

4.

BRIDOYE E IL POTERE DI DECIDERE
(CONSIDERAZIONI SU GIUSTIZIA PREDITTIVA,
GIUSTIFICABILITÀ DELLA DECISIONE
E INDIPENDENZA DEI GIUDICI)

di *Giuglielmo Franson*

SOMMARIO: 1.Due domande sulla giustizia predittiva. — 2.Il giudizio e la sua giustificabilità. — 2.1. Una non breve premessa. — 2.2. Giustizia predittiva e giustificabilità della decisione. — 3.Giustizia predittiva e indipendenza del giudice. — 3.1. Una breve digressione. — 3.12.Intelligenza Artificiale e indipendenza del giudice. — 4. Conclusioni.

1. *Due domande sulla giustizia predittiva.*

Le questioni implicate dal rapporto fra il processo e l'intelligenza artificiale sono molteplici e la letteratura in argomento — anche a considerare soltanto quella italiana — è ormai assai vasta.

In questo breve saggio intenderei affrontare due soli temi che si presentano fra loro connessi e che crederei correttamente annoverabili fra quelli di maggior rilievo.

In primo luogo, svolgerò qualche riflessione in ordine alla possibile incidenza degli strumenti di giustizia predittiva sul modo in cui il giudice si pone dinanzi alla *quaestio facti* (e ne offre la soluzione) (cfr. par. 2).

In secondo luogo, mi soffermerò sui riflessi dell'applicazione dell'intelligenza artificiale al giudizio per ciò che attiene all'indipendenza del giudice (cfr. par. 3).

La conclusione cui giungerò all'esito di queste riflessioni (par. 4) è che l'istituzionalizzazione della giustizia predittiva — anche in una forma temperata — incide significativamente su entrambi i profili. Detto altrimenti, il ricorso istituzionalizzato agli algoritmi predittivi nell'ambito del processo non può avvenire, a mio avviso, senza rilevanti modifiche ordinamentali, probabilmente di ordine costituzionale.

2. *Il giudizio e la sua giustificabilità.*

2.1. *Una non breve premessa.*

Sebbene l'elemento che caratterizza la giurisdizione sia, come indica il suo stesso nome, lo *ius-dicere*, la posizione del giudice e del processo dinanzi al “fatto” è sempre stata avvertita come un momento massimamente delicato e di centrale importanza. D'altra parte, l'accertamento dei fatti è, sicuramente, servente all'applicazione della norma, ma prima ancora il bisogno di tutela giuridica nasce da un'esigenza di adeguamento dei fatti alle norme. I fatti servono al processo, ma il processo serve ai fatti.

È altrettanto rilevante, quindi, interrogarsi sull'incidenza degli algoritmi predittivi su tale rapporto.

A tal fine, occorre prendere le mosse dalla verifica di qual è, allo stato, il rapporto fra il giudice e la *quaestio facti* che sarà qui delineato in termini non esattamente coincidenti con quelli preferiti da una parte, probabilmente maggioritaria, della dottrina.

Proprio per questo mi sembra utile premettere la conclusione e, poi, fornire la sua giustificazione.

La mia convinzione è che il processo (e, quindi, il giudice) non mira alla verità, ma a fornire una rappresentazione dei fatti

che risulti soluzione razionalizzabile/calcolabile (1). Ciò nel senso, che cercherò adesso di chiarire meglio, che tale rappresentazione deve essere giustificata in modo congruente rispetto a parametri socialmente condivisi e, come tale, risultare approvabile/confutabile indipendentemente dalla veridicità del suo contenuto.

È questo un profilo che si potrebbe definire come “giustificabilità esterna”. Mentre la *giustificazione esterna*, com'è noto, è quella che serve a porre le premesse della *giustificazione interna* (il dispositivo della sentenza) (2), la *giustificabilità esterna*, nell'accezione qui proposta, è la possibilità di discor-

(1) Utilizzo, qui, ma con riferimento anche al giudizio di fatto, un'espressione che ricalca evidentemente e deliberatamente quella consacrata, con specifico riferimento al giudizio di diritto, da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016. Come cercherò di argomentare meglio nel prosieguo, infatti, la calcolabilità, intesa come possibilità di qualificare la “decisione” — concepita, come fa Irti, quale “giudizio”, ossia come derivazione “predeterminata” dalle conseguenze da un presupposto — vale per tutte le fasi del giudizio. Essa opera — *rectius*, dovrebbe operare secondo la logica originaria — nel giudizio di diritto dove le “conseguenze” (effetti) sono derivate, in base alla “predeterminazione” normativa, dalla sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Ma opera anche, come si sta dicendo nel testo, nel giudizio di fatto, dove le conseguenze (l'accertamento della fattispecie concreta) sono derivate, in base alla predeterminazione delle regole del giudizio, dalla formale applicazione di quelle regole. Certo, l'esito (probatorio) dell'impiego dei mezzi di prova è rimesso alla libera valutazione del giudice. Ma anche la definizione del perimetro applicativo e del senso della norma è rimessa all'interprete. Lo schema della calcolabilità non sopprime ogni soggettivismo, ma lo contiene e, soprattutto, ne consente l'emersione. Significativamente, in un ordine di idee — cronologicamente e idealmente — non contiguo a quello di Irti, ricorrono alla nozione di calcolo anche A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica: III) La responsabilità del giudice* (a cura di A. Giuliani e N. Picardi), Perugia 1978, 3 ss. Secondo gli autori, la disciplina processuale (là dove il giudice viene burocratizzato) « *limita l'abuso del potere preconstituendo le regole della condotta del giudice: è lo strumento per la realizzazione della certezza del diritto attraverso il calcolo* » (enfasi aggiunta) (ivi, 13). D'altronde, come avrò modo di accennare più oltre, la tendenza a rendere più flessibile la regola dell'onere della prova determina, per il giudizio di fatto, le stesse conseguenze che, relativamente al giudizio di diritto, conseguono, proprio secondo la ricostruzione irtiana, alla crisi della fattispecie.

(2) Si tratta di nozioni ampiamente acquisite in dottrina. Per tutti, da ultimo, D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020.

rere della corrispondenza delle scelte operate dal decidente rispetto a parametri di giudizio prestabiliti e oggettivi e, come tali, diversi dal “foro interno” del decidente medesimo (3).

Ciò in coerenza con il modello del giudizio “burocratico” il quale, per come si è andato storicamente affermando (4), si accompagna a un’esigenza di controllo sul giudice-funziario (5) esercitato da parte del sovrano, prima, e da parte della generalità dei consociati in un ordinamento democratico, poi (6). Un’esigenza di controllo che, non potendo appuntarsi sui processi psicologici del giudice, si dirige per necessità nei confronti dei suoi atti, in termini, appunto, di verifica della giustificabilità esterna (7).

Questa scelta implica la previsione, in modo speculare alla

(3) Si può notare, incidentalmente, che tale carattere dovrebbe essere proprio anche del giudizio di diritto nella misura in cui si richiede, conformemente alla struttura formale del giudizio e alla prescrizione dell’art. 113 c.p.c., che la sentenza sia “esatta”, piuttosto che “giusta” (cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 880 ss). È noto, peraltro, che questo aspetto risulta alterato da quella che è stata definita come la “crisi della fattispecie”

(4) L’evoluzione di questo modello — contrapposto a quello del giudice che si pone come mediatore, ricercatore della verità pratica e, in quanto tale, ontologicamente in rapporto di parità con le parti secondo il modello isonomico — è descritta in dense pagine da A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, cit., 3 ss. Di recente, un perspicuo accenno al tema della nascita del giudice professionale come lascito della modernità è incisivamente argomentato da M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 880.

