

Attualità di diritto pubblico

II

a cura di

Claudio Panzera e Alessio Rauti

Editoriale Scientifica

Napoli 2022

Pubblicazione finanziata con i fondi di eccellenza del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane dell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.



Centro di Ricerca sulle Cittadinanze
www.ceric.unirc.it

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-321-1

INDICE

INTRODUZIONE	1
“DIRITTO” ALLA CITTADINANZA E PRINCIPIO DEMOCRATICO <i>Claudio Panzera</i>	
1. Premessa	9
2. La cittadinanza come diritto fondamentale	13
3. Cittadinanza e principio democratico	18
BREXIT E SOVRANITÀ PARLAMENTARE <i>Giuseppe Martinico</i>	
1. Obiettivi dello scritto	25
2. L'emersione del referendum	27
3. La battaglia per il Parlamento	33
L'IMPIEGO DI TECNOLOGIE DIGITALI NEL PROCEDIMENTO ELETTORALE: IL CANTIERE (RI)APRE? <i>Simone Scagliarini</i>	
1. Nuove tecnologie e procedimento elettorale: qualche proposta per un dibattito in ripresa	47
2. L'informatizzazione della fase della votazione	53
2.1. Identificazione dell'elettore e tecnologie digitali	54
2.2. Il voto elettronico	57
2.2.1. Alcuni <i>pro...</i>	58
2.2.2. ... e alcuni (superabili) <i>contra</i>	66
3. L'ausilio dell'informatica nella fase dello scrutinio	74
4. Una nuova sperimentazione: il voto a distanza per i cittadini resi- denti all'estero e “fuori sede”	77
5. Considerazioni conclusive	82

PREDIZIONE ALGORITMICA E GIUSTIZIA: PROFILI COSTITUZIONALI

Erik Longo

1. Introduzione	87
2. Le tecnologie e il futuro delle corti: uno sguardo generale	92
3. La «folgorazione» di una nozione altamente enigmatica: la giustizia predittiva	99
3.1. Giustizia predittiva e problemi ermeneutici: cosa gli algoritmi nascondono	104
3.2. Il rispetto dei diritti nella Carta etica sull'uso dell'IA nei sistemi giudiziari del CEPEJ	107
4. Problemi pratici e teorici nell'uso degli algoritmi di IA all'interno del processo	112
5. Principi della giurisdizione e tecnologie	115
6. Spunti conclusivi	121

CITTADINANZA E INTERCULTURALISMO

Alessio Rauti

1. Sovranità e cittadinanza pluri-culturale	127
2. Il multiculturalismo	131
3. L'interculturalismo come approccio normativo compatibile con la Costituzione	141
4. L'accomodamento ragionevole e le sue fasi	150
5. Il caso del <i>Kirpan</i>	157
6. Conclusioni: la <i>meta-eguaglianza</i> e l'interculturalismo... in cerca di autore	164

ERIK LONGO

PREDIZIONE ALGORITMICA E GIUSTIZIA: LE PROSPETTIVE COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le tecnologie e il futuro delle corti: uno sguardo generale. – 3. La «folgorazione» di una nozione altamente enigmatica: la giustizia predittiva. – 3.1 Giustizia predittiva e problemi ermeneutici: cosa gli algoritmi nascondono. – 3.2 Il rispetto dei diritti nella Carta etica sull'uso dell'IA nei sistemi giudiziari del CEPEJ. – 4. Problemi pratici e teorici nell'uso degli algoritmi di IA all'interno del processo. – 5. Principi della giurisdizione e tecnologie. – 6. Spunti conclusivi.

1. *Introduzione*

Uno degli adagi conati da Sir Arthur C. Clarke ricorda che «any sufficiently advanced technology is indistinguishable from magic»¹. Potremmo rivedere questa legge affermando che “qualsiasi tecnologia sufficientemente avanzata è indistinguibile dalle pratiche della vita sociale”. Oggi nessuno osa più immaginare che le tecnologie non hanno a che fare con la vita politica né con la vita sociale e ben che meno con la pratica del diritto². Le tecnologie “dirompenti”, come vengono chiamate, stanno aiutando gli uomini

¹ A.C. CLARKE, *Profiles of the Future. An Inquiry into the Limits of the Possible*, New York 1962.

² Un tema di cui hanno re-iniziato a parlare, tra gli altri, R.E. SUSSKIND, *The Future of Law. Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford 1998, *passim*, e M. TARUFFO, *Judicial decisions and artificial intelligence*, in *Artif. Intell. & L.*, 1998, vol. 6(2-4), 311 ss.

in una serie molto vasta di funzioni, consentendo di risparmiare tempo e rendendo tante attività molto più performanti³.

Le macchine tecnologiche che impieghiamo o quelle che nel futuro ci accingeremo a usare portano inscritta una pretesa molto forte⁴. Con la “rivoluzione digitale”⁵ – così viene chiamato dai più il cambiamento descritto – le macchine sono divenute capaci di sostituire l’uomo, cessando di essere semplici strumenti utilizzati per rispondere a specifici bisogni⁶.

Le tecnologie del terzo millennio, infatti, non pongono solo problemi di emarginazione ed esclusione di persone singole, gruppi o di ampie porzioni della società e di interi territori, ma mirano a divenire un vincolo ingombrante per chi le utilizza. Il processo di digitalizzazione incessante ha la pretesa di invertire i ruoli, facendo emancipare le macchine dagli uomini attraverso “automatismi” codificati capaci addirittura di vincolare, condizionare e influenzare le persone⁷.

Uno dei settori dove il potere della rivoluzione digitale si candida a divenire decisivo è certamente la giustizia⁸. A differenza de-

³ Introduction, in AA.VV., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, a cura di H.-W. Micklitz, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, O. Pollicino e G. De Gregorio, Cambridge 2021, 1.

⁴ A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw J.*, 1/2019, 63 ss.

⁵ G. BALBI, *L’ultima ideologia: Breve storia della rivoluzione digitale*, Bari-Roma 2022; P. LARREY, *Dove inizia il futuro*, Milano 2018.

⁶ Il digitale, proprio per gli evidenti vantaggi di efficienza e velocità, porta inscritta una rivoluzione cognitiva nella quale non sono più gli uomini a maneggiare la tecnica ma quest’ultima a impadronirsi della vita umana. Cfr. A. GEHLEN, *L’uomo nell’era della tecnica. Problemi socio-psicologici della civiltà industriale*, Roma 2003.

⁷ Il riferimento è alla nota espressione «code is law» di L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York 2006.

⁸ Sul tema si v. *infra multis*: R.E. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019; J. TOMLINSON, *Justice in the Digital State. Assessing the Next Revolution in Administrative Justice*, Bristol 2019; D. PIANA, *Legal Services*

gli altri settori nei quali si realizza un connubio tra tecnologia al diritto, come la amministrazione o i meccanismi democratici, nel sistema giustizia si annidano alcune delle questioni più controverse legate ai processi di digitalizzazione dei nostri ordinamenti giuridici⁹.

In questo ambito abbiamo assistito negli ultimi anni ad alcune importanti novità. Le tecnologie si sono diffuse tanto all'interno delle professioni legali quanto all'interno degli uffici giudiziari, con nuove ed interessanti possibilità che si aprono di fronte a noi sulla base della spinta alla digitalizzazione dei processi civili e penali¹⁰. Di fatto, accanto al tema della efficienza della giustizia nella specie della ottimizzazione del lavoro, dell'alleggerimento del carico giudiziario e del conseguente risparmio per le casse dello Stato, si pone un problema molto rilevante di miglioramento dell'accesso alla giustizia, consentendo alla digitalizzazione di colmare uno dei più

and Digital Infrastructures. A New Compass for Better Governance, London 2021; T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence*, Cheltenham 2021; A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, trad. it. di F. Morini *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna 2021.

⁹ J. ALLSOP, *Technology and the Future of the Courts*, in *Univ. of Queensland L.J.*, 2019, vol. 38(1), 1 ss.

¹⁰ Dal punto di vista della domanda, la tecnologia incontra la giustizia sul piano delle informazioni di cui dispongono le parti (conoscenza del contenuto delle decisioni giudiziarie) e sul piano delle rappresentazioni dei problemi (soprattutto da parte degli avvocati o dei mediatori e della loro possibilità di accedere a banche dati di leggi e di orientamenti giurisprudenziali o di prassi). Dal punto di vista dell'offerta, invece, la tecnologia aiuta anzitutto nella gestione documentale nel lavoro dei giudici e delle cancellerie (*e-filing* e *case management*), nella elaborazione del ragionamento giuridico che sostiene i primi (es. attraverso le banche dati) e nella fase di raccolta e acquisizione delle prove (*evidence taking*). È in questa ottica che si parla anche di come lo sviluppo della digitalizzazione può supportare la stessa riforma dei sistemi giudiziari. La teoria della trasformazione informativa della giustizia è ben spiegata dal lavoro di impianto teorico di D. REILING, *Technology for Justice. How Information Technology Can Support Judicial Reform*, Leiden 2009.

importanti problemi che le moderne società democratiche incontrano¹¹.

La dottrina giuridica italiana da tempo ha preso in considerazione le tematiche “etico-giuridiche” legate al rapporto tra attività giurisdizionale e tecnologia, soprattutto con riguardo all’applicazione di strumenti decisionali automatizzati¹².

I metodi per indagare i nessi tra decisioni automatiche e processo (o in generale amministrazione) sono numerosi¹³. Da alcuni anni i cultori dell’informatica giuridica hanno aperto la strada per gli studi sull’intelligenza artificiale in prospettiva giuridica, domandandosi se il ragionamento necessario per l’applicazione del diritto da parte dei giudici possa essere scomposto in una serie di operazioni logiche elementari rese automatiche da macchine “pensanti”¹⁴.

Da un’altra prospettiva gli studiosi del diritto processuale, sia penale che civile, si stanno interrogando sulla generale sorte del processo in questo momento di rivoluzione digitale¹⁵.

¹¹ L. RULLO, *Corti online*, in *Riv. Digital Politics*, 1/2021, 216 s.

¹² Si v. a tal proposito C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019 (speciale), 101 ss.; C. CASTELLI - D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Rimini 2019.

¹³ G. TADDEI ELMI, *Introduzione. Dall’informatica giuridica al diritto dell’informatica*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o “fantadiritto”?*, a cura di G. Taddei Elmi e A. Contaldo, Pisa 2020, XI s.

