

## Machina iuris-dicere potest?

Ugo Ruffolo\*

MACHINA IURIS-DICERE POTEST?

ABSTRACT: With the development of increasingly advanced A.I. systems, it has been suggested on several fronts to make use of predictive algorithms in the jurisdictional system, in the analysis of the cases and formulation of decisions, should they be capable of iuris-dicere like human judges. With a view to ensure the absolute primacy of human decision, the AI-based predictive machine could then support (and not completely replace) the human judge in his/her ruling. In the same way as an Advocate General, the conclusions rendered by the algorithm could thus constitute a mandatory but not binding opinion, which the human judge remains free to disregard, by giving his/her reasoned decision.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; predictive algorithm; justice system; robotic sentencing; predictive justice

SOMMARIO: 1. Una proposta per una virtuosa interazione tra giudice *bouche de la loi* e *machina sapiens* – 2. Certezza del diritto, capacità di analisi della *machina* e prevedibilità delle decisioni – 3. La integrazione uomo-macchina nella funzione giudicante – 4. La *machina* può censire un diritto (ritenuto) “incalcolabile”? E può garantire la possibilità di giurisprudenza evolutiva? – 5. In quale misura il giudice umano è davvero infungibile? – 6. La *machina* “Avvocato Generale” come strumento per ricondurre il giudizio secondo “valori” a quello secondo diritto? – 7. La gestione dell’opacità della decisione algoritmica – 8. Riflessioni conclusive: verso un ruolo ancillare, ma da ritualizzare, della *machina* quale “Avvocato Generale” ausiliario del giudice umano.

### 1. Una proposta per una virtuosa interazione tra giudice *bouche de la loi* e *machina sapiens*

**A**lla attività di *iuris-dicere* Montesquieu assegnava la funzione di *bouche de la loi*. Era il corollario della tripartizione dei poteri, poi cardine della rivoluzione francese, matrice degli ordinamenti continentali, che affidava al giudice-funziario il (solo) compito di traduzione del comando astratto nel caso concreto (il “*da mihi factum, dabo tibi ius*”).

È il concetto weberiano di *facti species*, la dottrina della fattispecie, e dunque il giudizio come riconduzione di un fatto specifico a caso particolare dello schema astratto (fattispecie) preveduto dalla norma. È un metodo “sistematico” (dal generale al particolare), quello continentale, figlio della filosofia tedesca, che esalta il primato della legge ed assegna al giudice il compito di fungerne da assetta *bouche*, da macchina umana che “calcola” il diritto e lo applica. È un sistema, nato da una rivoluzione “di classe”, quella francese, che ha fisicamente eliminato una classe, quella aristocratica, letteralmente decapitandola, e che esalta il primato della legge e garantisce che il giudice sia effettivamente terzo,

\* Professore ordinario di Diritto Civile, Università di Bologna. Mail: [studio.roma@studioruffolo.it](mailto:studio.roma@studioruffolo.it). Contributo sottoposto alla valutazione del Comitato di direzione.

limitandosi ad applicare la legge votata dai corpi elettivi. In una società nata da un conflitto fra “classi” si sceglie, così, il giudice-macchina, il giudice-funziionario, garantendosi che sia impersonale voce della legge. È la legge, e non il giudice che la applica, ad essere “uguale per tutti”, la garanzia per i cittadini; i quali, anzi, sono garantiti “contro” il giudice, ove travalichi la legge.

Diversamente, nei sistemi di *common law*, nati non da una rivoluzione, ma da un “riformismo” e da un patto tra classi mutuamente riconoscentesi come legittime (la Gran Bretagna ha ancora una regina ed una Camera dei Lord), non si teme che il giudice sia “di classe”. E dunque il giudice è effettivamente un terzo al quale chiedere il “suo” giudizio, anche d’equità. La sentenza diventa una sorta di norma del caso concreto, con l’effetto ultrattivo o paranormativo, anzi, conferitole dallo *stare decisis*; che consente di astrarre, dal caso particolare, la regola generale. È il percorso inverso della fattispecie; o, se si vuole, il percorso inverso per costruirla.

Tale sistema “empirico” – non a caso nato nell’alveo dell’empirismo inglese – affida al giudice, effettivamente “terzo” e così considerato dall’ordinamento quanto dalla coscienza sociale, un compito che sta a metà fra il *ius dicere* ed il *ius facere* nel caso particolare, con lati poteri di decidere secondo equità; e dunque sulla base non solo di norme e principi legali ma altresì secondo valori, con maggior tendenza verso la sentenza (considerata) “giusta” (dal giudicante) piuttosto che la sentenza “esatta”. Mentre, nel differente universo del giudice-funziionario, privo di investitura sociale a “fare giustizia”, quel giudice è vincolato ad essere “macchina”, che “calcola” ed applica la legge e giudica secondo norme e principi, ma non secondo “valori”<sup>1</sup>.

