privacy, l’algoritmo e la profilazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

---

\* Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Milano.  
Indirizzo mail: [costanza.nardocci@unimi.it](mailto:costanza.nardocci@unimi.it).

Inserendosi nel solco della decisione del Tribunale ordinario di Bologna del 31 dicembre 2020, in cui, per la prima volta, un giudice nazionale ha censurato il funzionamento discriminatorio della piattaforma di prenotazione delle sessioni di lavoro impiegata dalla App di *food delivery* “Deliveroo” (a commento, D. TESTA, *La discriminazione degli algoritmi: il caso Deliveroo*, *Trib. Bologna*, 31 dicembre 2020, in *IusinItinere.it*, 26 gennaio 2021, pp. 1 ss.), l’ordinanza del Garante per la protezione dei dati personali sceglie di ripercorrerne i passi, riportando al centro del dibattito il tema delle implicazioni dell’intelligenza artificiale nella prospettiva del principio costituzionale di eguaglianza e di non discriminazione.

Con due ordinanze di ingiunzione, del 10 giugno 2021 e del 22 luglio 2021, il Garante ha, infatti, censurato la violazione di numerose disposizioni del Regolamento generale sulla protezione dei dati (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), c.d. GDPR, nel primo caso, da parte della società spagnola di consegna di beni alimentari e di altri servizi, Foodinho s.r.l., in relazione al trattamento dei dati degli individui impiegati come *riders* dalla società Glovo App23 sul territorio italiano, nella seconda, di Deliveroo s.r.l.

In entrambe le vicende, le censure dell’Autorità hanno investito i sistemi automatizzati di prenotazione delle sessioni di lavoro dei *riders*, gestite tramite l’impiego di sistemi algoritmici. Nel novero delle violazioni accertate dal Garante, si inserisce in particolare la lesione dell’art. 22, par. 3, del GDPR che, come noto, prescrive un impiego delle tecnologie artificiali che si fondano su decisioni automatizzate scevro da meccanismi di profilazione ai danni di coloro che vi siano sottoposti.

Sebbene il GDPR non parli espressamente di trattamenti di tipo *discriminatorio*, il *Considerando* offre una definizione puntuale della nozione di profilazione, precisando come questa consista “in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare *al fine di analizzare o prevedere* aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l’affidabilità o il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti dell’interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona [*corsivo nostro*]”.

Oltre al difetto di qualsiasi chiarimento in merito alle concrete modalità di funzionamento degli algoritmi, già di per se stesso sanzionabile alla luce del c.d. diritto ad una spiegazione (*right to an explanation*), l’Autorità Garante ha riscontrato che le piattaforme adottavano decisioni in modo univoco sulla sola base di una serie di dati personali selezionati e profilati dalla macchina in assenza di

alcun intervento umano di supervisione e di controllo tesi a scongiurare “usi impropri o discriminatori dei meccanismi reputazionali”.

Pure a fronte di alcune differenze tra le pronunce in commento, vi sono due aspetti che accomunano i provvedimenti del Garante e che si rivelano di particolare interesse nella prospettiva di uno studio delle interferenze tra intelligenza artificiale e fenomeno discriminatorio.

Un primo tema afferisce al contenuto delle decisioni sotto il profilo delle relazioni sempre più strette tra intelligenza artificiale e diritti fondamentali (su cui, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63 ss.). Il secondo, di impronta sistemica, attiene invece alla circostanza che, prima di un giudice, sia stata un'Autorità indipendente a pronunciarsi sanzionando il funzionamento di una piattaforma digitale e non solo per profili legati alla riservatezza dei dati, e cioè aspetti più direttamente attinenti all'ambito di competenze istituzionali dell'organo.

Partendo dal secondo tema, se non stupisce la casistica giurisprudenziale scarna sulle implicazioni derivanti dall'impiego di tecniche di intelligenza artificiale sul versante della non discriminazione (in relazione al genere, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020, pp. 320 ss.), secondo una tendenza che accomuna l'Italia agli altri Stati europei, è però importante osservare il ruolo che sta progressivamente assumendo il Garante nel farsi portavoce delle criticità più severe legate alla diffusione di procedimenti automatizzati.

Le due ordinanze non costituiscono, infatti, i primi esempi in cui il Garante ha scelto di promuovere un'azione nei confronti di attori privati, rei di giovare di piattaforme finalizzate ad attribuire punteggi sulla base di caratteristiche attitudinali umane selezionate, misurate ed interpretate da una macchina resa “decisore finale”.