¹⁴ Ricordiamo che il primo a porsi tale domanda è L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The Next Step Forward*, in *Minn. L. Rev.*, 1949, vol. 33, 471 nel pionieristico lavoro in cui, nella scia del giudice Holmes, si domanda cosa ne sarà nel futuro del lavoro dei giuristi e, speculando a partire da N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge (MA) 1948, afferma l’esistenza di una nuova scienza, la “giurimetria”, la quale si svilupperà proprio dalla domanda «Why should not a machine be constructed to decide lawsuits?». In Italia tra i primi a discutere di questo tema sono stati V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano 1968 e M.G. LOSANO, *Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino 1969.

¹⁵ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and*

Dal punto di vista del diritto costituzionale si è arrivati alla consapevolezza che non si possono comprendere le implicazioni delle nuove tecnologie informatiche senza capire come esse stiano innescando una trasformazione generale dei metodi e modi per prendere decisioni nel contesto della democrazia¹⁶. Nel momento in cui aiutano nelle scelte, infatti, le tecnologie tendono ad imporre la loro architettura¹⁷ e, di fatto, costringono a seguire una strada decisa o dalla macchina o da altri soggetti agenti diversi dai decisori stessi, innescando un capovolgimento delle dinamiche di potere che sovverte le regole su cui si reggono gli Stati moderni¹⁸. In questo scenario diventa decisivo comprendere quanto le innovazioni tecnologiche possono stravolgere le fondamenta costituzionali del sistema giudiziario (il problema già citato dell'accesso o la garanzia dell'indipendenza e l'autonomia della magistratura, così come il principio del giudice precostituito per legge o il principio della piena tutela dei diritti e degli interessi legittimi, ecc.) e quali sono i metodi migliori per regolarne l'uso.

Alla luce di tali considerazioni, questo saggio avrà lo scopo di discutere criticamente la possibilità della "giustizia predittiva", un termine venuto alla ribalta negli ultimi anni per indicare la possibilità di utilizzare gli algoritmi di *Machine Learning* per prevedere

Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion, Cham 2020.

¹⁶ Come evidenzia A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 69 è in crisi il rapporto tra mezzi e fini, perché oggi alla tecnologia (potere cibernetico) non viene più chiesto solo di essere un «mezzo» per realizzare un corso di azioni deciso da un soggetto agente umano, ma, sempre più spesso, è essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà. Alla macchina non si chiede di realizzare ciò che un soggetto ha deciso, ma le si chiede di decidere, autonomamente».

¹⁷ Come mette in luce proprio sulla nuova scienza computazionale L. LESSIG, *op. cit.*

¹⁸ L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano 2020; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in AA.VV., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, cit., 27 s.

l'esito dei processi¹⁹. Il tema è strettamente connesso ai modelli di profilazione, in quanto anche nel caso delle macchine programmate per predire l'esito di una controversia si tratta di elaborare dati già presenti all'interno di un *database* e produrre nuove informazioni. Lo scopo di tale lavoro è infatti mettere in evidenza che l'uso degli algoritmi predittivi all'interno del processo non può portare mai alla predizione dei risultati prima del loro verificarsi²⁰. Prima di arrivare ad analizzare i temi della giustizia predittiva si prenderà in considerazione in generale l'impiego delle tecnologie all'interno del sistema giustizia.

2. *Le tecnologie e il futuro delle corti: uno sguardo generale*

Alcuni autori già da anni affermano che il futuro della giustizia è digitale²¹. Tra poco vedremo come l'uso del *Machine Learning* si candida a essere uno dei profili più promettenti e controversi di tale futuro descrivendo come alcuni dei compiti delle corti tradizionali tendono ad essere affidati a procedimenti e procedure automatizzate. In realtà, parte di questo futuro è già presente. La digitalizzazione ha già assorbito molte delle attività svolte dalle corti, soprattutto attraverso servizi di *e-justice* come il nostro processo telematico o attraverso l'uso di assistenti legali virtuali e *chatbots* ovvero mediante l'utilizzo di strumenti che consentono udienze virtuali ovvero vere e proprie corti *online*²², come le piattaforme di

¹⁹ Nella dottrina italiana si v. C. CASTELLI - D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 153 ss.; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Anal. giur. economia*, 2/2018, 533 ss.

²⁰ T.Z. ZARSKY, *Governmental data mining and its alternatives*, in *Penn State L. Rev.*, 2011, vol. 116(2), 292.

²¹ Si v. a questo proposito i contributi di recente raccolti in AA.VV., *Sentencing and Artificial Intelligence*, a cura di J. Ryberg e J.V. Roberts, Oxford 2022.

²² Si v. a questo proposito il volume già citato di R.E. SUSSKIND, *op. cit.*, 63 s.

Online Dispute Resolution (ODR)²³. Le tecnologie stanno piano piano alterando molti aspetti del sistema processuale consegnandoci un quadro altamente cambiato rispetto al recente passato²⁴.

Può essere utile usare una concettualizzazione obsoleta ma ancora efficace per distinguere tra i diversi modi di utilizzo delle tecnologie digitali nei processi. Da un lato, vi sarebbe la digitalizzazione che avviene in *back-office*, e si riferisce a sviluppi quali la firma digitale, la PEC o l'archiviazione dei documenti depositati nei procedimenti giudiziari attraverso tecnologie simili al nostro processo telematico. Dall'altro, c'è la digitalizzazione *front-of-house*, la quale si riferisce al passaggio dei tribunali *online* e, più in generale, al coinvolgimento in digitale con il tribunale, tra cui rientrano anche – usando una tassonomia ampia – i tentativi di usare infrastrutture digitali per il supporto decisionale nel settore giustizia²⁵.

Le due forme sono strettamente collegate. Il *back-office* è fondamentale per far funzionare la digitalizzazione *front-of-house*. Per creare *app* o *chatbot* che diano risposte alle parti in causa sulla base di casi precedenti o per avere un'udienza virtuale, i dati e i documenti devono essere prima archiviati digitalmente.

In Italia oggi abbiamo una implementazione del processo telematico su vasta scala. Come noto, con il termine generico “processo telematico” si fa riferimento alla gestione in formato elettronico delle comunicazioni e dello scambio di documenti che intercorrono tra i soggetti coinvolti in un procedimento giudiziario (sia esso civile, penale o amministrativo) e l'ufficio giudicante²⁶. Nel nostro

²³ L. MINGARDO, *Online Dispute Resolution. Involuzioni ed evoluzioni di telematica giuridica*, in AA.VV., *Tecnodiritto: temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, a cura di P. Moro e C. Sarra, Milano 2017, 121 s.

²⁴ L. RULLO, *Corti online*, cit., 215 s.

²⁵ M. ZALNIERIUTE - F. BELL, *Technology and the Judicial Role*, in AA.VV., *The Judge, the Judiciary and the Court. Individual, Collegial and Institutional Judicial Dynamics in Australia*, a cura di G. Appleby e A. Lynch, Cambridge 2021, 116 s.

²⁶ M. VELICOGNA, *Il processo telematico in Europa*, in *Inform. dir.*, 1-2/2007, 407 s.

Paese è una realtà tanto il processo civile quanto il processo amministrativo in forma telematica. Dall'anno scorso anche i giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale si svolgono grazie a un sistema di *e-justice* chiamato "E-Cost". È ancora in fase di progettazione, invece, il processo penale telematico.

Lo sviluppo del processo telematico si colloca all'interno di un filone di studi e di ricerca legato fortemente alla riconsiderazione del ruolo delle istituzioni pubbliche ed alla loro «delivering capacity»²⁷, la quale non sostituirebbe ma si aggiungerebbe alla garanzia della legalità²⁸. Uno degli *outcome* di tale impiego è proprio l'ottimizzazione dei processi decisionali interni che, con queste forme di *e-government*, diverrebbero molto più efficienti²⁹. Inoltre, la scelta di incentivare l'uso delle tecnologie nel processo dovrebbe garantire la trasparenza e la conoscibilità dei procedimenti giudiziari, divenendo una sorta di strumento di maggiore *accountability* delle decisioni³⁰. Si permetterebbe a strumenti pensati per "addetti ai lavori" di divenire più trasparenti e aperti al cittadino aumentando di conseguenza la comprensibilità e leggibilità di un fenomeno di solito non immediatamente accessibile a tutti³¹. La realizzazione pratica del processo telematico realizza certamente un miglioramento delle procedure esistenti, ma non raggiunge del tutto

²⁷ P. LÆGREID - K. VERHOEST, *Reform Waves and the Structure of Government*, in AA.VV., *Public Administration in Europe. The Contribution of EGPA*, a cura di E. Ongaro, Cham 2019, 167 ss.

²⁸ Molto interessante quanto nota F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 418 in relazione alla forza conformativa e normativa delle procedure, anche solo per il controllo di legittimità e di regolarità delle procedure amministrative connesse alle fasi processuali.

²⁹ G.G. POLI, *Il processo civile telematico e il dialogo tra le sue fonti*, in AA.VV., *Il Processo telematico nel sistema del Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, 1 s.

³⁰ P. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2015, 953 ss.

³¹ Esprime qualche critica su tale punto J. ALLSOP, *Technology and the Future of the Courts*, cit., 8 s.

le esigenze di abbattimento dei tempi e dei costi della giustizia. Si deve notare infatti che quella del processo telematico è una storia “analogica” dell’impiego di tecnologie all’interno del processo. Il cambiamento che le tecnologie promettono e permettono può essere ben altro e sicuramente maggiore della semplice sostituzione di relazioni basate sullo scambio di carta con registri e documenti informatici³².

Questo ci porta a esaminare le modalità di impiego delle tecnologie nei processi che si chiamano *front-of-house*. Al di là della utopistica sostituzione di robot a persone in carne e ossa nel giudizio, l’idea che parte del processo decisionale rivolto alla soluzione delle controversie venga svolto con l’ausilio di strumenti capaci di automazione ha ricevuto negli ultimissimi anni una nuova linfa.

Gli esempi di tali strumenti sono molti, anche nel campo del diritto civile. Tra quelli più promettenti ci sono, ad esempio, l’implementazione di tecnologie di supporto da parte del *Dubai SCT* o del *Civil Resolution Tribunal (CRT)* nella provincia della British Columbia in Canada³³. Il CRT è il primo tribunale online del Canada che si occupa di controversie per piccoli reclami inferiori a \$ 5.000, di incidenti automobilistici e reclami per lesioni fino a \$ 50.000, nonché di questioni relative alla proprietà degli strati di qualsiasi importo nella provincia della British Columbia. Il primo livello di coinvolgimento pubblico con il CRT è il *Solution Explorer*, un *software* che in modo automatizzato pone domande alle parti e diagnostica la controversia in oggetto fornendo informazioni legali gratuite e risorse, come modelli di missive per aiutare gli utenti a risolvere la controversia. In caso contrario, le parti possono rivolgersi all’ufficio del CRT per la risoluzione delle controversie. Da lì, le parti possono utilizzare la piattaforma di negoziazione *online* del CRT per negoziare un risultato, per mediare la

³² P. LICCARDO, *Ragione tecnologica e processo: ovvero delle ere del processo telematico*, in *Quest. giust.*, 4/2015, 170 ss.