Si istituzionalizzava, così, il giudice come *machina sapiens* umana, incaricata di rinvenire non la soluzione soggettivamente ritenuta giusta, ma quella oggettivamente esatta in quanto rispondente al comando generale ed astratto della legge (*bouche de la loi*, appunto). Ove la macchina robotica sappia farlo (se non oggi, quantomeno domani), essa potrebbe in teoria rappresentare il tramite oggettivo e tra-duttivo perfetto tra caso specifico e norma. E sarebbe, dunque, nel prossimo futuro possibile (ed auspicabile?) ritualizzare il ruolo dell’algoritmo predittivo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961.

<sup>2</sup> In tema di Intelligenza Artificiale, giustizia predittiva e sentenza “robotica”, v. K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, 2017; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all’algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 2017, 313 ss.; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, 281 ss.; R. BERK, *Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings*, Cham, 2019; R. BICHI, *Intelligenza artificiale e diritto - Intelligenza artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 7, 2019, 1773 ss.; L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, 395 ss.; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2020; A. CAPPELLINI, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, 353 ss.; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019 (si richiamano, in particolare, i contributi di A. CARCATERRA, M.R. COVELLI, D. DE KERCKHOVE, L. DE RENZIS, N. IRTI, M. LUCIANI, G. MAMMONE, M. MAUGERI, F. PATRONI GRIFFI, A. PUNZI, E. VINCENTI); ID. (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato - I precedenti*, Bologna, 2018 (si richiamano, in particolare, i contributi di G. ALPA, F. ANELLI, R. BICHI, G. CANZIO, C. CONSOLO, P. CURZIO, M. DE FELICE, A. GAMBARO, R. GUASTINI, F. PATRONI GRIFFI, A. PROTO PISANI, R. RORDORF, M. TARUFFO, R. VACCARELLA); ID. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 (si richiamano, in particolare, i contributi di G. CANZIO, M. DE FELICE, G. DE NOVA, A. DI PORTO, N. IRTI, M. NUZZO, V. ONIDA, F. PATRONI GRIFFI, P. ROSSI); C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2019; E.M. CICONI, *Linguaggio giuridico e Intelligenza Artificiale*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 59 ss.; A. D’ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020 (si richiamano, in particolare, L. AULINO, C. CASONATO, A. D’ALOIA, F. DONATI, A.

Chiediamoci, allora: la natura umana del giudicante è indispensabile? Pur anticipando che, come si dirà, il primato, e la libertà di decisione, del giudice umano debbono comunque restare indiscussi, alla *machina sapiens* potrebbe (dovrebbe?) oggi assegnarsi, ritualizzandolo, un nuovo ruolo, seppur ancillare e subalterno. Altro è invece la infungibilità etica o sociale del giudice umano, e la irrinunciabilità del suo ruolo, quali che siano le capacità della macchina di farne le veci. Ma, ove la macchina avesse, almeno in parte, tali capacità, potrebbe riaffermarsi la primazia del giudice umano, prevedendo, però, che egli sia vincolato ad operare coadiuvato dalla macchina, sempre nel rispetto del più generale principio – anche eurounitario – dello *human in command*, ispiratore della ben nota norma (art. 22 del Regolamento 2016/679<sup>3</sup>) che inibisce la decisione automatizzata ed autonoma, con ridotte eccezioni, sempre subordinate al consenso degli interessati.

## 2. Certezza del diritto, capacità di analisi della machina e prevedibilità delle decisioni

Possiamo in questa sede sottrarci al compiuto esame sia dell'affascinante interrogativo circa la "calcolabilità" del diritto, sia del tema delle analogie e differenze fra calcolabilità e prevedibilità nell'analisi giuridica; ed, in specie, fra astratta calcolabilità del diritto e concreta prevedibilità della specifica sentenza come previsione algoritmica dell'esito d'una controversia giudiziale. Ci limitiamo, allora, a

---

SIMONCINI); D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 5, 2018, 385 ss.; 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.; E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, 1305 ss.; C. GIANNACARI, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 623 ss.; N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2018, 1177 ss.; ID., *Un diritto calcolabile*, Torino, 2016; E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY, *Digital justice - Technology and the internet of disputes*, Oxford, 2017; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872 ss.; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, 402 ss.; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2019, 198 ss.; V. MORIGNAT, *L'IA, dalle predizioni alle decisioni*, in A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, Bari, 2020, 63 ss.; J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018; Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Court de Cassation, *La justice prédictive. Actes du colloque du 12 Février 2018 organisé par l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine PSL*, Parigi, 2018; D. PIANA, *Intelligenza artificiale nel processo: la sfida sarà insegnarle l'etica*, in *Il dubbio*, 5 marzo 2019; S. PIETROPAOLI, *Fine del diritto? L'intelligenza artificiale e il futuro del giurista*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 107 ss.; G. RICCIO, *Ragionando su processo penale e Intelligenza Artificiale*, in A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, cit., 35 ss.; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 2, 533 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza Artificiale e diritto - Perché le tecnologie di I.A. sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 63 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 37 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2001, 11 ss.; L. VIOLA (a cura di), *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2019; G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2020, 277 ss.