(5) A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, cit. 15 ss. pongono bene in evidenza che l’obbligo di motivazione soddisfa esigenze di controllo nella fase iniziale della burocratizzazione del giudice.

(6) Cfr., di recente e proprio in un contesto in cui si discute di giustizia predittiva, F. DONATI, *Trasparenza della giustizia e anonimizzazione dei provvedimenti giudiziari*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, II, Bologna 2022, 433 ss.

(7) Esprime molto bene questo medesimo concetto A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina Editore, 2007, 271 affermando che « *quel che distingue il Giudicare da una rediviva grazia di stato, sotto spoglie laiche, è la visibilità, il suo legame costitutivo con l’obbligo di motivazione e, quindi, con il controllo sociale* ».

disciplina dell'interpretazione, di una disciplina della prova (8) e la rilevanza dell'accertamento del fatto in termini di giustificabilità, piuttosto che di corrispondenza alla verità.

La concezione esposta trova un apparente ostacolo nella circostanza che, con il giudizio di fatto, si entra in un ambito nel quale, astrattamente, il giudice dovrebbe essere soggetto solo al dovere di verità (9). Cosicché, sembrerebbe incongruo dare la prevalenza al *come* si giustifica l'accertamento del fatto (che è appunto la conseguenza dell'adottare come parametro di validità del giudizio la sua giustificabilità esteriore), piuttosto che alla *veridicità* dell'accertamento.

L'uso del condizionale non è, evidentemente, casuale. Perché la conclusione secondo la quale è più importante l'esito del giudizio rispetto al calcolo che ne sta (esteriormente) alla base è accettabile solo là dove vi sia modo pratico e giuridico assieme di verificare la veridicità dell'accertamento in fatto. Vi sia, cioè, un sistema in grado di attestare la corrispondenza di quel giudizio al vero, unitamente alla possibilità di "rettificare" l'esito rivelatosi errato. È solo in un simile contesto che è possibile di privilegiare, rispetto alla giustificazione del giudizio di fatto, la pretesa che quest'ultimo sia proteso alla verità.

È invece agevole dimostrare (come auspicio di fare a breve) che il contesto del processo modernamente inteso non corrisponde a questo modello.

Merita precisare fin da subito, tuttavia, che le rapide osservazioni che seguono non intendono minimamente entrare

(8) L'identità strutturale delle regole sull'interpretazione e delle regole sulle prove è sottolineata da A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 563.

(9) Anche fra i non pochi studiosi che rilevano — del tutto condivisibilmente — che la sentenza deve essere "esatta" e non "giusta" (per limitarci agli autori che si sono occupati di giustizia predittiva è sufficiente rinviare a M. LUCIANI, *La decisione robotica*, cit., 878), questa affermazione sembrerebbe svolta solo con riguardo al giudizio di diritto, piuttosto che al giudizio di fatto. È però evidente che l'esigenza di (mera) esattezza in punto di diritto non può non riflettersi anche sul giudizio di fatto.

né nel dibattito che vede confrontarsi le schiere dei *verifili* e dei *verifobi*, né nella questione che attiene alla contrapposizione fra ordine isonomico e ordine asimmetrico del processo.

Quei dibattiti, almeno nella misura in cui attengono al *dover essere* del processo (10), sono illuminanti, ma restano estranei a queste riflessioni le quali, invece, si concentrano esclusivamente sui caratteri che il processo esibisce dal punto di vista del diritto positivo.

In questa prospettiva, mi sembra che il processo aderisca a un modello fondato sull'irrealizzabilità di un giudizio che abbia come fine la verità (comunque la si voglia definire (11)). Ciò, peraltro, si giustifica per un duplice ordine di ragioni.

La prima, rilevante a livello concettuale, è che se anche fosse possibile assegnargli tale fine, ciò non avrebbe senso se, poi, il suo mancato attingimento restasse senza conseguenza. Tuttavia, è regola indefettibile di ogni processo che esso deve finire (altrimenti sarebbe meglio ritornare al *non liquet*) una volta per tutte. Il che rende sempre strutturalmente concreta la possibilità del mancato attingimento della verità giacché la decisione “falsa” può ben essere quella definitiva (12).

(10) In realtà, le riflessioni di Giuliani sul modello isonomico e sul modello asimmetrico sono fortemente orientate a valorizzare anche la storicità — e, quindi, la relatività — dei due modelli. Ma mi sembra intuibile, in quella analisi, la preferenza dell'Autore per il modello isonomico.

(11) Sulle molteplici definizioni di verità, cfr., E. ANCONA, *La verità nel processo: quale corrispondenza? La prospettiva del dibattito italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 23 ss., nonché D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 37 ss.

(12) Sembra sufficiente richiamare le parole di G. CAPOGRASSI, *Prefazione*, in *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1937, pp. 14-16, 14-16 secondo il quale: « già nell'esistenza stessa della cosa giudicata è un prescindere, in un certo modo e a un certo punto, dalla verità » al quale si può aggiungere B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 22. Mi sembra, invece, che non possa accogliersi, rispetto a questo punto, la critica espressa da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 84 ss., secondo il quale l'esistenza del giudicato non contrasterebbe con la ricerca della verità, perché il giudicato

La seconda ragione è di ordine pratico. La ricerca della verità è una strada lunga e tortuosa che può essere percorsa solo con la pazienza dei santi, l'acribia degli scienziati e, nelle cose umane, l'intelligenza degli illuminati. Viceversa, per la natura stessa delle cose, il processo è — e non può che essere — un sistema di produzione se non proprio “di massa”, quantomeno su larga scala. Il che lo rende incompatibile con i caratteri costitutivi della ricerca della verità (13) (14).

Le ragioni appena esposte si risolvono nella costruzione — probabilmente necessaria — di un processo positivamente orientato verso il conseguimento di una soluzione subottimale (15), ma realizzabile.

Ci si accontenta, cioè di una decisione (sul fatto, ma in

attesta solo l'esistenza della situazione giuridica, mentre i fatti sui quali tale esistenza è accertata restano diversamente accertabili *in altro processo*. Questa critica, infatti, esclude che il processo produca una “nuova verità” (ossia ribadisce che il *facere de albo nigro etc.*, che è proprio della *res iudicata*, attiene al diritto e non al fatto), ma non smentisce che, per giungere a tanto, si *prescinda*, in fin dei conti, dalla verità dei fatti: la statuizione che ciò che è quadrato sia uguale a ciò che è tondo “fa stato” solo per la situazione giuridica così configurata, ma nulla esclude che tale eguaglianza sia predicata in conseguenza di una (ipoteticamente) erronea determinazione del fatto piuttosto che di una (altrettanto ipoteticamente) erronea interpretazione del diritto. Ciò che, appunto, è quanto affermava Capograssi.

(13) Scrive, a mio avviso condivisibilmente, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (condiderazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 11 ss. che la concezione secondo la quale la “buona giustizia” sarebbe assicurata esclusivamente dall'accertamento della verità « *significa in definitiva estromettere l'idea stessa del “rendere giustizia” dal contesto umano e sociale al quale appartiene — necessariamente limitato, imperfetto, pragmatico — per lasciare il giudice solo con sé stesso, impegnato non si sa se nella risoluzione di un gioco enigmistico o nell'ascesa trascendentale verso il “sapere infinito”* ».