³³ Si v. <https://civilresolutionbc.ca/>.

controversia con accordi trasformati in ordini esecutivi o per far determinare la controversia da un membro del tribunale. Con l'introduzione di questo sistema si è osservato che solo il 6% delle controversie di modesta entità depositate viene affrontata dai giudici in tribunale.

L'uso della tecnologia non si limita a rendere più accessibili le informazioni legali e le linee guida procedurali. L'utilizzo di procedure che impiegano decisioni automatizzate all'interno dei processi civili è servito anche ad evitare che i giudici dovessero compiere alcune attività, o perché ripetitive o perché in esse si realizzerebbe un minore impiego di discrezionalità. Gli esempi di questo tipo sono numerosi. Si va dal piano faraonico annunciato da qualche anno dall'Estonia per far decidere tutte le controversie di piccola entità con l'ausilio di sistemi di Intelligenza Artificiale³⁴, fino al più limitato caso nostrano del *software* MoCAM impiegato dal Tribunale di Firenze³⁵. Il sistema prevedeva una stima automatizzata – mediante calcoli statistici – dell'assegno di mantenimento per i figli nel caso di separazione, divorzio o rottura di una unione di fatto e, quando ne esistessero i presupposti, del contributo a favore del coniuge. Il modello presentava, come già indicato dalla dottrina, alcune rigidità che ne rendevano l'uso molto difficile ed anche attaccabile sul piano giuridico giusta la considerazione che «la misura delle indennità dovute ai coniugi e ai figli in caso di crisi coniugale debbono essere determinate attraverso una valutazione globale di tutte le circostanze rilevanti e un bilanciamento dei principi giuridici, non invece sulla base di semplici criteri matematici»³⁶.

³⁴ T. KERIKMÄE - E. PÄRN-LEE, *Legal dilemmas of Estonian artificial intelligence strategy: in between of e-society and global race*, in *AI & SOCIETY*, 2021, vol. 36(2), 561 ss.; J. ULENAERS, *The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?*, in *Asian J. of L. and Econ.*, 2020, vol. 11(2), 13 ss.

³⁵ F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 419.

³⁶ *Ivi*, 420.

Gli strumenti tecnologici a disposizione dei tribunali si sono negli ultimi anni arricchiti grazie all'impiego delle più potenti tecniche di intelligenza artificiale. Esse includono tecniche di *Machine Learning* supervisionato e di *Deep Learning*³⁷. Si tratta di sistemi che "imparano" dai dati (raccolti o costruiti) in modo da trarre inferenze su nuove situazioni. Queste decisioni possono fornire classificazioni (come accade se un documento è rilevante a fini di prova) o predizioni (quando si determina la probabilità che un individuo commetta un crimine in futuro). Esistono molte tecniche basate sull'analisi dei dati che permettono di "imparare" schemi e correlazioni per generare previsioni o rivelare approfondimenti. A differenza dei metodi statistici standard, il *Machine Learning* è generalmente "iterativo", cioè è in grado di apprendere continuamente da nuove informazioni e di identificare modelli più complessi nei dati.

Un'area del processo decisionale giudiziario in cui sono già stati implementati nella pratica strumenti di automazione della seconda ondata è la previsione della probabilità di recidiva nel contesto delle decisioni di condanna penale. Sono conosciuti dai più i meccanismi di *risk assesment* usati dai tribunali (soprattutto americani) per il calcolo della cauzione e della pena sulla base del tasso di recidiva. L'esempio più noto, il caso COMPAS³⁸, dal nome del *software* usato dal tribunale del Wisconsin, ha destato notevole scalpore per via di un'inchiesta della testata online *ProPublica*, che aveva fatto notare gli effetti discriminatori dell'impiego di algoritmi di *Machine Learning* nei processi penali³⁹. Il *software* in questione funzionava, infatti, attraverso un algoritmo capace di elabo-

³⁷ M. HAENLEIN - A. KAPLAN, *A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present, and Future of Artificial Intelligence*, in *California Manag. Rev.*, 2019, vol. 61(4), 5 s.

³⁸ *State of Wisconsin v Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

³⁹ K. HANNAH-MOFFAT, *Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates*, in *Theor. Criminology*, 2019, vol. 23(4), 453 ss.

rare una previsione del rischio di recidiva di un condannato attraverso una comparazione tra le informazioni ottenute dal singolo attraverso un questionario con quelle relative a un gruppo di individui con caratteristiche assimilabili⁴⁰.

Nel Regno Unito è impiegato il sistema HART (*Harm Assessment Risk Tool*) per comprendere se le persone fermate dalla polizia corrono un rischio basso, moderato o alto di commettere ulteriori crimini in un periodo di due anni. L'algoritmo alla base di HART non decide se un sospetto debba essere tenuto in custodia, ma ha lo scopo di aiutare gli agenti di polizia a scegliere se una persona debba essere indirizzata a un programma di riabilitazione (chiamato *Checkpoint*) o meno⁴¹.

Anche l'impiego di "reti neurali artificiali" per elaborare dati di conoscenza si propone come molto promettente. Di recente Singapore ha annunciato il suo programma di tecnologia dei tribunali dell'IA, che includerebbe il processo decisionale dell'IA per alcuni reati minori. Anche la Cina ha adottato l'AI nei suoi tribunali. Nella provincia di Hebei, un'applicazione denominata *Intelligent Trial 1.0* assiste i giudici nell'analisi dei dati e delle tendenze da utilizzare nelle decisioni. Nella provincia di Liaoning, i tribunali hanno lanciato un robot chiamato "Heping Fabao", che fornisce consulenza legale 24 ore su 24, 7 giorni su 7 ai cittadini. È stata anche introdotta la revisione dei casi basata sull'AI, in cui un programma analizza i casi, segnala i problemi relativi alle prove ed esamina casi

⁴⁰ Anche il Regno Unito ha proposto un sistema di "condanna *online* automatica" nel 2017. La proposta del Regno Unito riguardava reati sommersi non punibili con la reclusione, come l'evasione tariffaria e il possesso di attrezzature da pesca senza licenza.

⁴¹ Su questo sistema v. M. OSWALD - J. GRACE - S. URWIN - G.C. BARNES, *Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental' proportionality*, in *Inform. & Comm. Tech. L.*, 2018, vol. 27(2), 223 s.; J. JOSE MEDINA ARIZA - A. ROBINSON - A. MYHILL, *Cheaper, Faster, Better: Expectations and Achievements in Police Risk Assessment of Domestic Abuse*, in *Policing*, 2016, vol. 10(4), 341 s.

simili dal punto di vista fattuale e giuridico a beneficio del giudice. Questo programma ha finora portato alla revoca di oltre 30 condanne penali.

3. *La «folgorazione» di una nozione altamente enigmatica: la giustizia predittiva*

A seguito del dibattito sviluppatosi dopo l'approvazione della legge n. 2016-1321 (c.d. *loi numérique*), la dottrina francese ha parlato di una vera e propria «fulgurance d'une notion stimulante» con riguardo alla giustizia predittiva⁴². L'impiego dell'intelligenza artificiale nei processi – soprattutto civili – è oggi oggetto di numerosi progetti anche nel nostro Paese, che vedono la collaborazione di alcune università e tribunali o corti di appello italiane. Secondo quanto si legge nei documenti pubblicati a fini della disseminazione di tali progetti, l'automazione del processo decisionale genererebbe vantaggi significativi in termini di *uniformità, affidabilità e controllabilità* della decisione⁴³.

Lo scopo di queste iniziative scientifico-applicative è duplice: da un lato, garantire agli avvocati e ai cittadini una migliore e più accessibile conoscenza della giurisprudenza e poter valutare *preventivamente* (non predittivamente)⁴⁴ la soluzione di un determina-

⁴² S. LEBRETON-DERRIEN, *La justice prédictive. Introduction à une justice « simplement » virtuelle*, in *Arch. phil. droit*, 2018, vol. 60(1), 3. Sulla legge citata si rinvia alla nt. 50.

⁴³ Tra le prime Corti ad avviare questi progetti Venezia (www.corteappello.venezia.it/giurisprudenza-predittiva-per_198.html), Brescia (www.giustiziabrescia.it/giustizia_predittiva.aspx) e Bari (www.corteappello.bari.it/buone_prassi_4.aspx). Alcuni di questi progetti sono riportati da C. CASTELLI - D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, cit.

⁴⁴ Appare molto discutibile la proposta di considerare la “giustizia predittiva” come la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli. Si

to caso (sia nel caso di giudizi civili quanto penali); dall'altro, conseguire per i giudici una più approfondita – perché aggregata – conoscenza della giurisprudenza formatasi tra gli uffici giudiziari del distretto di una Corte d'appello⁴⁵.

Tali iniziative incentivano anzitutto la “prevedibilità” delle decisioni. Essi connettono l'uso del digitale nel processo alle esigenze di eguaglianza, di effettività della tutela, di stabilità delle decisioni e fiducia nelle decisioni giudiziarie. Inoltre, essi affermano il valore della prevedibilità per una maggiore efficienza del sistema, per deflazionare il contenzioso e considerare il processo come una – non l'unica – via per risolvere le controversie tra le parti e organizzare i precedenti (la loro correlazione a casi particolari sono lo strumento per raggiungere una maggiore tutela dei diritti)⁴⁶.

La dottrina non ha mancato di esprimere numerose critiche verso tali iniziative.

In primo luogo, secondo alcuni tali progetti non avrebbero grande rilevanza producendo solo un risultato informativo, sia nei confronti dei cittadini sia nei confronti degli operatori del diritto, i quali possono facilmente verificare orientamenti maggiormente tenuti all'interno del proprio tribunale su determinate cause. Saremmo, quindi, di fronte a potenzialità ancora da esprimere, più che a dei risultati veri e propri⁴⁷. Tali iniziative potrebbero fondare una migliore percezione della giustizia da parte delle persone, una

v. L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Diritto online - Treccani*, 2018 (www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-predittiva_%28Diritto-on-line%29/).

⁴⁵ Si v. a questo proposito il progetto della Scuola Sant'Anna di Pisa in collaborazione con il Tribunale di Genova (www.predictivejurisprudence.eu/).