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", art. 22.

constatare un dato empirico, ma scientificamente testato: quello dell'elevato tasso di prevedibilità delle sentenze da parte della *machina sapiens*.

Il giudice robotico, dunque, si caratterizzerebbe, da un canto, come più limitato ma, dall'altro, più performante rispetto al giudice umano. La macchina non mangia, non dorme, non ha crisi sentimentali, né sbalzi d'umore, né preferenze personali o ideologiche; e, soprattutto, esamina sempre tutto il fascicolo, "processa" tutti gli atti (e non è poco) ed ha illimitato accesso a tutte le fonti normative ed a tutti i precedenti giudiziari, le pubblicazioni ed i dati reperibili *online*. Per contro, la macchina ragiona per inferenza e non per deduzione causale, ed opera con comprensione sintattica ma non semantica, sapendo selezionare i significanti e non i significati. Ed è priva sia di empatia che di comprensione emotiva, e comunque di "immedesimazione".

La *machina* è, dunque, fredda e dis-umana; ma è già "intelligente", e comunque razionale, e sarà in prospettiva ancor più *sapiens*. Essa riesce a pre-vedere il futuro comportamento dei giudici con ragionevole approssimazione; e come macchina predittiva si è anzi rivelata più affidabile, statisticamente, dei giuristi umani. Si consideri del resto che, quantomeno nel pensiero di *common law*, il diritto è la scienza che studia il futuro comportamento dei giudici, sulla scorta della nota definizione di Holmes (1897): «the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»<sup>4</sup>.

Distinguendo fra sentenza robotica e giustizia predittiva, si propone, allora, un sistema che salvaguardi il primato della decisione umana e la assoluta libertà di giudizio del giudice-uomo, e però gli affianchi, con funzione servente ma ritualizzata, una sorta di Avvocato Generale-macchina, le cui "conclusioni" costituiscano un "parere" obbligatorio ma non vincolante, un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata.

Da un canto, va riaffermata la superiorità e titolarità umana della *iuris-dictio*, anche in ossequio al più generale principio, che è anche orientamento eurounitario, dello *human in command*: il già citato art. 22 del Regolamento UE 2016/679 sancisce il diritto a non essere sottoposti a decisioni produttive di effetti giuridicamente rilevanti basate «unicamente sul trattamento automatizzato».

Da un altro canto, va considerato che il già attuale sviluppo di algoritmi di giustizia predittiva tende a consegnare al ricorso ai medesimi la ragionevole previsione circa la valutazione futura dei giudici sul proprio comportamento, così storicizzandosi la concreta percezione della "certezza" del diritto e dello stesso stato di diritto<sup>5</sup>.

### 3. La integrazione uomo-macchina nella funzione giudicante

Sembra, dunque, seriamente proponibile la "ufficializzazione" del ruolo della previsione algoritmica nella decisione delle controversie, con funzione ancillare, ma ritualizzabile, quantomeno nel processo civile ed in quello amministrativo. Da quelle conclusioni il giudice umano avrà ogni libertà di discostarsi,

<sup>4</sup> O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Rev.*, 10, 8, 1897, 457 ss.

<sup>5</sup> Sul tema, si rimanda al breve quanto significativo saggio di L. ENRIQUES, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 295 ss., che pone il problema della responsabilità degli amministratori societari quando si discostino dai suggerimenti degli algoritmi come "esperti degni di fiducia", e si interroga sul "dovere di consultarli" e sulla "sudditanza" nei loro confronti.

ma dandone conto e motivando le ragioni di decisione difforme. Ufficializzando, così, il ruolo della *machina*, ma lasciando al giudicante umano l'egemonia e libertà massima di decisione.

Potrebbero, così, conciliarsi le esigenze di certezza del diritto (di sentenza umanamente pre-vedibile) con quelle di giurisprudenza evolutiva, capace di adeguare la norma – senza però forzarla – ai mutati contesti sociali; ma anche di deterrenza, e maggior controllo, rispetto a quella ingiustificatamente “creativa”, sulla base di un rinnovato riconoscimento del primato del giudice umano e della sua libertà (ma non arbitrio) nel decidere. Il giudice umano resterebbe libero di discostarsi dalle previsioni o conclusioni algoritmiche, tanto rilevandone la erroneità quanto motivando una interpretazione evolutiva adatta ad una realtà mutata; mentre rimarrebbe assicurata maggior trasparenza, e sia controllo che consenso sociale, rispetto alla decisione umana.