(14) È noto, peraltro, che l'elaborazione della tesi leibniziana che pone quale fine della prova il raggiungimento di una verità formale è determinata, fra gli altri fattori, dall'esigenza logica e pragmatica di evitare *lites immortales* (cfr., A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, cit., 527).

(15) In questi stessi termini, F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, Roma 2019, 271, secondo il quale « *Nello stesso modo in cui l'assunzione di decisioni basate su regole o su precedenti spesso esige che chi decide faccia qualcosa di diverso dalla cosa giusta, l'obbligo difficilmente derogabile di accettare gli accertamenti fattuali a volte genera lo stesso tipo di soluzioni subottimali* ».

realtà anche sul diritto) che sia approvabile o disapprovabile, non relativamente al rapporto con la Giustizia e con la Verità (16), bensì in ragione della sua congruenza con i parametri oggettivi esteriori in base ai quali essa risulta (esteriormente) giustificata. Ci si accontenta, cioè, della possibilità di approvare o disapprovare l'espressione esterna del calcolo che ne starebbe alla base, non quello realmente posto in essere (17).

L'esempio paradigmatico è quello della decisione resa *secundum conscientiam*. Il suo rifiuto ordinamentale non dipende certamente dall'inattitudine di una simile decisione a essere vera. Non vi è dubbio, infatti, che il carattere della veridicità può essere ben presente anche là dove il giudice esprima un giudizio basato sulla sua conoscenza diretta e personale dei fatti. Se, come si usa fare nell'esempio di scuola, il giudice sa per conoscenza diretta e personale che l'imputato non ha commesso il fatto, il giudizio di innocenza è certamente più vero di quello di colpevolezza al quale condurrebbero, in ipotesi, le prove raccolte nel processo. Ma la condanna si fonda su un calcolo "verificabile" e giustificabile esteriormente, l'assoluzione sull'impossibile scrutinio della coscienza indivi-

(16) Già in Leibniz, come riferisce Giuliani, la ricerca della verità materiale (contrapposta alla verità formale) si oppone alla possibilità di un controllo dell'attività decisoria: A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, cit., 527.

(17) Non credo, quindi, insuperabile l'obiezione di D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 40, i quali, dopo aver preso doverosamente atto dell'inidoneità del processo ad attingere alla verità, rilevano che, comunque, non avrebbe senso ritenere che i giudicanti mirano alla sola verità processuale, in quanto, anche se « questa è ciò che comunque determineranno, [...] il desideratum dell'istituzione processuale è che, per quanto possibile e lecito, la verità processuale coincida con al verità materiale ». In questo giudizio, mi sembra del tutto condivisibile l'assunzione dell'"istituzione processuale" come termine di riferimento. Mi sembrerebbe però inevitabile, una volta assunto tale punto di osservazione, fare riferimento alle regole costitutive di tale istituzione. E ciò, per i motivi espressi anche nel testo, parrebbe deporre in senso contrario all'attribuzione della verità come *desideratum* (non potendosi conciliare tale aspirazione con l'assunzione di un complesso di regole del giudizio che esibiscono l'indifferenza verso questo profilo).

duale (18). Di qui la massima *iudex iudicare debet secundum alligata et probata et non secundum conscientiam* che costituisce il nucleo originario del divieto di scienza privata del giudice (19).

In realtà, il divieto di scienza privata si coordina con il quadro complessivo della disciplina del processo, la quale risulta, da questo punto di vista, del tutto coerente.

In primo luogo, vi è l'adozione di una struttura generale fondata sulla distinzione del giudizio di fatto da quello di diritto. Gli studi in argomento sono, direi, del tutto unanimi

(18) Uno degli argomenti che, dal nostro punto di vista, più radicalmente si oppone alla prospettiva (che, nel dibattito al quale accennerò, è stata, definita “verifila”) è che nessuna disciplina processuale può effettivamente stabilire cosa determina il convincimento del giudice. Tutto ciò che le parti fanno è, per un verso, come si è svolta l'attività che ha condotto alla decisione e, per altro verso, come il giudice l'ha motivata, secondo una razionalizzazione che è, necessariamente, *a posteriori*. Ed è proprio in questa prospettiva che emerge quell'esigenza di oggettivazione (ma non di verità) che è assolta dal riferimento a fatti “esterni” e procedurali e che non potrebbe essere soddisfatta, invece, dalla decisione (potenzialmente del tutto vera) resa *secundum conscientiam*.

(19) Sul noto brocardo e sulla storia della sua recezione (a volte erronea) è assai utile la lettura della monografia di J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007. Ciò indipendentemente dalla importanza che si voglia anettere alla critica di Picó I Junoy circa l'“addizione” (dallo stesso attribuita al Wach e a Chiovenda) della specificazione *partium*. Invero, nella prospettiva qui sviluppata, il dato da segnalare è l'esclusione della rilevanza della scienza privata. Il fatto che il brocardo riflettesse, o meno, il monopolio delle parti sulla prova (oltre che sulle allegazioni) costituisce un ulteriore elemento valutazione, nel senso che la caratterizzazione del processo come dispositivo o inquisitorio certamente è ulteriormente indicativo della vocazione del medesimo alla “verità”. Mi sembra, invece, irrilevante stabilire se la formulazione del brocardo in senso dispositivo (con l'aggiunta del *partium*) sia una manipolazione dei giuristi del XIX secolo o se fosse originaria. Anche ammessa la prima ipotesi, non mi sentirei di ritenere che il processo si sia evoluto in senso dispositivo solo per questo. La storia delle istituzioni europee (e forse mondiali) si è basata su ben altri falsi ideologici e materiali, senza che le conseguenze che ne sono derivate si siano perciò dimostrate caduche o irrilevanti. Si veda, per spunti convergenti e per un'accurata analisi della questione A. PANZAROLA, *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet: a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Historia et ius*, 2019, paper 16.

nel ritenere che tale separazione è tutt'affatto artificiosa (20). Nondimeno, sebbene concettualmente l'illusione giansenista (21) e illuminista da cui nasce questa idea sia considerata universalmente infondata (22), essa conserva intatta la sua presenza nella struttura processuale.

È sufficiente, a tal fine, ricordare che l'art. 132, comma 1, n. 4 c.p.c. distingue e individua come autonomi contenuti della sentenza le ragioni di fatto e quelle di diritto in perfetta simmetria con l'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c. che pone la medesima distinzione a base del contenuto della citazione. La distinzione tende a ripresentarsi, poi, nell'art. 101, comma 2, c.p.c. che impone al giudice di sottoporre al contraddittorio le questioni rilevate d'ufficio, determinando il dubbio se per tali devono intendersi solo le *quaestiones facti*, o anche quelle miste, ovvero ancora anche quelle di puro diritto (23). Infine, la distinzione appare con la massima evidenza nella struttura stessa del giudizio di cassazione il cui oggetto presuppone la netta separazione fra errori di fatto ed errori di diritto.

Pur avendo, quindi, uno statuto logico ed epistemologico debole, la separazione del giudizio di fatto da quello di diritto risulta pragmaticamente funzionale sia alla motivazione della decisione in termini sillogistici — ovvero, se si preferisce, alla semplificazione della sua giustificazione esterna in termini, mi

(20) Per tutti, cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1966, 75 ss.

(21) Le radici della distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto risalgono alla logica di Port-Royal: cfr. A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, cit., 566.

(22) In argomento si veda anche S. PATTI, *La costruzione del fatto nel processo*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 36 ss.