Nell'altrettanto recente pronuncia della Corte di Cassazione dello scorso 11 giugno 2021 (Cfr. Corte di Cassazione, sez. I Civ., n. 14381 del 2021), relativa all'utilizzo di un sistema artificiale di attribuzione di punteggi (c.d. *ranking* reputazionale) da parte di una società, era stata sempre l'Autorità garante a sanzionare l'impiego di tale sistema (Cfr. registro dei provvedimenti n. 488, 24 novembre 2016) dando origine ad una vicenda giudiziaria poi definita dalla Suprema Corte che ha condiviso gli argomenti del Garante confermando la contrarietà al GDPR delle riscontrate modalità di utilizzo dei dati personali.

L'Autorità garante, potrebbe dirsi, sta venendo ad assumere una importante funzione di supplenza, come nelle pronunce in commento, e di garanzia, nella vicenda portata dinanzi alla Corte di Cassazione, del diritto al giudice in favore delle vittime di trattamenti discriminatori scaturiti dall'impiego di tecniche di intelligenza artificiale. Di fronte ad un fenomeno che stenta ad imporsi dinanzi ad

un giudice “dal basso”, cioè per iniziativa della vittima, l’Autorità indipendente ha infatti consentito non soltanto che alcuni sistemi automatizzati fossero sottoposti a sindacato giurisdizionale, come nella citata pronuncia della Corte di Cassazione, ma ne ha anche sanzionato direttamente il funzionamento attraverso provvedimenti propri, come quelli qui in esame, che si soffermano sulle implicazioni dell’intelligenza artificiale sui diritti individuali e, in particolare, sulle ricadute dei primi sul principio di non discriminazione.

Venendo invece al primo aspetto sopra richiamato e prendendo le mosse dai profili inerenti al trattamento dei dati in rapporto al principio di riservatezza, entrambe le ordinanze si occupano della dedotta violazione dell’art. 22, par. 3, del GDPR. L’Autorità garante ritiene, infatti, accertato il meccanismo di profilazione operato dalle piattaforme e incardinato su sistemi di assegnazione dei punteggi a ciascun *rider* che fanno perno sull’utilizzo di dati sensibili allo scopo di definire il grado di affidabilità e la latitudine delle possibilità di scelta e di prenotazione delle sessioni di lavoro.

Se la prima pronuncia si limita ad affermarne la ricorrenza, la seconda indugia invece più ampiamente sulle ragioni che motivano la contrarietà dell’algoritmo al divieto di profilazione. La lesione dell’art. 22, par. 3, del GDPR discende dall’utilizzo di dati personali per “analizzare e prevedere” tratti attitudinali o comportamentali della persona umana; in seconda istanza, la contrarietà al principio evocato promana dalla produzione, quale conseguenza dell’operato dei meccanismi censurati, di effetti giuridici pregiudizievoli ai danni della persona umana. Nella sua ordinanza, il Garante osserva, infatti, che “i trattamenti di dati personali effettuati mediante i suddetti sistemi algoritmici presuppongono una profilazione, da parte della società, effettuata utilizzando dati personali dei *rider* volta a valutare determinati aspetti relativi alla persona fisica”; e, ancora, che: “[i] trattamenti effettuati dalla società [...] producono certamente un effetto significativo sulla persona dell’interessato consistente nella possibilità di consentire (o negare) l’accesso ad occasioni di lavoro, in determinate fasce orarie prestabilite, e dunque offrendo (o negando) una opportunità di impiego”.

Come già la prima ma in modo più approfondito, la seconda ordinanza enfatizza le potenzialità lesive di tecniche di intelligenza artificiale che rescindono il legame tra la persona umana e la macchina, escludendo il controllo della prima sulla seconda e consentendo che la seconda produca effetti giuridici deteriori sulla prima, cioè lesivi di diritti fondamentali, tra tutti, del principio costituzionale di eguaglianza e di non discriminazione.

Benché nella parte motiva vi preferisca la nozione di “profilazione”, la nozione di discriminazione ritorna nella definizione delle misure correttive ingiunte, rispettivamente, a GlovoApp e a Deliveroo. Viene, così, richiesta, tra le altre, la verifica periodica della “correttezza” e della “accuratezza” dei “risultati algoritmici” allo scopo di evitare, tra gli altri, discriminazioni, e l’adozione di

misure correttive che escludano “usi impropri dei meccanismi reputazionali”. Si tratta di due passaggi interessanti, che dimostrano l’urgenza di intercettare il fenomeno e di sollecitare la ideazione e la messa a punto di strategie di reazione al mal funzionamento delle tecniche secondo quell’approccio antropocentrico che tanto l’Unione Europea, quanto il diritto internazionale dei diritti umani, specie continentale, ha dichiarato di voler abbracciare negli anni più recenti.

La scelta di utilizzare il termine “profilazione”, invece che discriminazione, non è però sprovvista di significato.