In tempi di transumanesimo portato sino al tecno-umanesimo, e di *contaminatio* sempre più spinta fra l'opera dell'uomo e quella della macchina intelligente – si pensi al chirurgo umano che opera governando una *machinery* chirurgica *smart* – la interazione uomo-macchina nell'attività giudiziale meriterebbe d'essere ritualizzata seguendo la proposta che abbiamo fin qui formulato. Sarebbe, questa, la «interazione feconda tra uomo e macchina», sì che «la decisione non sarà né solo dell'uomo né solo della macchina», ponendosi una «determinazione reciproca», sul modello della «guida assistita» nelle automobili<sup>6</sup>. Il paragone è illuminante. E ben si attaglia alla proposta qui avanzata di mantenere intatto ogni potere decisorio in capo al giudice umano, formalizzando però il ruolo della *machina sapiens* come una sorta di Avvocato Generale, le cui conclusioni possono essere motivatamente disattese ma non ignorate.

La soluzione proposta non scalfisce il primato ed il ruolo del giudice umano. Semplicemente, lo vincerebbe “anche” a consultare un algoritmo predittivo capace di coadiuvarlo e di rappresentargli sia una soluzione informata (l'opera dell'algoritmo è molto più veloce e completa nel compulsare il groviglio dei dati normativi come dei precedenti giurisprudenziali), sia quella che sarebbe la ragionevole aspettativa (la pre-visione) dei giudicandi (lo stato di diritto si fonda sulla pre-vedibilità della norma applicabile).

I parallelismi fra la capacità ed affidabilità del decisore umano e di quello algoritmico appaiono non di rado inficiati da pre-giudizi riduttivamente antropocentrici. Nella comparazione, qualche volta si dimentica che il nostro è un giudice-funzionario, nominato e non eletto, con funzioni di *bouche de la loi*, alla quale è asservito, e non è di norma un giudice d'equità e, dunque, legislatore del caso concreto. Egli è scelto, poi, sulla base di una verifica iniziale delle sole capacità tecniche e non di quelle d'empatia, o equilibrio, o altre particolari qualità umane. Che mai neppure vengono censite o verificate.

I parallelismi uomo-macchina *decidens* sono spesso ineguali: si prende a modello una concezione riduttiva della seconda e si promuove a pietra di paragone il giudice (o l'arbitro) umano ideale, e non quello reale. Si dimentica che, nella vita reale, i fascicoli sul tavolo del giudice sono tanti da sovrastarlo; e si chiede, magari, ad un magistrato fino al mese prima occupato come giudice di sorveglianza di decidere complesse questioni di diritto societario.

<sup>6</sup> A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 305 ss. Del medesimo Autore, su Intelligenza Artificiale e metodologia giuridica, v. A. PUNZI, *Diritto in.formazione. Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2018; ID., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvetius d'Holbach. L'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003.

Si invoca la pluralità delle fonti, il loro incerto e confusorio sovrapporsi, l'intrico fra quelle nazionali e sovranazionali, e l'intrecciarsi fra le medesime e gli strumenti di *soft law*, per magnificare come insostituibile la capacità del giudice umano (ideale) nel districarsi in quel groviglio. Ma, così argomentando, si dimentica quanto siano variabili da persona a persona le competenze e capacità reali, e si sminuisce la capacità di discernere della *machina*.

Anzi, quando la esigenza di censire, conoscere e "trattare" un così elevato novero di dati e logiche (a partire dalla molteplicità e gerarchia delle fonti) sia tale da postulare capacità sovra-umane, emerge come evidente la opportunità (se non la necessità) di evocare come indispensabile l'ausilio ancillare (ma formalizzato e "tracciabile") della *machina*. Accanto ai limiti umani del giudice, quelli relativi alla sua *particolare* attitudine, cultura ed orientamento personali potrebbero generare un troppo elevato rischio di giudizio differente a seconda della persona-giudice specificamente incaricata. Laddove, invece, la elaborazione algoritmica potrebbe assicurare esiti tendenzialmente più omogenei. Potrebbe, pertanto, non essere concepibile affidarsi al solo giudizio algoritmico, ma sarebbero sicuramente più disomogenee le decisioni affidate al solo giudice umano, non assistito dalla macchina.

#### 4. La *machina* può censire un diritto (ritenuto) "incalcolabile"? E può garantire la possibilità di giurisprudenza evolutiva?

Dunque, nel ribadire la insostituibilità del giudice umano<sup>7</sup>, non può non rilevarsi la troppo frequente sottovalutazione della capacità di *performance* della macchina "predittiva", dimenticando non solo quanto elevata sia la sua capacità computazionale, ma anche quanto articolate siano le sue capacità di analisi, correlate alla sua natura *self-learning* ed agli insospettabili *skill* che il *machine learning*, il *deep learning* ed il ricorso a reti neurali sono capaci di conferirle.