⁴⁶ In ultima analisi, la prevedibilità delle decisioni è un bene in sé perché consente di indirizzare *ex ante* i comportamenti dei cittadini e dei poteri pubblici. Si v. a tale proposito quanto esprimono: F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2017, 175 ss. e A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2020, 496 s.

⁴⁷ C. CASTELLI - D. PIANA, *op. cit.*, 47 s.

maggior consapevolezza delle connessioni con l'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, la quantità di sentenze di primo grado appellate e i motivi relativi, come pure la individuazione della giurisprudenza maggiormente controversa e infine il nesso che potrà esserci tra questi strumenti e la maggiore disponibilità dei dati derivante dalla digitalizzazione del processo (si pensi alla esperienza del processo telematico), oltre che la possibile integrazione di tali strumenti con le banche dati già esistenti⁴⁸.

In secondo luogo, i progetti avrebbero un carattere troppo frammentato, essendo lasciati alla autonoma iniziativa dei Tribunali e delle Corti d'Appello, pur se affiancati dalle rappresentanze della avvocatura e dai ricercatori delle università coinvolte. A quanto pare risulterebbe sprecata l'opportunità di connettere i progetti locali ad esperienze di livello nazionale, come il progetto del CSM di creare un "Archivio di Merito di *ItalgireWeb*"⁴⁹. La individuazione di una banca dati ragionata e organizzata secondo criteri uniformi potrebbe far capire e individuare orientamenti giurisprudenziali di merito sulle stesse importanti materie con effetti maggiori rispetto alle esperienze in essere⁵⁰. Da alcuni è stato sottolineato che la prospettiva verso cui occorrerebbe muoversi è una integrazione delle diverse iniziative (locali e nazionale) per arrivare

⁴⁸ Come già indicato dal CSM a partire dal 2017 con le *Linee guida volte alla individuazione delle modalità di ricostituzione di una banca dati della giurisprudenza di merito*, poi oggetto di attuazione con le delibere del 19 giugno 2019 e del 7 ottobre 2020. Le delibere sono interessanti e contengono numerose informazioni sulla costruzione della banca dati, come ad esempio la tutela della *privacy*.

⁴⁹ Sul progetto si v. di recente E. VINCENTI, *Il giudice e il precedente. Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 151.

⁵⁰ In tal senso si è mosso il legislatore francese, che, ai fini anche di una migliore trasparenza del sistema giustizia, ha approvato la citata *Loi pour une République numérique* (n. 2016-1321 del 7 ottobre 2016), che ha introdotto il principio della generale pubblicazione gratuita di tutte le decisioni giudiziarie, precisando unicamente che «cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes» (art. 21).

a banche dati ragionate che enuncino materia per materia e tema per tema la casistica con le soluzioni, specificando quali sono gli orientamenti maggioritari e consolidati e quali potrebbero essere le novità giurisprudenziali rilevanti⁵¹.

In terzo luogo, tali iniziative dimostrerebbero un problema di fondo molto grave poiché celerebbero dietro l'obiettivo della prevedibilità delle decisioni un meccanismo automatico che produce conformismo nelle decisioni⁵², a tutto detrimento del naturale e benefico adeguarsi della giurisprudenza alla mutevolezza della realtà economica e sociale e alla stessa evoluzione interpretativa⁵³.

Nel senso indicato da queste considerazioni appare molto interessante il documento elaborato dalla XIII Assemblea nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile del 2018, dove sono contenute una serie di proposte che potrebbero rappresentare, se sviluppate, profili su cui in futuro, anche grazie alla maggiore digitalizzazione del processo, si potrà investire per rendere i processi civili più efficienti⁵⁴.

⁵¹ C. CASTELLI - D. PIANA, *op. cit.*, 65.

⁵² Una cosa è utilizzare i precedenti come «indici di un orientamento», altro è «vincolare ai precedenti la decisione della causa». Il primo è un «espediente di economia processuale, sempre derogabile e soggettivamente valutabile, *che nega la decisione*; il secondo, una regola imperativa di decisione (appunto, *stare decisis*)». Cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, cit., 25. Sul tema del precedente si v. R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.; M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità della decisione: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, cit., 137 s.

⁵³ In questo senso occorre però riconoscere che la maggiore conoscibilità degli orientamenti potrebbe avere ulteriori effetti benefici, perché garantirebbe a coloro che scrivono anche sentenze difformi e innovative di poter conoscere la giurisprudenza precedente e semmai consentire una più responsabile motivazione nell'adozione delle stesse. Sui problemi della mutazione e stabilità della interpretazione si v. il lucidissimo articolo di P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 37 s.

⁵⁴ Nel documento *Prevedibilità, predittività e umanità del giudicare* (pub-

Nel condurre tali progetti va tenuto in debito conto che seppure i computer aiutino a portare una maggiore formalizzazione e coerenza nel processo decisionale, essi non possono determinare una perfetta “uniformità di giudizio” perché, tra l’altro, i risultati dipendono sia dalla capacità di calcolo della macchina sia dagli input soggettivi immessi in essa a monte (anche quando le macchine sono progettate per imparare “da sole”)⁵⁵.

Allo scopo di garantire una maggiore e migliore circolazione delle informazioni appare interessante la proposta di chi parla di una «predittività mite»⁵⁶ intesa come la possibilità di far svolgere

blicato in Nuova proc. civ., 5/2018) si propone di: *a*) introdurre un sistema informatico che consenta ai giudici, soprattutto onorari, di conoscere automaticamente l’eventuale appello contro le loro sentenze; *b*) raccogliere dati delle controversie in modo da individuare il «quadro della domanda di giustizia espressa dal territorio»; *c*) condividere schemi di verbali, di atti, punti di motivazione, provvedimenti, sentenze e per «incrementare sia la prevedibilità delle decisioni – attraverso la loro circolazione e conoscibilità – sia la implementazione delle prassi virtuose»; *d*) raccogliere le informazioni sulla «giustizia percepita» dalle parti; *e*) individuare con maggiore facilità filoni di «giurisprudenza controversa»; *f*) rendere diffusi e pienamente conoscibili tutti i precedenti della giurisprudenza di merito per garantire l’effettiva parità delle armi e per garantire che i cittadini sentano che la giurisdizione non è un aspetto solo per addetti ai lavori; *g*) utilizzare ampiamente i siti web degli uffici giudiziari allo scopo di rendere noti a tutti gli interessati – cittadini o avvocati – linee guida in varie «materie» caratterizzate da questioni ricorrenti. Ci sono inoltre proposte che mirano ad estendere e automatizzare un sistema di filtro in Cassazione delle «controversie che presentano particolare rilevanza, selezionate secondo congrui e predeterminati criteri la fissazione in tempi brevi di udienze dedicate alla loro soluzione»; una proposta che avrebbe sicuramente un effetto molto importante sul potere di nomofilachia della stessa Suprema Corte.

⁵⁵ A questo proposito si v. l’interessante contributo di M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di «incontrollabile soggettivismo della decisione»*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, cit., 37 s. Interessante in questo senso notare che la spinta verso la previsione è più del sapere tecnico-scientifico-economico che del diritto.

⁵⁶ D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385 ss.

alla macchina il risultato automatizzato quando si tratti di verificare la sussistenza di requisiti formali. A questo si deve pure aggiungere che non può esistere una prospettiva *one-size-fits-all* per l'uso delle tecnologie nel sistema giustizia. Bisogna infatti andare a vedere il tipo di corte, la materia scrutinata, la volontà e la fiducia delle parti, degli avvocati e dei giudici nell'uso delle tecnologie nella soluzione dei casi, la disponibilità e affidabilità dei dati, l'impiego di algoritmi che non discriminano e che possono garantire la fiducia da parte del pubblico verso le decisioni automatizzate stesse.

3.1. *Giustizia predittiva e problemi ermeneutici: cosa gli algoritmi nascondono*

L'impiego di algoritmi per prevedere gli esiti di decisioni giudiziarie sulla base della descrizione testuale di un caso è stato l'oggetto di uno studio scientifico molto interessante condotto da un gruppo di ricercatori britannici pubblicato nel 2016⁵⁷. L'articolo espone i risultati di un'indagine che questi ricercatori hanno svolto su 584 decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo analizzate con un potente algoritmo di *Machine Learning*. Gli esiti dello studio sono sorprendenti: dopo essere stata allenata con gli elementi principali dei casi provenienti dal *dataset* indicato⁵⁸, la macchina riusciva a predire l'esito – per quelle stesse tipologie di controversie – (in media) nel 79% dei casi⁵⁹.

⁵⁷ N. ALETRAS - D. TSARAPATSANIS - D. PREOȚIUC-PIETRO - V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *Peer J. Comp. Sc.*, 2016, 1 ss.

⁵⁸ Relativo alla giurisprudenza formatasi con riguardo agli artt. 3, 6 e 8 CEDU.

⁵⁹ La macchina era stata programmata su diversi elementi costitutivi delle sentenze della Corte: i fatti, l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il dispositivo (binario: violazione o non violazione). La frequenza della presenza di gruppi lessicali coerenti è stata, poi, registrata in una banca dati e confrontata con la violazione (o meno) della Convenzione. Cfr. C. BARBARO, *Uso*

La predizione ottenuta si basava sul testo delle sentenze pubblicate e non sulle richieste o sulle memorie presentate dalle parti. I ricercatori, infatti, specificano nei *disclaimer* dell'articolo che hanno utilizzato le sentenze pubblicate come *proxy* per il materiale a cui non potevano avere accesso e che ragionevolmente se avessero ragionato su casi non ancora decisi avrebbero dovuto impostare diversamente il lavoro⁶⁰. Da questa notazione si può comprendere un dato assai rilevante quando si parla di “predittività” giudiziale mediante l'impiego di *Machine Learning*. Questi sistemi non “predicono” nulla ma si limitano a individuare una correlazione statistica: quindi calcolano delle probabilità.

Non c'è nulla di “predittivo”, quindi, almeno se usiamo tale termine nel senso di immagine o anticipo del futuro⁶¹. Si tratta infatti di sistemi “semi-automatici” per fornire ausili al giudice, i quali al momento non eliminano la necessità del giudizio umano⁶².

dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?, in *Quest. giust.*, 4/2018, 189 ss.

⁶⁰ Un conto è avere una sentenza già pronta da confrontare, un conto è immaginare che la macchina sulla base del ricorso possa emettere la sentenza. Sui limiti dell'esperimento condotto si v. N. ALETRAS - D. TSARAPATSANIS - D. PREOȚIUC-PIETRO - V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights*, cit., 4.