L’accertamento della prima non segue, infatti, le regole apprestate dal diritto anti-discriminatorio, tanto che il Garante non si occupa di stabilire quale forma di discriminazione ricorra nel caso di specie sulla base dei criteri che soggiacciono alla prova del *disparate treatment* oppure del *disparate impact*, verificando piuttosto la sussistenza degli estremi che integrano la fattispecie di cui all’art. 22, par. 3, GDPR.

Se può andare esente da critiche un’impostazione che riposa su una condivisibile interpretazione ed applicazione delle norme di diritto dettate dal GDPR, occorre, tuttavia, osservare che, a differenza del Tribunale di Bologna che aveva impiegato gli strumenti classici del diritto anti-discriminatorio qualificando in quel caso – anche se criticamente – come indiretta la disparità di trattamento prodotta dalla piattaforma, nelle sue ordinanze il Garante sposa una lettura della discriminazione algoritmica che pare disconoscere le categorie classiche del diritto anti-discriminatorio per eguagliarla al concetto di profilazione.

Il Garante si astiene da qualsiasi tentativo di inquadramento della discriminazione riscontrata entro la bipartizione tra discriminazione diretta oppure indiretta e, similmente, omette qualsiasi riferimento alle norme del diritto nazionale e del diritto dell’Unione Europea che proibiscono trattamenti direttamente oppure indirettamente discriminatori sulla base di una o più caratteristiche protette. L’Autorità conclude, quindi, nel senso della discriminatorietà dell’algoritmo senza riferirsi ad alcuno di quei canoni che pure dovrebbero guidare l’accertamento giurisdizionale della condotta discriminatoria: per tutti, l’intenzionalità della condotta e la disparità in base ad un fattore di discriminazione evocato in modo esplicito, per la discriminazione diretta; l’assenza di intenzionalità dell’agente e l’effetto proporzionalmente discriminatorio a fronte di una regola o prassi apparentemente neutrali, per quella indiretta.

Il Garante sembra cioè suggerire un approccio teorico al fenomeno, nuovo, della discriminazione applicata all’intelligenza artificiale che poggia integralmente ed in via pressoché esclusiva sulla nozione di profilazione e sulle norme di diritto positivo in materia di trattamento dei dati personali, senza istituire un raccordo tra quest’ultima normativa e le categorie del diritto anti-discriminatorio tradizionale.

Se la profilazione di cui riferisce il GDPR costituisce *una* delle forme che assume la discriminazione “algoritmica” (sulla nozione di profilazione, si vedano

le raccomandazioni adottate dal Comitato ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale il 24 novembre 2020, CERD/C/Gc/36, CERD\_C\_GC\_36\_9291\_E) e se il diritto anti-discriminatorio ha coniato una tipizzazione puntuale delle tipologie di discriminazione a cui si affiancano precisi criteri guida per il loro accertamento in sede giurisdizionale, sarebbe auspicabile che vi si affiancasse un inquadramento della discriminazione "artificiale" che la collochi – o, perlomeno, dimostri di esperire un tentativo– nel quadro del binomio discriminazione diretta / discriminazione indiretta senza tralasciare le tipologie ulteriori del fenomeno discriminatorio, la molestia, l'ordine di discriminare, le deviazioni della discriminazione per associazione, sino, sul versante più propriamente soggettivo, la disparità di trattamento multipla ed intersezionale. Si tratta di un intervento particolarmente opportuno per favorire un coordinamento tra due regolamentazioni sinora distanti – quella in materia di protezione dei dati e quella in tema di non discriminazione –, però imprescindibile per una più efficace comprensione e gestione del fenomeno discriminatorio associato all'intelligenza artificiale.

In definitiva, le due ordinanze rappresentano un esempio positivo di intervento promosso da una autorità diversa da un giudice e teso a sanzionare comportamenti discriminatori prodotti da un sistema automatizzato attraverso l'invito agli attori privati ad adottare misure precise di contenimento degli effetti discriminatori lesivi dei diritti fondamentali.

Allo stesso tempo, le due decisioni enfatizzano la latitanza dei giudici, sinora troppo poco spesso investiti da casi di discriminazione c.d. "artificiale", e contestualmente accolgono una interpretazione della discriminazione algoritmica che la isola da quella tradizionale, sollecitando qualche interrogativo sulla tenuta, ma forse ancora prima sulla appropriatezza, del diritto anti-discriminatorio vigente a rispondere alle sfide di questa nuova, ed ancora in parte sconosciuta, manifestazione del fenomeno discriminatorio.

**Bibliografia essenziale:**

S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, in *California Law Review*, 2016, pp. 671 ss.

F.Z. BURGESIUS, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe Publications, 2018.

B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti. L'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 451 ss.

K. CRAWFORD, *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, Yale University Press, 2021.

A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, in *Iowa Law Review*, 2020, pp. 1257 ss.

A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 63 ss.