Se il corpo delle norme di legge fosse tecnicamente perfetto, e linguisticamente omogeneo, ad ogni quesito interpretativo corrisponderebbe una sola risposta esatta ("vera"), e tutte le altre "false". Ma le imperfezioni di tecnica formulatoria del legislatore, l'affastellarsi di proposizioni normative pletoriche (una legge finanziaria può essere corposa quanto un codice civile) o contraddittorie, la pluralità delle fonti e la loro complessa gerarchia generano antinomie. Il quesito in taluni casi può prevedere un numero *n*, superiore ad uno, di risposte esatte "egualmente probabili". Lo stesso "principio di conservazione" implica il riconoscimento del "dubbio" fra una interpretazione utile ed una ultronea, presupponendo un pari grado di dubbio e dettando un criterio di scelta (in assenza di pari grado di dubbio, non potrebbe essere preferita la interpretazione meno probabile).

Pertanto, in linea teorica, lo spazio di opzioni interpretative rimesso al giudicante quale *bouche* della legge sarebbe limitato (si fa per dire) alla scelta soltanto fra il ristretto novero delle due o più interpretazioni che il gioco delle antinomie rende egualmente probabili, in eguale grado di "dubbio"<sup>8</sup>. E, in tal caso, ed in tali limiti soltanto, gli sarebbe concesso (per sciogliere il dubbio, se resiste ancora alla

<sup>7</sup> Sul tema, si vedano le pagine alte di F. PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 475 ss.; e di R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurmetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 423 ss.

<sup>8</sup> Su "dubbio e decisione", v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

corretta applicazione dei criteri dettati dall'art. 12 delle preleggi) di esercitare una propria "politica del diritto". Ma un siffatto spazio rimarrebbe ulteriormente ristretto dalla circostanza che molti dubbi interpretativi ricevono comunque, di fatto, nel "diritto vivente", una soluzione sulla base di quella che si rivela come opinione giurisprudenziale dominante (ancorché il principio dello *stare decisis* non operi nel nostro ordinamento, se non con ambito molto limitato).

Fin qui, dunque, il giudice umano perfetto, o il giudice macchina perfetto, deciderebbero di fatto quasi sempre allo stesso modo. Lo spazio differenziale, pur esistente, sarebbe ridotto. Più complesso è il problema della traduzione della norma astratta nella decisione sul fatto umano concreto, oltre che nella sua "valutazione" (compresa quella probatoria ed attinente alla dialettica processuale).

Altra questione è, poi, quella che la decisione robotica cristallizzerebbe i precedenti, anchilosando la giurisdizione al passato. Il problema esiste, ancorché debba andare fortemente ridimensionato. La A.I. *self-learning* censisce, per restare al vaglio dei precedenti, anche le omologie e differenze fra casi concreti decisi, e non si limiterebbe alla meccanica ed acritica trascrizione degli orientamenti precedenti. In verità, non trascurabile appare anche la parallela differenza fra il censire la giurisprudenza leggendo le sole massime, od invece anche il testo delle decisioni. La macchina, che forse – ma non è detto – capisce meno, sicuramente legge tutto.

Si dice che la A.I. sarà presto in grado di sostituire, nell'ordine, prima i guidatori di camion e taxi (l'auto *self-driving* esiste già), poi i radiologi (e in quel settore il ruolo della macchina è oggi molto incidente), e quindi avvocati, commercialisti e giornalisti: mestieri sofisticatamente "compilativi" (mentre romanzi scritti dalla macchina risultano già finalisti in qualche premio letterario, come successo in Giappone, ed un dipinto generato dalla macchina è stato battuto a quattrocentotrentaduemila dollari). Dunque, la capacità robotica di redigere atti difensivi è in qualche misura comparabile a quella di redigere prospetti di decisioni robotiche, che la macchina-*Avvocato Generale* potrebbe sottoporre come sue "conclusioni" al giudice-uomo, vincolato a censirle ma libero di decidere altrimenti, adeguatamente motivando.

Ulteriore questione, altrettanto sopravvalutata, sarebbe quella della invocata incapacità, o eccessiva difficoltà, della macchina a censire valori. Innanzitutto, deve distinguersi tra "valori" e principi: i primi non riguardano né il giudice né la legge, eccetto che risultino recepiti nelle norme o nei principi normativi. Ed in questo secondo caso la capacità robotica di analizzare i precedenti, e comunque quella, già riconosciuta, di tradurre l'analisi di un caso nella redazione di idonei atti difensivi, rendono evidente i quantomeno più angusti termini di questo problema (come di quello, pure contiguo, della pretesa incapacità della macchina di valutare i casi particolari ed i profili umani). Connesso tema è, poi, quello della difficoltà della macchina a censire previsioni normative di vasta portata, quali, oltre ai principi generali, le clausole generali.

In sintesi, la *machina* intelligente, ma che è più corretto definire razionale, "non conosce la vita"; non è emotiva e cosciente. Altro difetto spesso imputato alla *machina* risiederebbe nella sua minor capacità di giurisprudenza evolutiva. Ma non impossibilità: l'A.I. *self-learning* è – o sarà – capace di processare molti dati "sociali", compulsando letteratura, *news* e banche dati, forse con minor sensibilità; ma, invero, anche minor pericolo di giurisprudenza creativa.