⁶¹ Lo studio degli studiosi britannici è stato sottoposto a numerose critiche all'indomani della sua pubblicazione. Si v. ad esempio l'osservazione molto acuta che svolgono J. MORISON - A. HARKENS, *Re-engineering justice? Robot judges, computerised courts and (semi) automated legal decision-making*, in *Legal Studies*, 2019, vol. 39(4), 632, i quali osservano che un sistema di questo genere può avere un certo funzionamento per le corti di appello (come è d'altronde la Corte europea dei diritti dell'uomo) ma non potrebbe funzionare per corti di primo grado dove bisogna ricostruire il fatto. Ulteriori e profonde critiche, soprattutto con riguardo alle modalità dell'esperimento ed alle sue conseguenze, sono svolte da F. PASQUALE - G. CASHWELL, *Prediction, persuasion, and the jurisprudence of behaviourism*, in *Univ. of Toronto L.J.*, 2018 vol. 68 (suppl. 1), 63 s.

⁶² J. MCGILL - A. SALYZYN, *Judging by Numbers: How will judicial analytics impact the justice system and its stakeholders?*, in *Dalhousie L.J.*, 2021, vol. 44(1), 249 ss.

Il lavoro dei ricercatori britannici ci consente di porre sul piatto il succo delle questioni attuali relative all'impiego delle tecnologie nel processo. Il problema, per come ci appare, non è se l'uso di una tecnologia dotata di una potentissima capacità di calcolo potrà soppiantare la giustizia umana o se sia possibile modellare matematicamente una legge e impostare così la sua applicazione automatica, ma capire come integrare le funzioni delle macchine con quelle umane e quali nuove configurazioni istituzionali dell'interazione uomo-macchina sono possibili⁶³.

L'articolo, inoltre, lascia intendere che la configurazione "migliore" – vista dal punto di vista istituzionale – non è necessariamente quella con l'algoritmo più accurato, ma quella che consente forme specifiche e previste di governo, controllo e supervisione dell'uomo sulla macchina⁶⁴.

In sintesi, rimane fermo che l'IA ancora oggi, con gli avanzamenti determinati dall'impiego del *Machine Learning*, rimane capace di fornire esclusivamente risposte a quelle domande per cui è stata programmata, così che l'immagine di un giudice-robot non sarebbe impraticabile perché impossibile ma perché imporrebbe di far decidere alle macchine con certi criteri e valorizzando solo alcuni dati, soprattutto in una logica conservativa e retrospettiva⁶⁵.

⁶³ A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars interpretandi*, 1/2021, 113 ss.

⁶⁴ Su questo aspetto v. l'interessante e attuale studio di J. ZERILLI - A. KNOTT - J. MACLAURIN - C. GAVAGHAN, *Algorithmic Decision-Making and the Control Problem*, in *Minds and Machines*, 2019, vol. 29, 557 e il report di C. VILLANI - Y. BONNET - B. RONDEPIERRE, *For a meaningful artificial intelligence: Towards a French and European strategy*, Paris 2018; J. MORISON - A. HARKENS, *Re-engineering justice?*, cit., 632 s.

⁶⁵ A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit.

3.2. *Il rispetto dei diritti nella Carta etica sull'uso dell'IA nei sistemi giudiziari del CEPEJ*

I problemi legati alla predittività delle decisioni giudiziarie attraverso l'uso dell'intelligenza artificiale sono già da tempo apparsi nei radar del Consiglio d'Europa che, in seno alla Commissione europea sull'efficacia della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ)⁶⁶, ha avviato una riflessione approfondita sul tema dal quale emerge l'abbozzo di un nuovo "garantismo" nei confronti delle tecniche di predizione applicate al processo.

Durante la sessione plenaria del 3-4 dicembre 2018 il CEPEJ ha adottato la *Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*⁶⁷. La Carta «enuncia i principi sostanziali e metodologici applicabili all'analisi ed al trattamento delle decisioni giudiziarie» e si pone come «punto di riferimento per l'attività di soggetti privati e pubblici attivi in questo settore, tanto per lo sviluppo concreto di applicazioni di intelligenza artificiale quanto per l'elaborazione di politiche pubbliche riguardanti l'integrazione di tali applicazioni nel sistema giudiziario»⁶⁸.

Nella Carta sono fissati cinque principi generali che devono sopravvivere alla elaborazione e applicazione delle tecnologie computazionali avanzate al settore della tutela giurisdizionale e che sono alla base della Carta europea dei diritti dell'uomo: 1) il principio del ri-

⁶⁶ Il CEPEJ è un organo tecnico composto da esperti rappresentativi dei 47 Paesi del Consiglio d'Europa con lo scopo di analizzare e monitorare il funzionamento dei sistemi giudiziari europei e promuoverne l'efficienza. Pubblica ogni due anni un report sullo stato della giustizia nei Paesi partecipanti. Sul punto si v. F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit.

⁶⁷ *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, Strasburgo, 3.12.2018, CEPEJ(2018)14.

⁶⁸ Come ricorda C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari*, cit., già dal 2016 la CEPEJ ha adottato uno studio approfondito sull'uso di queste tecnologie nei tribunali europei e delle Linee direttrici sulla "cybergiustizia".

spetto dei diritti fondamentali della persona sia in fase di progettazione che in quella di attuazione di strumenti e servizi di IA⁶⁹; 2) il principio di non discriminazione, ossia esclusione di soluzioni e prassi discriminatorie fra individui o gruppi di individui⁷⁰; 3) il principio di qualità e sicurezza, ossia applicazione di criteri di qualità e sicurezza nel trattamento dei dati relativi alle decisioni giudiziarie⁷¹; 4) il principio di trasparenza, ossia necessità di improntare gli strumenti di IA alla trasparenza e controllo esterno⁷²; 5) il principio di garanzia dell'intervento umano, ossia la necessità di assicurare sempre il controllo umano sulle scelte fatte attraverso l'IA⁷³ (forse il principio più

⁶⁹ Tra questi principi vi sono la garanzia del «diritto di accesso a un giudice e del diritto a un equo processo», i «principi dello stato di diritto e dell'indipendenza dei giudici nel processo decisionale». Inoltre, si prevede il privilegio degli approcci «etico-fin-dall'elaborazione o diritti-umani-fin-dall'elaborazione» (*ethics-by-design*).

⁷⁰ È interessante che non solo si prevede un divieto di discriminazioni ma si stabiliscono le modalità attraverso le quali contrastarle, come le misure correttive e di neutralizzazione dei rischi e l'utilizzo dello stesso apprendimento automatico e delle analisi scientifiche multidisciplinari.

⁷¹ Sotto questo aspetto si prevede che gli algoritmi di *Machine Learning* utilizzati nel settore giustizia vengano costruiti attraverso una integrazione delle conoscenze dei programmatori insieme a quelle di esperti giuridici (si parla di «squadre di progetto»). Interessante è la puntualizzazione sulla «pulizia» dei dati utilizzati e sul loro utilizzo in un «ambiente sicuro» con garanzia della tracciabilità dei flussi di informazioni.

⁷² Questo è il profilo più difficile tra tutti. Si tratta di raggiungere un «equilibrio» tra le garanzie connesse alla trasparenza, imparzialità, equità e integrità intellettuale e la proprietà intellettuale delle metodologie. Sotto questo aspetto si prevedono diverse modalità, si va dalla «totale trasparenza tecnica» alla certificazione privata o pubblica. È interessante che questo punto trova eco anche nella necessità che le decisioni algoritmiche, sia giudiziarie sia amministrative, siano «corredate da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini sia per il giudice». Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁷³ Il criterio base è che l'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale deve rafforzare e non limitare l'autonomia dell'utilizzatore informandolo con un lin-

importante per tracciare la strada per il nuovo garantismo nell'epoca del digitale).

La parte narrativa della Carta sottolinea le principali questioni etico-giuridiche relative all'uso delle tecnologie digitali applicate al processo: rischi di limitazioni dei diritti e di discriminazioni su larga scala; una potenziale mancanza di trasparenza nell'uso di tali tecnologie nel processo; lo spostamento complessivo del potere dall'intuizione umana all'intelligenza artificiale avanzata e, più precisamente, nelle possibili minacce all'indipendenza giudiziaria e alla separazione dei poteri; il rischio che un sistema giudiziario basato sull'IA possa contribuire in modo significativo all'ascesa di forme di autoritarismo digitale.

L'Appendice I alla Carta è di grande utilità per coloro che si avvicinano agli studi sulla digitalizzazione della giustizia perché, non solo passa in rassegna gli utilizzi attuali della digitalizzazione nella giustizia, ma offre un quadro dei problemi legati a:

- le politiche europee sui dati aperti e gli effetti che potrebbero derivare da una loro diffusione (quale valore hanno, come vengono acquisiti, chi si incarica di detenerli e dove)⁷⁴;
- le questioni legate alla protezione dei dati personali nell'utilizzo di tali strumenti⁷⁵;
- le funzionalità teoriche dell'intelligenza artificiale applicata al

guaggio chiaro e comprensibile del carattere vincolante o meno delle soluzioni proposte dall'IA. Si stabilisce inoltre che gli utilizzatori siano adeguatamente alfabetizzati sul piano informatico e che si svolga un adeguato dibattito sull'uso di tali strumenti nella giustizia. Su questi temi si v. le suggestioni di M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano 2018.

⁷⁴ Su questo decisivo profilo si nota ancora un generale arretramento dei Paesi del Consiglio d'Europa. Il tema è chiaramente connesso alle tecniche di *anonimizzazione* e *pseudonimizzazione*. Il CEPEJ ricorda come sul punto siamo ancora molto indietro.

⁷⁵ Si riprendono le caratteristiche della protezione dei dati che fanno parte oramai del patrimonio costituzionale europeo, come la protezione *by default* e *by design*.

diritto, con riguardo soprattutto all'analisi di cosa si intende per "predizione" – definita come il «tasso di successo (o insuccesso) di una causa in tribunale»⁷⁶ – e l'abbandono definitivo dell'ambiguo termine "predizione"⁷⁷;

- le caratteristiche operative dell'IA applicata alla giustizia⁷⁸;
- le modalità e le cautele per l'applicazione della IA ai processi civili, amministrativi e tributari con una precisazione molto importante sulle principali garanzie che occorre riaffermare in tali procedimenti⁷⁹;

⁷⁶ A tale proposito il documento chiarisce che si tratta di previsione e non di predizione.