(23) Sul tema si vedano, con impostazioni per molti versi coincidenti ancorché non perfettamente sovrapponibili, E. FABIANI, *Il rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3176; ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399 ss.; LUISO F.P., *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 2010, 65 ss.

si perdoni il bisticcio lessicale, maggiormente giustificabili — sia alla distinzione delle forme di impugnazione (il gravame propriamente detto e l'impugnazione per vizi di legittimità).

L'obiettivo della giustificabilità esteriore della decisione è confermato, poi, dalla specifica disciplina del giudizio di fatto, il quale è costellato di divieti che non hanno alcuna funzione, come suol dirsi, epistemica — ossia orientata al disvelamento della verità — o sono addirittura connotati in senso antiepistemico.

Questo vale per il già ricordato divieto di scienza privata, ma vale anche per il principio di non contestazione (24) o per il divieto di nuove prove in appello o per i limiti al principio del libero convincimento del giudice dinanzi alle non poche prove legali (25).

Discorso per nulla diverso può essere fatto per alcuni degli elementi che possono essere posti a base del giudizio di fatto. Fra quelli meno citati, vi è la rilevanza che (ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) i giudici possono attribuire al “contegno delle parti in giudizio” (26). L'idea secondo cui la “lealtà” della parte in giudizio abbia un diretto collegamento con la “verità”

(24) Il carattere antiepistemico del principio di non contestazione è espressamente riconosciuto da M. TARUFFO M., *Verità negoziata?*, in *Riv. dir. trim. proc. civ., Supplemento n. 3 2008, Accordi di parte e processo*, 89 ss. il quale rileva che « se l'enunciato è falso, la non contestazione non lo fa diventare vero, se l'enunciato è vero, la non contestazione non lo fa diventare vero perché lo è già »; nello stesso senso M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 160 ss.

(25) Per queste indicazioni, cfr., B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 22.

(26) In alcuni ordinamenti il dovere di lealtà diventa obbligo di « rendere comunicazioni complete e veritiere » (cfr. art. 76 FGO) sanzionato con una sorta di inversione dell'onere della prova (art. 90, comma 2, AO) così dandosi continuità all'impostazione tradizionale del giudizio asimmetrico dove « *la confessione viene posta al vertice del sistema gerarchico delle prove. Nel giudizio umano, come in quello divino, l'uomo è solo di fronte al suo giudice: egli ha l'obbligo di stare nella verità e di comunicare la verità* » (cfr. A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, cit., 541. Sul FGO si veda *La legge generale tedesca del processo tributario. Finanzgerichtsordnung (FGO). Testo e studi*, (a cura di G. Ragucci), Milano, 2022 nonché G. RAGUCCI, *Spunti comparatistici. Il modello processuale tedesco*, consultato per gentile concessione dell'autore.

dei fatti dalla stessa affermati ha, a mio giudizio, lo stesso valore dell'affermazione secondo cui “la nobiltà ha negli occhi dipinta l'onestà” con la quale Don Giovanni risponde ai dubbi della ingenua (si fa per dire) Zerlina sulla sincerità di “voi altri Cavalieri”.

Ma, soprattutto, è univocamente priva di relazione alcuna con la ricerca della verità quella che può considerarsi la regola fondamentale del giudizio di fatto, ossia il principio della soluzione del fatto incerto a danno di colui sul quale incombe l'onere della prova (27). Sembra interessante segnalare, anzi, come sia stato di recente persuasivamente dimostrato che la tesi secondo la quale si dovrebbe preferire una concezione “dinamica” piuttosto che “statica” dell'onere della prova non è funzionale a una maggiore possibilità di pervenire alla verità, ma alla attribuzione di maggiori poteri giustiziali al giudice che, distribuendo l'onere della prova caso per caso (e, quindi, dinamicamente), potrebbe risolvere la *quaestio facti* rimasta incerta secondo criteri di opportunità (o di ragionevolezza “individuale”) non predeterminati ma, proprio per questo, non controllabili (28).

Se tali divieti e poteri si giustificano poco o punto con il loro valore epistemico, essi trovano però perfetta collocazione nel quadro che sto cercando di delineare.

Gli obblighi, i divieti e le preclusioni (29) citati devono essere letti, cioè, in stretta correlazione con l'obbligo di motivazione e servono a costituire la base dell'argomentare con il quale il giudice esplicita la connessione fra il proprio giudizio di fatto e dati esterni alla sua coscienza quali sono, appunto, i

(27) Ancora, ovviamente, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 22.

(28) Cfr., J. FERRER BELTRAN, *La carga dinamica del la prueba. Entre la confusion y lo innecesario*, in AA.VV., *Contro la carga de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2019, 53 ss.

(29) Per una considerazione delle preclusioni in una prospettiva specificamente tributaria, cfr., G. FRANSONI, *Preclusioni processuali, rilevanza d'ufficio e giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, 449

mezzi di prova, gli argomenti di prova, il contegno delle parti, le preclusioni processuali, il criterio residuale dell'onere della prova ecc.

Il che si traduce, appunto, nella esternazione di un calcolo verificabile, suscettibile di essere vagliato e criticato non già nei suoi esiti, quanto piuttosto nella sua razionalità e corrispondenza ad una struttura del giudizio imposta, *ab externo*, al giudicante (30).

Ciò che, poi, corrisponde esattamente all'ambito del giudizio di cassazione dal quale è escluso il sindacato circa l'esito del giudizio di fatto, potendosi solo verificarne l'astratta corrispondenza, per come risultante dalla motivazione, a standard giustificativi coerenti (31).

C'è un profilo, nella celeberrima vicenda di Bridoye, che è, se non trascurato, lasciato in parte sottotraccia: è vero che, per sua stessa ammissione, quel giudice faceva dipendere il verdetto dall'*alea judiciorum* intesa in senso letterale, ma è altresì vero che tutte le sue decisioni — fino all'ultima in cui il declinare della vista gli aveva impedito di conoscere correttamente il ricordato calcolo dei dadi — erano state confermate in appello, il che significa che esse erano, in qualche misura, connotate da un'adeguata giustificabilità esteriore nel senso

(30) Il concetto è espresso con la consueta lucidità da G. FABBRINI, *Poteri del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, XXIV, 722, secondo il quale « il problema della giustizia si presenta non come problema di contenuto, ma di metodo di determinazione del contenuto; se il metodo è corretto, il contenuto raggiunto viene assunto come giusto ».

(31) Per una recente rivalutazione della distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto nell'ambito del sindacato di Cassazione, cfr. L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino 2015. A mio giudizio, le due prospettive non sono inconciliabili. Tutto dipende da qual è il punto di vista dal quale si osserva la decisione. Se il punto di vista è quello della decisione *in fieri*, non vi è dubbio, a mio giudizio, che la distinzione fra fatto e diritto è totalmente artificiosa. Se ci si pone dal punto di vista della decisione già presa, allora è altrettanto corretto che si possa distinguere fra una componente di fatto e una componente di diritto.

anzi detto, anche perché il lancio dei dadi veniva espressamente posto in essere nel chiuso del suo *cabinet*.

E, in effetti, l'ironia di Rabelais — il quale ha cura di sottolineare come il metodo di Bridoye non differisse da quello di tutti *vous aultre, monsieurs* — mette bene in evidenza che, in definitiva, il sistema processuale si disinteressa totalmente al modo in cui il giudice, nel suo foro interiore, raggiunge la decisione (fosse anche affidandosi alla mera sorte o all'ispirazione del momento). Ciò che importa è che la sentenza sia ritualmente corretta (32), giustificabile e approvata, o, come dice Brydoie, « *plus doulcettement porté des parties condamnées* » (33).