## 5. In quale misura giudice umano è davvero infungibile?

I pregi del giudice-macchina, dunque: sicura uniformità di giudizio; minori rischi di parzialità e discriminazione (se non quelli che provengono dai dati, gli stessi che inficerebbero, prevalentemente, il giudizio umano); maggior “prevedibilità” e, conseguentemente, maggior certezza del diritto. Sicura, ed uniforme, diligenza nel decidere: l’A.I. esamina tutto il fascicolo, non è mai disattenta; “conosce” tutta la giurisprudenza e tutte le fonti normative; esamina sempre tutte le domande, tutte le eccezioni e tutte le argomentazioni delle parti. La medesima *macchina* potrebbe, inoltre, presentare lo stesso grado di affidabilità in tutte le parti del mondo, mentre “paese che vai, giudice che trovi”.

Non è un caso che al quesito «se incriminato, ti faresti giudicare dal giudice umano o dalla macchina?», la risposta prevalente sia: «dalla macchina, se sono innocente; dal giudice umano, se sono colpevole». Eppure, non si può non convenire con il principio che il processo abbia come *human in command* un giudice umano. È un imperativo che trova fondamento non solo, e soprattutto non tanto, nella maggior fiducia in quel giudicante, quanto nella fondamentale esigenza di rispetto della dignità umana del giudicante, il suo conseguente “diritto umano” ad un giudizio in cui sia un suo simile a compiere o avallare la decisione.

Altro è però la irrinunciabilità del controllo umano nella attività di *iuris-dictio*, altro la sacralità del ruolo, dei poteri e della “corporazione” dei giudici. Soprattutto in ordinamenti che, come il nostro, prevedono un giudice-funziario, scelto solo sulla base di una selezione tecnica iniziale; laddove, invece, nessun vaglio è previsto per il personale giudicante circa le attitudini e gli aspetti caratteriali, o le doti di equilibrio, empatia, serenità di giudizio ed attitudine a decidere con imparzialità.

Questo consente, ma circoscrive, la legittimazione, anche sociale, del giudice. E si riduce, dunque, il *gap* differenziale con la *macchina sapiens*. La macchina è forse inidonea alla interpretazione evolutiva (non è detto), ma è certo più tetragona a quella gratuitamente creativa. E, dunque, la proposta fin qui ventilata d’un giudice umano libero di decidere, anche “innovando”, ma tenuto a censire le conclusioni dell’algoritmo predittivo ed a motivare le ragioni del divergere, potrebbe costituire utile freno alla giurisprudenza creativa senza inibire quella meritoriamente evolutiva.

Non dimentichiamo che ogni pur giustificato mutamento giurisprudenziale si sviluppa, quasi sempre, sulla pelle del caso deciso. Illumina la decisione dei casi successivi, per i quali assurge a pre-vedibile elemento paranormativo, ma talora oscura, vulnerandola, la certezza del diritto nel caso regolato. Se la legge «non dispone che per l’avvenire», la sentenza innovativa regola invece un evento passato; innova, ma a spese del caso deciso.

Viene spesso evocato il conflitto fra sentenza corretta e sentenza giusta. Ma compito del giudice funzionario, abbiamo detto, è la prima più che la seconda. Il giudice-funziario è scelto per la sua capacità di emettere sentenze corrette (rispettose della *loi* della quale è *bouche*) e non sentenze giuste, e tendenzialmente è la legge e non il giudice a dover adeguare l’ordinamento alla evoluzione del reale<sup>9</sup>. Ancora una volta, dunque, il ruolo ancillare ma istituzionalizzato dell’algoritmo predittivo nel processo

<sup>9</sup> Mi permetto, sul punto, di richiamare un mio intervento, *Uso alternativo (“da destra” e “da sinistra”) del diritto privato: il marxismo come metodo della scienza giuridica*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Vol. II - Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, 169 ss., dove distinguevo fra l’uso alternativo del diritto come tecnica interpretativa ispirata a privilegiare una specifica “politica del diritto” e il ben diverso “uso alternativo” (non del diritto, ma) della sentenza.

servirebbe da filtro idoneo a contrastare la giurisprudenza gratuitamente creativa, senza scoraggiare quella meritoriamente evolutiva.

## 6. La machina “Avvocato Generale” come strumento per ricondurre il giudizio secondo “valori” a quello secondo diritto?

Il sistema dell’ordinamento giuridico è dinamico, non statico, e prevede meccanismi di adeguamento delle norme al mondo che cambia, tanto sulla base di regole ermeneutiche articolate (si pensi alla analogia), quanto mediante la previsione – espressa o implicita – sia di principi generali che di clausole generali. Le quali normano anche mediante rinvio *per relationem* a fenomeni sia interni (ad es. ingiustizia del danno) che esterni (ad es. correttezza, buona fede) all’ordinamento.