⁷⁷ Come si legge nell'Appendice I (p. 38 s.) «L'espressione giustizia predittiva dovrebbe essere abbandonata in quanto è ambigua e ingannevole. Tali strumenti sono basati su metodi di analisi della giurisprudenza che utilizzano metodi statistici che non riproducono in alcun modo il ragionamento giuridico, ma possono cercare di descriverlo». Più avanti si legge che la predizione «produce nella mente collettiva un lento slittamento che ci porta a credere che le macchine, prive di qualsiasi emozione, un giorno saranno in grado di rendere più affidabile l'atto del giudicare [...] rischi di interpretazioni distorte del significato delle decisioni giudiziarie sono estremamente elevati qualora queste siano basate soltanto sulla modellizzazione statistica. Tale constatazione è ulteriormente avvalorata dall'assenza di una precisa comprensione dei legami tra i dati e l'evidente presenza di false correlazioni non discernibili nelle grandi masse di dati». Si v. anche A. DE LA OLIVA SANTOS, «Giustizia predittiva», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del «Justizklavier»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2019, 883 ss.

⁷⁸ Si legge al § 92 dell'Appendice I: «Per fornire un'accurata spiegazione di una decisione giudiziaria occorre pertanto un'analisi molto più particolareggiata dei dati contingenti di ciascuna causa e delle norme di legge applicabili, piuttosto che il nutrimento di una vana speranza che una massa di connessioni abbia un senso compiuto».

⁷⁹ Si prevedono come necessariamente interessati sotto questo profilo: il diritto di accesso a un tribunale, il principio del contraddittorio, la parità delle armi, l'imparzialità e indipendenza dei giudici, il diritto all'assistenza legale.

- specifiche cautele per l'applicazione di tali strumenti nei processi penali⁸⁰.

Nell'Appendice II sono previsti quattro tipi di utilizzo dell'IA nel processo: «utilizzi incoraggiati», comprendenti la valorizzazione del patrimonio giurisprudenziale, l'accesso al diritto e la creazione di nuovi strumenti strategici con riguardo soprattutto alle risorse da impiegare; «utilizzi possibili», tra cui rientrano l'aiuto nella redazione di tabelle per le controversie civili, il supporto alla risoluzione alternativa di controversie in materia civile, la soluzione di controversie *online* e l'utilizzo di algoritmi nelle indagini penali al fine di individuare dove sono stati commessi i reati; «utilizzi da valutare scientificamente prima di essere usati», come quelli che riguardano la profilazione dei magistrati e l'anticipazione delle decisioni dei tribunali (come nel caso della giurisprudenza CEDU); «utilizzi da valutare con le più ampie riserve», quali quelli compiuti attraverso i *software* COMPAS e HART o sistemi che impongano di seguire obbligatoriamente alcuni precedenti⁸¹.

In sintesi, il CEPEJ sembra ribadire – come aveva già fatto in precedenza – la necessaria “umanità” del giudicare contro l'uso degli automatismi generati dall'impiego degli algoritmi nel processo⁸².

⁸⁰ A tale proposito il documento mette in guardia soprattutto dal non sopravvalutare i benefici in termini di efficienza derivanti dall'uso di tali strumenti e nel ponderare bene i possibili svantaggi. Si riprende allargandone lo scopo quanto previsto dalla direttiva sulla protezione dei dati nel caso del *law enforcement*.

⁸¹ Sulla vicenda legata al caso COMPAS si v. A.L. WASHINGTON, *How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate*, in *Colo. Tech. L.J.*, 2018, vol. 17(1), 131 ss.

⁸² Nel suo parere n. (2011) 14 su “Giustizia e tecnologie dell'informazione (IT)”, il Consiglio consultivo dei giudici europei sottolinea che «l'introduzione dell'IT nei tribunali in Europa non dovrebbe compromettere i volti umani e simbolici della giustizia. Se la giustizia è percepita dagli utenti come puramente tecnica, senza la sua funzione reale e fondamentale, rischia di essere disumanizzata. La giustizia è e dovrebbe rimanere umana poiché si occupa principalmente delle persone e delle loro controversie». Cfr. CEPEJ, *Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*, 2016 che cita il CCJE Opinion No. (2011)14, para 6 (nostra

4. *Problemi pratici e teorici nell'uso degli algoritmi di IA all'interno del processo*

L'idea di un diritto prevedibile e calcolabile affascina molti. L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo nasconde una esigenza antica che riguarda l'ordinamento nel suo complesso ed esprime l'idea che la giustizia possa servire l'ordine economico al meglio.

Tuttavia, l'operazione dovrebbe tenere in conto che il diritto non è mera sotto-struttura del sistema economico e che per il "giuridico" valgono criteri etici e di giustizia sociale non suscettibili di quel genere di misurazione o calcolo tipico delle scienze matematiche e statistiche⁸³. Per molteplici ragioni chi opera nel campo del diritto sa che la *im*-prevedibilità, *in*-calcolabilità, *in*-decidibilità delle decisioni non sono il frutto solo di regole male applicate o di un diritto incerto ma di dinamiche con caratteri molto più ampi e risalenti nel tempo⁸⁴.

Da anni la dottrina parla di una «crisi della fattispecie giuridica» come conseguenza della crisi del modello epistemologico neopositivista applicato al diritto⁸⁵. Gli esiti sono molti: crisi della legalità, tramonto della centralità della legge come modello per eccel-

la traduzione). Sulla difesa della umanità del giudicare si v. C.V. GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9.07.2020. In generale sul tema si v. anche S. HUSTVEDT, *Le illusioni della certezza*, Milano 2018.

⁸³ R. RORDORF, *Editoriale*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 4 ss.

⁸⁴ L'*in*-calcolabilità e *im*-prevedibilità non dipendono solo dalla natura umana del decisore, così che se si arrivasse a sostituire il giudice-persona con un «robotgiudice» verrebbero meno: v. A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., 498. Si v. anche A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 7 ss. Sul tema in generale si v. N. IRTI, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2015, 17 ss.

⁸⁵ P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto post-moderno*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 17 ss.; E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976, 451 ss.

lenza di fonte del diritto⁸⁶, perdita della centralità del ragionamento sillogistico e apertura a nuovi metodi di costruzione delle regole attraverso l'interpretazione⁸⁷; perdita di valore della gerarchia delle fonti; difficoltà odierna di individuare il diritto applicabile in presenza di sistemi normativi e ordinamenti giuridici in competizione⁸⁸.

La difficoltà di individuare in maniera univoca le fattispecie giuridiche, la mancanza di certezza, la disomogeneità normativa, l'esistenza di lacune normative da colmare attraverso l'interpretazione o addirittura l'analogia frenano la possibilità di prevedere la soluzione di singole decisioni e dunque rendono difficile calcolare e prevedere la decisione.

È poco credibile, quindi, che in un sistema così complesso, articolato e fallibile sia possibile affidare la decisione ad un algoritmo.

Anche a tacere di questi problemi, vi sono fattori che impediscono la applicazione pura e semplice di meccanismi automatici alle decisioni. L'interprete deve sempre procedere a una ricostruzione e selezione dei fatti da sussumere nella fattispecie normativa. Tale attività (ricostruzione della "fattispecie storica") non è mai neutra, ma viene realizzata dal giudice sulla base di ciò che le parti dimostrano e dei suoi poteri istruttori.

Questi problemi devono essere reconsiderati alla luce del fatto che la tecnologia ha modificato le strategie conoscitive usate all'interno del processo, grazie a strumenti che prima non esiste-

⁸⁶ P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 4/2014, 921 ss.

⁸⁷ I precedenti mantengono comunque il loro peso nella decisione della singola controversia, ma con un tasso di imprevedibilità e incalcolabilità che non sono compatibili con la mera applicazione algoritmica: «la sentenza crea diritto nel momento stesso in cui lo applica: l'atto giudiziale insieme costituisce ed esaurisce». Cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit.

⁸⁸ Ai problemi della interpretazione e della difficile convivenza di ordinamenti multilivello si accompagna pure la mancanza di un centro unico di normazione per via della comparsa delle autorità amministrative indipendenti dotate di poteri normativi variamente vincolanti (*hard e soft law*).

vano e che stanno rivoluzionando il concetto di prova e di documento⁸⁹.

Vi è inoltre il rischio di un “effetto performativo” nelle operazioni di applicazione degli algoritmi alle decisioni giudiziarie⁹⁰. Così come rilevato dal Consiglio di Stato con riguardo alle “decisioni amministrative algoritmiche”, anche per il processo un diritto troppo calcolabile propenderebbe per la cristallizzazione e la cementificazione dei precedenti e incoraggerebbe il giudice a omologarsi al flusso delle decisioni passate, producendo risultati sempre uguali a sé stessi e, in ultima analisi, un difetto di motivazione per eccessivo affidamento nell’algoritmo⁹¹.

Le tecnologie, quindi, devono continuare a rimanere serventi⁹². Ma anche quando sono tali, non possiamo non continuare a porci problemi relativi all’effetto di “aumento” che l’impiego delle risorse digitali produce. L’uso delle tecnologie dell’informazione all’interno del processo mette in crisi il concetto di “documento”⁹³ e la sua “di-

⁸⁹ P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova: l'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino 2018, spec. cap. V.

⁹⁰ Nell’Allegato I alla Carta etica del CEPEJ si mette in guardia contro l’effetto performativo che deriverebbe dall’uso degli algoritmi nelle indagini penali al fine di individuare i luoghi in cui sono stati commessi i reati. Con riguardo al processo e all’amministrazione il tema è affrontato oramai in modo molto ampio dalla dottrina. Si v. sul punto C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 343; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, *ivi*, 3/2018, 872 ss.; R. BICHI, *Intelligenza Artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 7/2019, 1777; D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una “buona scuola”*, in *www.questionegiustizia.it*, 13.01.2020.

⁹¹ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali dell’amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2019, 1149 ss.

⁹² Come da più parti autorevolmente auspicato. Cfr. *infra multis* F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit.

⁹³ Si pensi in questo senso a quanto è accaduto tanto all’interno del processo penale dove hanno assunto la natura di oggetto (e prova) documentale anche og-

sponibilità”, ma determina soprattutto un salto immenso rispetto al passato, perché con esse la quantità di informazioni da processare è così vasta da determinare anche una trasformazione qualitativa del modo con cui gli stessi possono essere analizzati⁹⁴.

Va detto in chiusura sul punto che a tale conclusione si può arrivare anche seguendo l’interpretazione del diritto positivo. Sulla base della interpretazione del reg. (UE) 2016/679 si deve desumere che le tecniche di IA devono rimanere strumentali e di ausilio rispetto all’attività del giudice, il quale non può essere messo di fronte ad *automatismi applicativi* dipendenti dall’esito di procedure algoritmiche⁹⁵, anche se fondate sui precedenti giurisprudenziali.