In qualche misura, non sembra essere troppo distante dal vero l'affermazione per cui in qualsiasi giudizio la ricerca effettiva della verità è comunque surrogata dall'affidamento a “segni esteriori”, cosicché il giudizio secondo il modello burocratico si differenzerebbe, *in parte qua*, dagli altri modelli, per la centralità della motivazione, ma non per un diverso grado di attenzione alla verità.

Questa affermazione sembrerebbe trovare riscontro, ad esempio, nel *trial by jury* della tradizione di *common law*. La mia competenza ad esprimermi al riguardo è assai limitata, ma mi sembra evidente che i criteri pubblici di selezione dei giurati, la formazione diretta e immediata della prova e il criterio selettivo delle prove ammissibili e inammissibili che caratterizza l'*evidentiary system* sono tutti elementi oggettivi ai quali la decisione finale risulta connessa. La decisione, in quel sistema, è immotivata, ma l'osservanza delle dettagliate regole

(32) L'insistenza, ben nota ai lettori, con la quale Bridoye richiama l'assoluta correttezza procedurale del suo agire può essere utilmente accostata alla sottile analisi dell'importanza delle forme (con conseguente continua ricerca di un corretto punto di equilibrio fra profili formali e sostanziali) esposta da A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, cit., *passim* ma spec. 201 ss. e 255 ss.

(33) Sulla specifica formazione giuridica di Rabelais è utile leggere J.D.M. DERRET, *Rablais' Legal Learning and the Trial of Bridoye*, in *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, 1963, 111.

procedurali proprie del *trial by jury*, oltre a enfatizzare il valore simbolico del “rito”, garantiscono che il giudizio di fatto compiuto dai giurati sia (non già vero, ma) esteriormente “corretto”, ossia scrutinabile sotto il profilo della aderenza alle regole procedurali (34).

Sullo sfondo di questa ricostruzione, vi è, ovviamente, l’assunto per cui anche il carattere oggettivo e l’affidabilità degli elementi esteriori sono, in definitiva, un fenomeno culturale. È proprio tenendo presente questa circostanza che anche l’ordalia risulta conforme alla nozione esposta, perché, pure in quel caso, il giudizio di colpevolezza poteva essere riconnesso a un fatto esteriore oggettivo (il superamento della prova) nonché valutabile, secondo un determinato ordine d’idee e una specifica mentalità, come rilevante e significativo (della volontà divina) (35). Il che non è, sia pur con le debite proporzioni, molto diverso dall’affidamento riposto nella giuria popolare, secondo una tradizione culturale che emerge chiaramente dalla (e, quindi, precede la) garanzia del *legale iudicium parium suorum* richiesto dal capitolo 39 della Magna Charta.

D’altra parte, questa è, in fondo, la caratteristica propria anche dell’altro giudizio che trova comica rappresentazione nel capolavoro rabelaisiano. Il verdetto pronunciato da Pantagruel nei confronti di Baciaculo e Fiutascorregge è valido perché, nella sua *nonsensicality*, si autorappresenta all’esterno

(34) Al di là del negativo giudizio formulato da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 24 ss. su tale sistema dal punto di vista della sua validità epistemica, è da condividere l’affermazione secondo la quale l’affidabilità del *trial by jury* troverebbe fondamento in « ragioni sociali ». Il che, tuttavia, parrebbe essere una conferma del fatto che la concezione del processo, in generale, prescinde dalla sua idoneità all’attingimento della verità.

(35) Sul punto vi è convergenza di vedute anche fra *verifili* e *verifobi*: cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. cit.*, 6 ss.; B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia cit.*, 2 ss.

come esattamente conforme alla qualità delle loro arringhe, del pari prive di senso (36).

Mi pare che, da questo punto di vista, possa tornare anche utile l'accostamento, sotto il profilo strutturale, del processo al gioco (37). Perché anche nel processo, come nel gioco, l'esito è corretto non se la vittoria ha arriso al migliore, ma se le regole sono state rispettate (38) (39).

In definitiva, il metodo, la struttura del giudizio, piuttosto la sua corrispondenza al vero, è ciò che rileva essenzialmente nei sistemi — che mi sembrano quelli prevalentemente presenti nell'esperienza concreta in modo del tutto prevalente, se non esclusivo — in cui il processo è il mezzo per realizzare una

(36) Lo nota chiaramente B. CAVALLONE, *Comme vous aultres, messieurs (François Rabelais teorico del processo e del giudizio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 437 evidenziando come, al di là del possibile radicamento di questa concezione del processo nel mondo spirituale cristiano-rinascimentale dell'autore, la prospettiva rabelaisiana possa essere apprezzata sotto il profilo della rawlsiana *procedural justice*.

(37) E, infatti, la ritualità del processo è posta in relazione al gioco da A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, cit., 216 ss.

(38) Sul tema, si vedano, per la dottrina più risalente, P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 123 ss. e F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 101 ss., nonché più di recente, B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1545 ss. Per una più ampia e generale prospettiva, nonché per l'amplissima bibliografia, cfr. R. PALAVERA, *Giocare sul serio. Il paradigma ludico tra processo e diritto sostanziale*, in *Jus*, 2017, 457 ss. A mio avviso, le conclusioni di Cavallone sul fatto che il processo avrebbe una struttura comune con il gioco, ma se ne differenzierebbe sotto il profilo funzionale, andrebbero integrate, come si rileva nel testo, dalla considerazione per cui tanto nel gioco, quanto nel processo, l'esito giusto è quello determinato secondo le regole.

(39) Il che riporta al valore simbolico e rituale del giudizio sul quale, in modo a mio avviso del tutto condivisibile, pone l'accento A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina Editore, 2007 e, più recentemente, ID., *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis Edizioni, 2021, Kindle Edition, dove si nota che, ancor prima dei sistemi di intelligenza artificiale, i soli strumenti che consentono lo svolgimento del processo a distanza, consentono al processo di svolgersi al di fuori del luogo che gli è simbolicamente riservato, con conseguente stravolgimento del suo valore rituale e della funzione del giudice (ma anche della generalità dei soggetti che partecipano alla rappresentazione in una prospettiva di "mediazione" collettiva).

decisione giustificabile e come tale accettabile o criticabile tanto dai destinatari, quanto dalla generalità dei consociati. Il che, come è stato rilevato, conduce a non escludere dalla gamma di possibili strutture del giudizio, almeno in determinati casi, finanche il metodo di Bridoye allo “stato puro”, ossia la giustizia randomica anche nella forma esteriore (40).

Se, comunque, riportiamo l’osservazione ai processi caratterizzati dall’affidamento della decisione a un giudice burocratico che svolge il proprio ufficio rendendo un giudizio di fatto e di diritto motivato, l’obiettivo prima indicato è conseguito per effetto di una motivazione nella quale (al di là di ciò che ha *effettivamente* determinato il libero convincimento del giudice) il giudizio è adeguatamente riconnesso a elementi esteriori (mezzi di prova, preclusioni, conegni ecc., per ciò che attiene al giudizio di fatto ovvero la norma per ciò che attiene al giudizio di diritto) onde consentire il controllo (e la accettazione che ne discende (41)) della congruenza fra premesse e conseguenze.

2.2. *Giustizia predittiva e giustificabilità della decisione.*

La premessa appena svolta, che si era anticipata non breve, consente di affrontare il primo dei due temi rilevanti in questa sede.