La *machina* è più atta a giudicare sulla base di un diritto weberianamente più calcolabile; che era già il sogno di Leibniz<sup>10</sup>, e fondamento della “giurimetria” teorizzata alla metà del secolo breve<sup>11</sup>. In verità, anche se la macchina può apparire inidonea (o non legittimabile) a scelte etiche, o a scegliere fra etiche, sarebbe altrettanto incongruo affidare tale compito al giudice-funzionario, sia *unfit*, sia privo di investitura e legittimazione sociale. La collettività si affida al giudice solo come interprete e sapiente traduttore (anche “evolutivo”), ma non invece inventore, della legge. “La legge è uguale per tutti”, mentre i valori sono diversi per ciascuno.

Invero, sulla dialettica tra adeguamento interpretativo giudiziale e rispetto del primato della legge, spira ora un vento riduttivo con riguardo alla libertà di interpretazione innovativa. Così, la Corte di Giustizia riafferma la necessità di privilegiare la interpretazione letterale e l’imperativo di non sovvertirla, mentre le norme che potenziano la funzione nomofilattica della nostra Suprema Corte introducono un sia pur minimo *stare decisis*.

Delle due, allora l’una: o davvero società civile e rapporti di produzione sono tramutati in un nuovo assetto sociale, un neo – o post – capitalismo che esige una amministrazione della giustizia secondo valori; o invece (ma sul piano effettuale il risultato è lo stesso) è il corpo dei giudici ad essersi eretto a mediatore sociale investito del compito di amministrare la giustizia secondo valori, anche quando non ancora tradotti in norme o principi normativi conformi, divaricando la forbice tra il diritto vigente e il diritto vivente.

In verità il giudice-funzionario non è (non può essere) giudice d’equità ma di diritto, e non è (non può essere) legittimato a giudicare per “valori” invece che per norme e principi normativi. È la legge a trasferire i valori in norme o principi, e la discrezionalità del giudice è limitata, se e quando vi siano più interpretazioni in pari grado di dubbio, alla sola scelta fra esse (si rimanda a quanto esposto *retro*). Il diritto torna ad essere così calcolabile, mentre lo sono meno i “valori”.

Le “conclusioni” della *machina*, i suoi progetti di sentenza potranno, dunque, essere di serio ausilio al giudicante umano dotato di maggior discernimento critico ma minore capacità (e talora tempo, o volontà?) di censire la enorme mole di dati. Né il diritto ritorna “incalcolabile”, o (cosa comunque diversa)

<sup>10</sup> Dell’Autore, v. G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua, ex arithmeticae fundamentis* (Ed. 1666), Parigi, 2012; ID., *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. BARONE (a cura di), *Scritti di logica*, Milano, 2009, 121 ss.

<sup>11</sup> Sul tema, si rimanda a L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minnesota Law Rev.*, 1949, 455 ss.

la decisione meno predicabile, in presenza di enunciati normativi ampi e aperti, per principi o per clausole generali, che operano mediante rinvio *per relationem* a figure o fenomeni interni all'ordinamento (ingiustizia del danno) od invece, all'esterno d'esso, alla fenomenologica realtà sociale (correttezza, buona fede, eccessiva onerosità, ...).

Si discute, a ben vedere, della mera capacità tecnica della macchina, la quale, potendo cercare i dati sia normativi, sia giurisprudenziali, sia "sociali", con accesso a banche dati e materiali editi, ed affinando le proprie capacità di analisi con l'autoapprendimento, avrà serie capacità di analisi ed elaborazione di giustizia predittiva conseguenti. Emerge, anzi, quale difficoltà sia per i giuristi e giudici umani che per la *machina*, quella correlata alla non sempre soddisfacente qualità ed alla eterogeneità lessicale e sintattica dei testi normativi; e, poi, alla presenza di massime non sempre fedelmente rappresentative delle sentenze massimate. Va rivalutato il linguaggio tecnico: ogni scienza ha il suo linguaggio o apparato di significanti.

### 7. La gestione dell'opacità della decisione algoritmica

Altra essenziale questione è quella della opacità delle conclusioni algoritmiche. La macchina ragiona per inferenza e non per causalità (è un altro tipo – non di intelligenza, ma – di razionalità). E, soprattutto, è opaca: sappiamo come decide, ma non perché. Ma «decidere è motivare. La motivazione nel caso concreto è il dato fondante della giurisdizione»<sup>12</sup>. La macchina, invero, sarebbe già capace di redigere una irreprensibile motivazione (così come è capace di redigere un accettabile atto difensivo), ma lo farebbe simulando quella umana.

La scatola nera resta spesso impenetrabile, in primo luogo per difficoltà tecniche del processo di *reverse engineering*, possibile, talora, utilizzando come strumento altri algoritmi, magari altrettanto opachi, oltre che talvolta anche giuridicamente inibito da privative e segreti industriali (non riusciamo a conoscere, del resto, neppure la formula della Coca Cola).