Perché queste tecniche siano accettate anche nel contesto giudiziario, dunque, la loro posizione ha da rimanere servente rispetto al giudice persona e non cercare di dominarlo⁹⁶.

5. *Principi della giurisdizione e tecnologie*

In termini generali, l’uso della tecnologia nei sistemi giudiziari

getti privi di una originaria funzione documentativa. M.K. BUCKLAND, *What is a “document”?*, in *J. Am. Soc. Inform. Sc.*, 1997, vol. 48(9), 808 s.

⁹⁴ G. D’ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino 2018, 265 s.

⁹⁵ Il problema della «dittatura degli algoritmi» derivante dai trattamenti automatizzati è stato già evidenziato da S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari 2014 con riguardo al tema della protezione dei dati.

⁹⁶ Secondo l’art. 22 del reg. GDPR, che abroga la precedente direttiva in materia (art. 15) «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». Emerge chiaramente la preoccupazione di evitare che l’intero processo decisionale possa essere affidato ad un giudice-robot, utilizzando appunto i dati personali del singolo.

impatta tre aspetti tra di essi strettamente interrelati: 1) i principi che sovrintendono l'esercizio del potere giudiziario da parte dei giudici; 2) la fiducia delle persone nei confronti dei servizi legali in generale; 3) la forza della *rule of law* di regolare la vita quotidiana delle persone⁹⁷.

Per ragioni di spazio e di competenza scientifica ci concentriamo solo sul primo punto. C'è una certa analisi accademica dell'impatto della tecnologia sui principi che sovrintendono i sistemi giudiziari, sia quelli che sono previsti espressamente nella Costituzione (ad esempio: trasparenza, *accountability*, autonomia e indipendenza, imparzialità) sia quelli che emergono nella pratica (come, ad esempio, efficienza e diversità). Occorre notare, come hanno già correttamente evidenziato altri autori⁹⁸, che l'impatto della tecnologia sui valori giudiziari e sui tribunali in quanto istituzioni non modella solo la risoluzione delle controversie, ma anche la capacità delle corti di realizzare i valori in questione a vantaggio di tutta la società⁹⁹.

I primi principi che vengono in evidenza sono la trasparenza e l'*accountability*. La trasparenza, spesso citata insieme al principio dell'*open justice*, è uno dei valori giudiziari più ampiamente accettati. Si richiede trasparenza sul lavoro e sulle operazioni dei tribu-

⁹⁷ D. PIANA, *op. cit.*, 8 s.

⁹⁸ C. CASTELLI - D. PIANA, *op. cit.*, 25 s.

⁹⁹ È evidente però che pur con tali nuovi obiettivi alla tecnologia non si può dare un ruolo che va oltre quello di "veicolo dinamico" capace di rendere migliore l'interazione del cittadino con gli assetti istituzionali e strutturali propri dell'organizzazione giudiziaria, riscrivendone la sua relazione con la dinamica del processo e, per il suo tramite, con tutti gli attori sociali. Il tema è già da tempo approfondito nella letteratura che si occupa tanto della giustizia digitale quanto della cittadinanza digitale: v. F. CONTINI - R. MOHR - M. VELICOGNA, *Formula over Function? From Algorithms to Values in Judicial Evaluation*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2014, vol. 4(5), 1099 ss. Sul punto intervengono anche A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit. 86 s.

nali. La trasparenza è strettamente correlata alla *accountability* fornendo strumenti per forme di controllo.

Nel contesto giudiziario, la responsabilità è spesso intesa come «l'impegno a garantire che i valori di indipendenza e imparzialità siano adeguatamente dispiegati nell'interesse pubblico, piuttosto che nell'interesse dei giudici stessi»¹⁰⁰. Sia la trasparenza che la responsabilità sono necessarie affinché gli individui comprendano i motivi delle decisioni che li riguardano e apprendano come le decisioni future potrebbero influenzarli, nonché per fidarsi dei tribunali più in generale. Oggi i tribunali e le corti sono molto più trasparenti grazie all'uso delle tecnologie. Non vi è solo la pubblicazione *online* delle decisioni, ma tutta una serie di strumenti tecnologici che consentono di rendere i cittadini più consapevoli delle decisioni assunte dai giudici.

Il tema della trasparenza si connette poi agli aspetti legati alla possibile opacità delle decisioni prese attraverso gli algoritmi di *Machine Learning*, come abbiamo visto nel caso COMPAS¹⁰¹.

I secondi principi che emergono nel nostro discorso riguardano l'autonomia e indipendenza. Sebbene tali valori costituzionali seguano molto quanto abbiamo detto in precedenza, dato che le tecnologie rendono certamente un favore all'indipendenza grazie alla maggiore trasparenza di alcune procedure, è vero anche che l'uso di *software* proprietari nel processo impedisce una valutazione approfondita degli strumenti di IA utilizzati¹⁰². Il ricorso a – o anche la delega di una decisione a – uno strumento segreto è in contrasto con il valore dell'indipendenza della magistratura, che richiede che i giudici siano in grado di verificare e comprendere in

¹⁰⁰ Cfr. A. DODEK - R. DEVLIN, *Regulating Judges*, London 2016, 9 (trad. mia).

¹⁰¹ J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, vol. 3(1), 1 s.

¹⁰² Su questo v. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

modo indipendente le prove di un esperto¹⁰³. Il fatto che i tribunali non abbiano (e non siano in grado di acquisire) conoscenze sul funzionamento di uno strumento automatizzato ha probabilmente un impatto significativo sui giudici stessi e sulla loro comprensione del ruolo giudiziario¹⁰⁴.

Il terzo principio è l'imparzialità, intesa come qualità di non favorire una parte o una parte più dell'altra. È uno dei tratti distintivi del giudicare in un ordinamento democratico e in vera l'assenza di pregiudizi o errori da parte del decisore. Questo è importante sia per le determinazioni individuali sia per mantenere la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario. In questo senso l'imparzialità è anche un aspetto dell'eguaglianza o dell'erogazione di una giustizia equa, in quanto casi simili sono trattati allo stesso modo. Questo concetto di parità di trattamento è fondamentale per considerare l'impatto della tecnologia sul ruolo giudiziario. In relazione all'assenza di pregiudizi, le nuove forme di tecnologia della comunicazione, in particolare l'ascesa dei *social network* e delle piattaforme dei social media, hanno messo in discussione le concezioni su come i giudici dovrebbero interagire in modo lecito con avvocati e altri. La tecnologia può anche rafforzare l'imparzialità dei giudici. Ad esempio, i sistemi di supporto alle decisioni potrebbero essere progettati per garantire che i decisori prendano in esame le considerazioni pertinenti e ignorino quelle irrilevanti e che i criteri siano applicati in modo standardizzato, migliorando la coerenza del processo decisionale.

A quanto consta, i progetti di giustizia predittiva di cui si è parlato dovrebbero aiutare a ridurre l'incoerenza nelle sentenze, for-

¹⁰³ Come ha rilevato il nostro Consiglio di Stato nelle note sentenze relative all'algoritmo usato per le procedure di assunzione del piano "Buona Scuola". Su tale tema M. FERRARI, *Il vantaggio della responsabilità concorsuale da uso "organizzato" di algoritmi*, in *Ragion pratica*, 2/2021, 405 s.

¹⁰⁴ R. BRIGHI, *Informatica forense, algoritmi e garanzie processuali*, in *Ars interpretandi*, 1/2021, 157 s.

nendo un migliore e più agevole accesso ai modelli storici delle decisioni. Alcuni affermano che sistemi automatizzati adeguatamente progettati e testati consentono di controllare o rimuovere i pregiudizi umani dal processo decisionale¹⁰⁵.

Un altro modo in cui la tecnologia – in particolare il *Machine Learning* usato nel processo decisionale giudiziario – potrebbe essere utilizzata è illustrare o portare alla luce l'esistenza di decisioni anomale o modelli di processo decisionale all'interno della magistratura. Un esempio è il lavoro dei ricercatori della Macquarie University che hanno creato un programma di riciclaggio per analizzare i modelli di processo decisionale giudiziario nei casi di migrazione ascoltati presso la *Federal Circuit Court*¹⁰⁶.

Gli ultimi principi riguardano la diversità e l'efficienza. Il concetto di diversità è un'aggiunta più recente al compendio dei valori costituzionali del giudiziario. È di per sé una nozione ampia – di cui si ha traccia soprattutto nei paesi di lingua inglese – che comprende differenze di posizione geografica, razza, etnia, genere, cultura, età, istruzione, disabilità, fede e sessualità¹⁰⁷. Nel contesto giudiziario, la diversità potrebbe includere il *background* professionale e l'istruzione. Naturalmente, i tratti personali, specialmente quelli che sono immutabili, sono solo aspetti degli individui. Le persone possono identificarsi con più gruppi e non dovrebbero essere assunti punti di vista o atteggiamenti particolari basati sul-

¹⁰⁵ J. THORNTON, *Cost, accuracy, and subjective fairness in legal information technology: A response to technological due process critics*, in *NY Univ. L. Rev.*, 2016, vol. 91(6), 1821 s.

¹⁰⁶ H. COHEN, *Who watches over our judges?*, in *Background Briefing*, 8.09.2019 (www.abc.net.au/radionational/programs/backgroundbriefing/judge-street-under-scrutiny-again-v2/11480818).

¹⁰⁷ A. MENTOVICH - J. PRESCOTT - O. RABINOVICH-EINY, *Are Litigation Outcome Disparities Inevitable? Courts, Technology, and the Future of Impartiality*, in *Alabama L. Rev.*, 2019, vol. 71(4), 893 ss.; M.L. BREGER, *Making the invisible visible: Exploring implicit bias, judicial diversity, and the bench trial*, in *Univ. of Richmond L. Rev.*, 2018, vol. 53(4), 1039 ss.

l'identità. Anche qui l'uso delle tecnologie potrebbe portare ad effetti benefici e alla eliminazione dei pregiudizi che si potrebbero annidare nelle decisioni.

Infine, l'efficienza che è un valore altamente rilevante per la tecnologia. L'uso più comune del termine "efficienza" è per indicare sia l'efficacia che la tempestività. Ciò contrasta con l'uso del termine in economia, che tradizionalmente invoca il concetto di massimizzare il benessere della società, sebbene considerazioni chiaramente simili siano rilevanti anche ai fini dell'efficienza in ambito giudiziario. Come discusso, la maggior parte dei progetti tecnologici all'interno dei tribunali mirano ad aumentare l'efficienza, soprattutto in termini di tempo risparmiato. Tuttavia, la magistratura ha un rapporto complesso con le nozioni di efficienza: l'obbligo di aumentare la velocità e ridurre i costi dei procedimenti non deve andare a scapito della giustizia. Allo stesso tempo, l'efficienza è vista come parte della giustizia individuale ("giustizia ritardata è giustizia negata"), quindi la discrezionalità dei giudici dovrebbe essere esercitata tenendo presenti questi requisiti. Ciò è particolarmente vero poiché il ritardo può anche aumentare il danno presumibilmente causato. Tuttavia, l'equità procedurale, un elemento essenziale per la giustizia, comporta necessariamente costi e ritardi. Perciò, la tensione tra giustizia ed efficienza è intimamente difficile¹⁰⁸. Ad esempio, l'uso di collegamenti video può ridurre i costi e i tempi delle udienze.