Invero, mi sembra che non si possa eludere la conclusione per cui il modello della giustificabilità esterna precedentemente delineato risulta inevitabilmente alterato in tutte le varieguate ipotesi in cui s’intenda dare esplicita rilevanza *istituzionale*, nell’ambito della decisione giudiziale, alle operazioni e

(40) Cfr., N. DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, OUP, Oxford 2008.

(41) Mi sembra che questa conclusione sia in linea con la qualificazione del processo come « fatto sociale », ossia una « prova indissolubilmente giuridica, psicologica, finanziaria e sociale » il cui effetto di « pacificazione dipende da questa miscela »: cfr., A. GARAPON, J. LESSEGUE, *La giustizia digitale*, Bologna, 2021, 138.

alle elaborazioni degli algoritmi di AI dedicati alla giustizia predittiva.

Questa affermazione contiene una clausola limitativa e una clausola estensiva che meritano di essere esplicitate.

La clausola limitativa è quella che esclude la validità della affermazione appena fatta nei casi in cui le operazioni e le elaborazioni degli algoritmi di AI propri della giustizia predittiva *non assumano* una qualche rilevanza istituzionale nell'ambito della decisione giudiziale.

Detto in altri termini, fino a che i sistemi di giustizia predittiva sono privi di qualsiasi forma di istituzionalizzazione, il loro utilizzo è parificabile a quello del lancio di dadi da parte di Bridoye nel suo *cabinet*. È evidente la loro possibile incidenza sulla formazione del convincimento del giudice. Tuttavia, come ho tentato di dimostrare, la struttura processuale è indifferente ai processi cognitivi del giudice, per un verso, e alla verità e giustizia in senso assoluto, per altro verso. Conseguentemente, l'introduzione di nuove forme di elaborazione delle conoscenze risulta, almeno in via diretta e immediata, priva di conseguenze (42) fin tanto che il giudice motivi e non possa che motivare la decisione secondo l'usuale riferimento alla logica del giudizio di fatto insita nella disciplina probatoria complessivamente considerata.

La clausola estensiva è quella secondo cui sono destinate a incidere sul modello della giustificabilità della decisione tutte le forme di istituzionalizzazione di modelli di intelligenza artificiale per lo svolgimento di funzioni predittive.

Come avrò modo di chiarire meglio anche nel paragrafo successivo, esistono modi e gradi d'intensità diversi attraverso

(42) Ovviamente, resta fuori da questo discorso, la possibile incidenza che le possibilità di conoscenza dischiuse dagli algoritmi propri dell'intelligenza artificiale potranno avere sulle prassi sociali e, in via di riflesso, sulla istituzionalizzazione di nuove modalità di esercitare la funzione forense. E l'esclusione di questa prospettiva, che certo non è priva di rilievo, dipende dall'impossibilità di svolgere adeguatamente, a questo riguardo, una funzione ... predittiva.

i quali strutture e tecniche del processo possono istituzionalizzarsi, ma, una volta che ciò avvenga, qualunque ne sia il grado, ciò inevitabilmente si riflette sulla giustificabilità della sentenza intesa nel senso tradizionale.

Il modello descritto in precedenza sarebbe alterato in presenza di ogni forma più o meno accentuata di istituzionalizzazione della possibilità di fare riferimento alle “predizioni” dell’algoritmo come elemento esterno in relazione al quale fondare la giustificabilità del dispositivo della sentenza.

Ciò dipende dal fatto che, nell’ambito delle possibili giustificazioni del giudizio, viene introdotto un elemento del tutto eterogeneo.

Il sistema descritto, infatti, privilegiando, rispetto alla veridicità, la giustificabilità dell’accertamento, prevede che la decisione sia motivata:

a) o con riferimento a fatti e atti (il documento, la testimonianza, il fatto secondario nelle presunzioni semplici) aventi un possibile collegamento inferenziale con ciò che deve essere dimostrato;

b) oppure con riferimento a regole legali di giudizio (l’onere della prova, le presunzioni legali, i documenti aventi valore di prova legale ecc.).

Simmetricamente, la giustificazione consiste nell’espressione (i), nel primo caso, del nesso inferenziale riscontrato e (ii), nel secondo caso, dell’osservanza prestata alla regola.

A me sembra che il risultato dell’elaborazione algoritmica non riesca in alcun modo a collocarsi logicamente in questo quadro.

Non è riconducibile alla prima categoria di riferimenti, perché tale risultato è un fatto o atto che è, in sé, privo di qualsivoglia collegamento inferenziale con il *thema probandum*. Esso, semmai, certifica che altri fatti sono stati ritenuti muniti di tale rilevanza inferenziale. Ma un giudizio di inferenzialità — latamente inteso — non ha esso stesso valore inferenziale.

Il vero valore del risultato dell'elaborazione algoritmica è l'attendibilità del giudizio (predittivo) che è in esso espresso. Un'attendibilità che, nel caso del rinvio istituzionalizzato al sistema predittivo (e ricordo che qui si sta assumendo che tale rinvio esista), avrebbe un riconoscimento ordinamentale. Ciononostante, non siamo neppure nel campo delle regole legali di giudizio. Questo perché la legge, in quei casi, indica direttamente l'effetto. Quindi è la legge che incide sulla decisione. Viceversa, l'istituzionalizzazione dei sistemi di intelligenza artificiale implica il richiamo, nell'ambito delle regole processuali, di una volontà diversa da quella del legislatore (43).

Se anche fosse oggetto di rinvio da parte della legge, la predizione resta atto non imputabile al legislatore.

E questo appare ancor più vero se si considera che, mentre siamo in grado di esprimerci in termini negativi (escludendo l'imputabilità al legislatore), non siamo in grado di esprimerci in termini positivi, individuando un effettivo centro di imputazione.

La predizione algoritmica è conoscibile in quanto a esito, ma non per ciò che attiene al calcolo attraverso i quali esso si realizza (44). E, inoltre, quel calcolo non è sempre uguale a sé stesso, così come non sono sempre uguali gli esiti medesimi. L'algoritmo, per effetto del *machine learning*, si evolve costantemente e, anche a parità di "stadio" evolutivo, il progressivo incremento della mole e della composizione dei dati influisce inevitabilmente sulla sua decisione finale.

La giustificabilità della decisione cambia totalmente paradigma, perché, da un lato, vi è un radicale mutamento quali-

(43) Colgono benissimo, a mio avviso, questo profilo A. GARAPON, J. LESSE-GUE, *La giustizia digitale*, cit., 140, affermando che vi è, nella giustizia predittiva, una certa « somiglianza con l'uomo delle società tradizionali che si rimette all'ordalia come forma di verità superiore alla propria percezione ».

(44) Appare quasi inevitabile, a questo punto, la citazione di F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard 2015.

tativo (45) degli elementi a cui il giudice può fare riferimento per oggettivare il proprio convincimento e, dall'altro lato, muta altrettanto radicalmente la portata rituale del processo e si diluisce, fino quasi a scomparire, la partecipazione collettiva a quel rito e ai suoi esiti (46).

Anche l'accostamento con la consulenza tecnica è, a ben vedere, improprio. E questo per il semplice motivo che il consulente tecnico è nominato dallo stesso giudice. Forse, però, tale accostamento può aiutare a chiarire il senso del discorso qui svolto, immaginando il caso in cui fosse imposto al giudice di avvalersi permanentemente di un determinato consulente. L'immagine rende subito evidente, a mio avviso, la struttura completamente diversa che verrebbe ad assumere il giudizio di fatto e la posizione del giudice dinanzi alla *quaestio facti*.