Sarebbe irrealistico pretendere una tale analisi all'interno di ogni singola vicenda processuale; nella quale, però, le garanzie di affidabilità della *machina* restano irrinunciabili. La soluzione potrebbe risiedere in una omologazione autoritativa (ministeriale, demandata ad un organo statale quale una apposita autorità, o agenzia, o entità facente capo al CSM, ...), con esaustiva ed autorevole verifica *ex ante*. Il suo fornitore potrebbe così "metterne a nudo", in un procedimento autoritativo coperto da massima riservatezza e vincolo di segretezza, ogni elemento. E l'ente avente l'autorità ed il compito di omologare ed approvare l'uso della *machina* da destinare ad ausilio degli uffici giudiziari sarebbe anche quello incaricato d'ogni aggiornamento, manutenzione e verifica, anche in sede di contestazione sulla affidabilità e regolarità di funzionamento nel caso concreto. Non sarebbe, questa, una verifica "in contraddittorio", non necessaria alla luce della circostanza che la decisione perverrebbe dal giudice umano, solo "assistito" dalla macchina.

<sup>12</sup> R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, cit., 440-442.

## 8. Riflessioni conclusive: verso un ruolo ancillare, ma da ritualizzare, della machina quale “Avvocato Generale” ausiliario del giudice umano

In conclusiva sintesi, un essere umano deve poter essere giudicato solo da un altro essere umano. Lo impongono i diritti umani, e quello della dignità della condizione umana, più che la pretesa superiorità dell'intelligenza umana rispetto a quella artificiale. Al tempo stesso, il diritto è già diventato troppo complesso (e disciplinato da fonti troppo numerose ed articolate, ed opinioni giurisprudenziali e dottrinali ormai sterminate) per affidare la mediazione decisoria alle sole energie e competenze d'un giudice sempre oberato e quasi mai davvero specializzato. Al giudice medio, non a quello ideale; il quale in Italia opera in solitudine, senza referendari o altri qualificati assistenti (al massimo, qualche sparuto tirocinante).

In molti sistemi continentali e comunque nel nostro, il primato della legge è sostituito da quello della interpretazione. Ma in tempi a noi più vicini si sta consumando una preoccupante transizione verso la giurisprudenza non del diritto ma dei “valori”: dalla giurisprudenza evolutiva, ancora interpretativamente plausibile, a quella “creativa”, nella quale il richiamo al testo normativo scade a mero pre-testo. In tale transizione assume peso non piccolo la montante tendenza della magistratura come corpo sociale ad (auto)attribuirsi ruoli di corpo intermedio con funzioni e “missioni” ultronee rispetto a quelle di decidere le controversie applicando la legge. È complice l'inerzia del legislatore, e la insoddisfacente qualità tecnica di molti testi normativi, che rende agevole invocare un vuoto da colmare. Ma è sempre la legge che deve calare in norme o principi normativi le scelte etiche del legislatore, e quindi i valori. Non compete dunque alla corporazione dei giudici il ruolo di scegliere quelli dei quali farsi interprete. Tramontata la ideologia d'un diritto naturale dal quale desumere valori immutabili, non è certo il giudice-funzionario a poter decidere quali (mutabili) valori siano quelli ai quali sia “giusto” (in ciascun momento) ispirarsi.

E veniamo al ruolo ancillare ed al tempo stesso “moralizzante” della macchina, quale ausilio da ritualizzare nel procedimento decisorio.

Gli stessi autori che reputano la *machina* inidonea a giudicare richiamando la pluralità e complessità delle fonti del diritto, e l'incerto intersecarsi fra quelle nazionali e sovranazionali, accanto alla pluralità di altri fattori di produzione paranormativa e di *soft law*, rendono evidente la estrema difficoltà, per il giudice umano, di padroneggiare da solo, sempre, una così elevata mole di dati. Ove pure la macchina resti inadatta a fronteggiare da sola quei nodi, il singolo giudice si trova non meno inadeguato a scioglierli in solitudine. È l'ibrido umano-machina il solo ormai capace di governare molte professioni del futuro: «bisogna pensare a una contaminazione tra l'uomo e la macchina nella quale le prestazioni cognitive dell'uomo vengono potenziate e al contempo sorvegliate dalla capacità della macchina»<sup>13</sup>. I dati normativi, giurisprudenziali e dottrinali da considerare si sono moltiplicati; quella splendida, insuperabile macchina pensante, pesante poco più di un kilogrammo, che è il cervello umano, non è cresciuta, nel frattempo. Può, però, essere sfruttata al meglio (integrandola, se non ibridandola) con l'ausilio della intelligenza artificiale della macchina, per certi versi più “ingenua”, ma per altri infinitamente più veloce ed esaustiva (nessun giudice è in grado di compulsare sempre tutti i precedenti

<sup>13</sup> A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, cit.

giurisprudenziali, la letteratura di settore e la normativa rilevante di ciascun caso), e dunque ben capace di dare informazioni e contributi “intelligenti”, e soprattutto completi.

*U.S. Law – Focus on*