¹⁰⁸ Come emerge dagli studi dell'OCSE e dalle indagini del CEPEJ già indicate, la tecnologia sarebbe per tale ambito uno «strumento di razionalizzazione dell'azione istituzionale», un modo per garantire «accesso e trasparenza a informazioni e logiche decisionali» e un mezzo per ottimizzare decisioni istituzionali, ma deve essere usata con molta cautela per l'effetto dirompente che avrebbe sulle procedure e sull'autonomia stessa dei magistrati. A questo proposito si v. anche le conclusioni della riunione del 26-27 giugno 2014 del Consiglio d'Europa (www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/143478.pdf).

Una limitazione degli strumenti automatizzati applicati in ambito legale è la loro attuale incapacità di aiutare nella determinazione delle controversie nelle quali occorre ricostruire i fatti¹⁰⁹. L'automazione di controversie di modesta entità o controversie familiari, ad esempio, si basa su fatti concordati o ammessi. In un'area come quella delle condanne, invece, i fatti sono già stati determinati, portando alcuni commentatori a sostenere che si tratta di un'area ideale per l'applicazione di sistemi automatizzati¹¹⁰. Tuttavia, l'uso di algoritmi di valutazione del rischio come unico fattore nel processo decisionale giudiziario può non essere particolarmente efficiente, almeno per quanto riguarda i giudici. Essi dovrebbero comunque considerare tutti gli altri fattori e gli argomenti sollevati dalle parti. Oltretutto, l'aggiunta della necessità di una *accountability* degli strumenti di IA usati – per i noti problemi di opacità e pregiudizi discussi sopra – può aumentare la complessità del processo decisionale.

6. Spunti conclusivi

Questo saggio ha cercato di mettere in evidenza che le applicazioni degli strumenti dell'intelligenza artificiale al diritto rappresentano una possibilità concreta se collocate entro una cornice non solo tecnica ma anche teorica e pratica adeguata. Gli esempi di investimento nella maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie si espongono a non poche critiche da parte sia dei tecnici che degli studiosi del diritto. Tali critiche non sono contro l'idea di una pre-

¹⁰⁹ Come emerge da N. ALETRAS - D. TSARAPATSANIS - D. PREOȚIUC-PIETRO - V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights*, cit.

¹¹⁰ Tali strumenti potrebbero aumentare l'efficienza se utilizzati nel patteggiamento.

vedibilità¹¹¹, ma contro quel modo di intendere il diritto che per essere al passo con i tempi avvolge la pratica giuridica in una tiepida e rassicurante coltre di vocaboli provenienti dalle scienze computazionali, come appunto la parola *predizione*.

In realtà si tratta di parole che sono il frutto di una «distopia costituzionale»¹¹², più che di una attenta e meditata valutazione della realtà giuridica e delle possibilità tecniche. Non va sottaciuto che anche laddove si dovesse realizzare un effetto predittivo con algoritmi applicati alle decisioni giudiziarie non si parlerebbe di una giustizia che pre-decide ma di algoritmi che riscontrano correlazioni al fine di prevedere accadimenti nel futuro¹¹³.

Ad oggi, quindi, la possibilità più concreta e corretta è avere un “supporto” o un aiuto di ricavare più informazioni, di conoscere gli orientamenti esistenti, di capire l’impatto di una decisione, ovvero che permetta di decidere disponendo di tutti gli elementi e con una cognizione incommensurabilmente superiore al passato.

Guai però a sottovalutare le prospettive di impiego dell’intelligenza artificiale nel giudicare. I rapidi mutamenti apportati dalla tecnologia ai sistemi giudiziari in tutto il mondo aprono un «nuovo inizio e non una nuova fine»¹¹⁴. La rivoluzione digitale influenza il “pensiero”¹¹⁵ del giurista e la stessa legittimazione del potere giuri-

¹¹¹ Come ben mette in luce R. RORDORF, *Editoriale*, cit., 5 «È sacrosanto [...] ricondurre il più possibile le decisioni giurisdizionali a criteri razionali che ne consentano la tendenziale prevedibilità, ma a patto di riconoscere che si tratta pur sempre di una prevedibilità tendenziale, e perciò relativa, destinata eventualmente a recedere di fronte alla necessità di adeguare il giudizio alle peculiarità di ciascun singolo fatto».

¹¹² Prendiamo in prestito l’espressione dal recente volume di A. CARDONE, “*Decisione algoritmica*” vs *decisione politica?* A.I. *Legge Democrazia*, Napoli 2021, 157 s.

¹¹³ S. LEBRETON-DERRIEN, *La justice prédictive*, cit., 4.

¹¹⁴ J. TOMLINSON, *op. cit.*, 17.

¹¹⁵ Si ha quella che una parte della dottrina ha chiamato «espansione del perimetro conoscitivo del giudice»: cfr. P. COMOGLIO, *op. cit.*, 100.

dico¹¹⁶. L'abbondante letteratura sul tema – soprattutto anglosassone – dimostra che la tecnologia digitale è divenuta un “polmone” esterno di legittimità del diritto. Dopo essersi svincolato dalla trascendenza religiosa e dal diritto naturale, i giuristi hanno acquisito nuove *sovrastrutture* che possono garantire il fondamento del diritto. Dopo la storia, l'economia, la letteratura, oggi è venuta l'ora del paradigma determinista della prevedibilità¹¹⁷, che ha poco a che fare con la certezza del diritto come siamo soliti intenderla, ma che si impone grazie alla mostruosa forza pratica delle scienze computazionali¹¹⁸. In tal modo il diritto cerca il proprio punto di riferimento in una risorsa completamente astratta, che ha poco di umano, alla quale deve fare attenzione, perché sempre cerca di ingabbiarlo con i suoi automatismi.

La digitalizzazione agisce infatti moltiplicando gli automatismi e imponendoli come vere e proprie regole capaci di una forza maggiore delle regole giuridiche. Quando tali tecniche si diverranno pervasive occorrerà prestare molta attenzione alle possibili violazioni del principio di eguaglianza e alle discriminazioni che la tecnica può determinare¹¹⁹. Il digitale, infatti, nasconde regole che possono essere molto più intrusive di quanto non lo siano norme che provengono dall'etica o dalle leggi sociali¹²⁰.

¹¹⁶ S. MANNONI, *Millenarismo 2.0: il diritto al cospetto della nuova era digitale*, Napoli 2016.

¹¹⁷ Una certa parte della dottrina francese parla con riguardo alla prevedibilità realizzata con la digitalizzazione di una *factualisation*, intesa come la trasformazione pura e semplice di dati di diversa specie, come i dati giuridici, in meri dati informatici. Cfr. D. CHOLET, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, in *Arch. phil. droit*, 2018, vol. 60(1), 233.

¹¹⁸ N. LETTIERI, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in *Ars interpretandi*, 1/2021, 83 ss.

¹¹⁹ A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove diseguaglianze*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini e G. Scaccia, Torino 2020, 191 ss.

¹²⁰ Secondo A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit. , 95 «l'inestricabile forza espressiva e la performatività di tale approccio è imputabile

Per tali ragioni le regole processuali dovranno necessariamente farsi carico di garantire nuovi diritti fondamentali, come la protezione dei dati, la segretezza delle informazioni, la trasparenza, il diritto di difesa e l'eguaglianza nell'accesso alla difesa, la protezione contro le discriminazioni e le responsabilità nel caso di errore o di cattivo funzionamento secondo una latitudine che implica gli automatismi creati dalle macchine¹²¹. È in questa ottica che i documenti internazionali – come la Carta del CEPEJ – o altre iniziative a livello europeo e alcune prese di posizione a livello statale – come quelle messe in atto dalla nostra magistratura amministrativa – sottolineano che gli algoritmi devono rimanere uno strumento di sostegno all'azione del giudice di cui egli stesso può avvalersi per prendere decisioni.

A ciò si aggiunge pure il non trascurabile elemento legato al fatto che molte delle tecnologie impiegate nei sistemi giudiziari sono detenute da aziende private che potranno così interferire in maniera diretta nella tutela dei diritti delle persone. Il digitale non è infatti uno strumento neutro e la capacità di interferire nella vita delle persone deve sempre essere monitorata e controllata adeguatamente.

La speranza è, dunque, che si possa sviluppare una regolazione capace di aiutare i cittadini e la società civile a vigilare sull'uso del digitale nella giustizia, monitorandone la conformità alla Costituzione e alle leggi. Insieme a ciò sarà necessario investire in quei sistemi, anche tecnologici, che permettono ai cittadini di tutelarsi ed esercitare un controllo sui possibili abusi derivanti dall'uso dell'IA

alle proprietà stesse della scrittura digitale». Il tema si connette anche ai problemi del «digital enforcement», su cui A. DÍAZ ANDRADE - A.A. TECHATASSANASOONTORN, *Digital enforcement: Rethinking the pursuit of a digitally-enabled society*, in *Inform. Systems J.*, 2021, vol. 31(1), 184 ss.

¹²¹ G. LUPO, *Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary*, in *Eur. Quart. Pol. Attit. Ment.*, 2019, vol. 8(2), 75 ss.

nel processo¹²². In tale prospettiva il ruolo del costituzionalista e del diritto costituzionale sarà decisivo¹²³.

¹²² Interessante in questo senso è il progetto “CLAUDETTE” (CLAUse DE-TecTEr) di un gruppo di ricercatori italiani. Si v. a tale proposito F. LAGIOIA - G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale per i diritti dei cittadini: il progetto Claudette*, in *Ragion pratica*, 1/2020, 87 ss.; M. LIPPI - P. PAŁKA - G. CONTISSA - F. LAGIOIA - H.-W. MICKLITZ - G. SARTOR - P. TORRONI, *CLAUDETTE: An Automated Detector of Potentially Unfair Clauses in Online Terms of Service*, in *Artif. Intell. & L.*, 2019, vol. 27(2), 117 ss.

¹²³ A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in AA.VV., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.-U. Galletta, Torino 2020, 39 ss.