Questo non significa che si tratta di un modello aprioristicamente inaccettabile. Secondo quanto abbiamo visto in precedenza, non vi è un modello unico e molti di essi si basano non sulla logica del procedimento che conduce al giudizio, bensì sull'autorevolezza di chi lo esprime.

Tuttavia, occorre aver chiaro che si tratta di un modello significativamente diverso e bisogna altresì ricordare che, com'è stato condivisibilmente sottolineato, ogni disciplina del giudizio di fatto e della prova « *sottintende una filosofia politico costituzionale relativa ai limite del potere* » (47).

Coerentemente con tale affermazione, l'innovazione derivante dalle possibili diverse forme di istituzionalizzazione della giustizia predittiva determina una modifica nella struttura del potere (anzi, dei poteri) e dei relativi limiti.

Ed è qui che il primo tema si connette naturalmente con il secondo.

(45) Lo argomentano persuasivamente A. GARAPON, J. LESSEGUE, *La giustizia digitale*, cit., 143 ss.

(46) Sottolineano la mancanza della « *partecipazione collettiva alla risoluzione dei conflitti e dei disordini sociali* » A. GARAPON, J. LESSEGUE, *La giustizia digitale*, cit., 152 ss.

(47) Così, condivisibilmente, A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, cit., 536.

3. *Giustizia predittiva e indipendenza del giudice.*

3.1. *Una breve digressione.*

È evidente che il principio della soggezione del giudice solo alla legge ha un significato polivalente.

Innanzitutto, il principio contiene una determinazione positiva (l'essere soggetto solo alla legge significa *essere* libero rispetto ad altro) e, al tempo stesso, una determinazione negativa (l'essere soggetto alla legge significa *non* essere totalmente libero),

In secondo luogo, il termine legge individua sia un atto avente determinate caratteristiche oggettive (generalità, astrattezza ecc.), sia un atto avente determinate caratteristiche soggettive (a seconda dei contesti: l'atto del Parlamento, del Sovrano ecc. ovvero, se si vuol attribuire preminenza al diritto vivente, le prassi interpretative e applicative oggettivamente rilevabili).

I predetti significati sono, ovviamente, tutti logicamente compresenti. Storicamente, tuttavia, alcuni di essi si presentano prevalentemente implicati nella formula.

È allora interessante notare come, nell'ambito della concezione che — valorizzando la determinazione negativa del principio e le caratteristiche soggettive dell'atto — storicamente intese la soggezione alla legge come subordinazione del giudice al sovrano (48), si prestò attenzione anche a mettere il giudice “al riparo” da interferenze solo molto latamente “istituzionali”.

(48) Cioè la concezione che coincide con l'inizio di quel processo di burocratizzazione del giudice al quale ho fatto riferimento più volte in queste pagine. Particolarmente interessante, in questa prospettiva, l'evidenziazione della circostanza per cui l'affermazione del giudice burocratico è stata accompagnata dall'eliminazione della responsabilità verso le parti (se il giudice è un funzionario, renderlo responsabile verso le parti non significa forse ritenere responsabile verso le parti lo stesso Sovrano?) e dalla sua sostituzione con la responsabilità disciplinare (se il giudice viola la legge, non sta forse disobbedendo al Sovrano?).

Com'è stato perspicuamente dimostrato dalla esigua ma autorevolissima dottrina (49) che si è occupata dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. (50), la prescrizione per cui, nella motivazione della sentenza, « *In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici* » ha una lunga storia.

Essa risale (51) al divieto, contenuto nelle regie costituzioni piemontesi del 1723, del 1729 e del 1770, di « *deferire all'opinione* » dei « *lettori di materie legali* » (52) e all'analogha interdizione, recata dal celebre dispaccio 23 settembre 1774 del re di Napoli, Ferdinando IV, di fondare le decisioni

(49) Ci riferiamo a G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss. Più di recente, sul tema, M. NUNZIATA, « *In ogni caso (nella motivazione della sentenza) deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*»: la persistente attualità dell'art. 118, comma 3 disp. att. c.p.c., in *Il nuovo diritto*, 1994, 878 ss.; M. DE BERNARDI, *La « legge delle citazioni » del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Riv. dir. rom.*, 2013, 1 ss. nonché M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto della giurisprudenza inglese*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, 25 ss.

(50) Peraltro, nonostante questa norma potrebbe essere considerata, per le ragioni che diremo, un relitto storico e sebbene essa sia priva di qualsiasi sanzione (e sia stata non raramente violata), è interessante notare come la medesima disposizione è stata molto più di recente riproposta nell'art. 88, comma 3, del c.p.a.

(51) Per il tramite dell'art. 265, comma 2, del Regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del codice di procedura civile approvato con r.d. del 14 dicembre 1865, n. 2641 e, ancor prima, dell'art. 98 cpv del Regolamento 18 aprile 1860 per l'esecuzione del nuovo codice di procedura civile degli Stati sardi del 1859, dell'art. 103 del Regolamento per l'esecuzione del Codice di procedura civile degli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 24 dicembre 1854 nonché delle premesse alle Leggi civili e criminali del Regno di Sardegna del 1827.

(52) Pare di cogliere nell'espressione “lettori” — contenuta nel par. 9, del libro terzo, titolo XXII della regia Costituzione del 1770 — un intento quantomeno svalutativo specie in confronto con il termine “dottori” contenuto nella precedente Costituzione del 1729. Una parziale rivalutazione della categoria si ha con l'art. 103 del Regolamento per l'esecuzione del Codice di procedura civile degli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 24 dicembre del 1854 il quale si riferisce più genericamente alla « *autorità dei dottori e scrittori legali* ». L'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. segna, da questo punto di vista, un arretramento riferendosi alla dottrina come “autori giuridici”.

giudiziali « *sulla nuda autorità dei dottori* ». Si è, anzi, prospettato un accostamento di questo divieto alle prescrizioni contenute nei §§ 18 e 21 della costituzione *Tanta* del dicembre 533 d.C. con la quale venne pubblicato il codice giustiniano (53) portando a compimento il processo di “riordino” del ricorso all'autorità dei giureconsulti romani avviata con la c.d. “legge delle citazioni” promulgata nel 426 d.C. da Valentiniano III.

La finalità del divieto è, come anticipavo, palese ed è scopertamente dichiarata dalla Costituzione piemontese del 1770 nella quale la disposizione recante il predetto divieto esordiva con l'affermazione « *Volendo noi che per la decisione delle cause si osservino in primo luogo le nostre Costituzioni* » ecc.

L'autorità dei dottori (anche quando derubricati a semplici “scrittori”, “lettori” o “autori”) è considerata, quindi, quale possibile interferenza con la subordinazione del giudice solo alla legge (e, quindi, solo al sovrano). Di qui il suo accostamento — peraltro del tutto palese negli antecedenti storici — con l'art. 12 disp. prel. c.c. (54).

Il carattere velleitario di tali prescrizioni è abbastanza palese. Ma il fatto che la cura non fosse efficace, non legittima di per sé la conclusione che il problema che s'intendeva curare fosse del tutto immaginario quantomeno se ci si pone nella prospettiva del generale disegno assolutistico in cui tali preoccupazioni si inserivano (55).

(53) M. DE BERNARDI, *La « legge delle citazioni » del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, cit., 4.

(54) Il tema è ampiamente sviluppato da G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, cit., *passim*.

(55) Specialmente considerando che le prescrizioni del dispaccio napoletano portano, com'è a tutti noto, la firma di Bernardo Tanucci appartenente egli stesso (nei primissimi ranghi) alla categoria di quei “dottori” (il dispaccio è, forse non casualmente, l'unica fra le fonti settecentesche citate che continua a designarli esclusivamente così) che « *àn purtroppo nelle loro opinioni e alterato e reso incerto e arbitrario il diritto* » e, soprattutto, studioso e statista fortemente interessato, lungo

Più verosimilmente, alla base delle stesse vi era la pragmatica presa d'atto che — se non si può, ovviamente, impedire che il giudice appartenga alla cultura del suo tempo e si confronti con la dottrina (56) — ove si voglia rafforzarne l'indipendenza (*rectius*, la dipendenza solo dalle “nostre Costituzioni”) si deve de-qualificare, de-istituzionalizzare qualsiasi altro formante (57). Ciò, ovviamente, con gli strumenti, non necessariamente efficaci, di cui dispone il legislatore (58).

tutto il corso della sua carriera, alle novità culturali e ai fermenti politici in atto in tutta Europa e che, proprio negli anni dei dispacci (che concludono la sua vicenda politica), «affrancatosi dal paternalismo carolino, si sentiva attratto dall'illuminismo di stampo genovesiano» (così A.V. Migliorini, *Tanucci, Bernardo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (diretto da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. Miletto), Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, 1933).

(56) Verrebbe, semmai, da esclamare che, invero, il problema è forse tutt'altro come puntualmente rileva M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto della giurisprudenza inglese*, cit. 40 ss., il quale esprime l'auspicio che ci si attenga all'indicazione contenuta nell'inusuale *Postscript* di Lord Goff di Chieveley alla sentenza *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10 (19 November 1986) URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html>, il quale, dopo aver debitamente citato alcuni autori (dai quale si era tuttavia discostato), li ringraziava enfatizzando l'importanza del dialogo fra giudici e dottrina in quanto «*jurists are pilgrims with us on the endless road to unattainable perfection; and we have it on the excellent authority of Geoffrey Chaucer that conversations among pilgrims can be most rewarding*».

(57) Questo dato mi sembra trasparire in modo evidente nelle apologetiche *Riflessioni* (dedicate al Marchese Tanucci) che Gaetano Filangieri dedica al dispaccio del 1774, in un capitolo delle quali (il capitolo VIII) — intitolato «La legge del Sovrano sarebbe inconsequente se non si fosse bandita dal foro l'autorità de' Dottori» — si attribuisce alla dottrina il duplice (e non perfettamente coerente) vizio di determinare nei giudici una condizione di soggezione («era senza dubbio cosa umiliante il vedere in questi secoli illuminati un magistrato chinare il capo al solo nome di Bartolo») e di costituire, con la «diversità delle loro opinioni», il «velo da nascondere» gli «arbitri» del magistrato: cfr. G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima Legge del SOVRANO*, Napoli, 1774, (ristampa anastatica impressa in occasione del Convegno Internazionale, «Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo» svoltosi a Vico Equense, il 14, 15 e 16 ottobre 1982), pp. 54-56.

(58) Il quale, beninteso, oltre con il mezzo dei “dispacci” (la cui efficacia è per definizione relativa) può intervenire anche sul piano formativo, come segnalano A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*,

3.2. *Intelligenza Artificiale e indipendenza del giudice*

La precedente digressione si proponeva di illustrare, con l'ausilio di una vicenda storica molto sommariamente tratteggiata, un dato che, a mio avviso, disvela il carattere ingenuo dell'affermazione che relega nell'ambito del "paradossale" il timore che le macchine prendano il posto dell'uomo nella decisione delle controversie (59).

Questa visione, nei termini esatti in cui è formulata, presuppone che non vi sia alcuna via di mezzo fra l'attribuzione diretta dell'autorità alle macchine di decidere e il nulla (60) (o, tutt'al più, il pigro adagiarsi sul dato fornito dalla macchina (61)).

A mio avviso, l'indipendenza dei giudici è un fenomeno ben più complesso.

Premessa, infatti, la distinzione (62) fra indipendenza funzionale — intesa come libertà del giudice da condizionamenti

cit. 5, ricordando la trasformazione in senso militaresco dell'Università prussiana proprio in coincidenza della burocratizzazione del giudice.

(59) Cfr., A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 2022, 1760 ss. (ai quali, peraltro, si deve una delle illustrazioni più accurate e chiare dei sistemi di giustizia predittiva) ritengono che: « *le macchine e i sistemi di ML non decidono alcunché, perché per decidere bisogna essere titolati a farlo e, a quel che ci risulta, nessuno ha intitolato questi sistemi a decidere* » (ivi, 1779).

(60) Credo di dover intendere in questo senso l'affermazione di A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., 1779, secondo cui « *Quindi, le macchine non prendono il posto degli umani, a meno che non siano proprio gli umani a sottrarsi ai propri compiti, conferendo una malaugurata auctoritas alle macchine, di diritto (cioè prevedendo l'efficacia giuridica della predizione automatica) o anche solo di fatto (adeguandosi passivamente a tale predizione)* ».

(61) Dopo quello che si è detto sul carattere innocuo del metodo di Brydoie, non occorre ribadire che, dal mio punto di vista, questa evenienza non è particolarmente pregiudizievole in sé.

(62) Sulla quale, si vedano, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 88 ss. e, nella specifica prospettiva delle giurisdizioni speciali, ivi inclusa quella tributaria, O. CHESSA, *Indipendenza e autonomia delle giurisdizioni speciali*, in AA.VV., *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. GUIDARA, Torino, 2021, 137 ss.

esterni — e indipendenza strutturale — concepita come autonomia e possibilità di un'amministrazione autonoma dell'ordine giudiziario di riferimento — è impossibile negare che, come ho detto in precedenza, la prima possa trovare un limite, ancorché, s'intende, diversamente graduato nella sua intensità, in ogni forma di istituzionalizzazione delle tecniche di giustizia predittiva (63).

Questo aspetto sembra emergere, sia pure in via indiretta, anche nell'analisi di chi avverte la possibile incidenza della giustizia predittiva sulla garanzia dell'autonomia, considerata sotto il profilo oggettivo della pienezza del contraddittorio (64). Perché tale incidenza dovrebbe farsi consistere non nell'impedimento allo svolgimento concreto del contraddittorio, bensì nella (più o meno accentuata) frustrazione della sua capacità di influire sulla decisione giudiziale. Ma ciò, evidentemente, dipende dal fatto che quella decisione sarà assunta (in modo più o meno significativo) *aliunde* o, almeno, *alio modo*.

Quando — sul presupposto che questo modello non si discosterebbe dall'idea moderna (nei sistemi giuridici di *civil*

(63) Per le diverse forme, ancora in effetti tutte embrionali e sperimentali, in cui si atteggia oggi la "giustizia predittiva", è particolarmente istruttiva l'analisi di M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. una ricognizione delle esperienze in corso*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* (a cura di A. Pajno, F. Donati e A. Perrucci), II, Bologna 2022, 483 ss.

(64) Il riferimento è alla ricca e profonda analisi di A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e autonomia del giudice. il ruolo del fatto e il valore del precedente*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, II, Bologna 2022, 389 ss. In questa prospettiva, tuttavia, non sembra un adeguato correttivo l'adozione di una soluzione « *che tende a favorire un utilizzo « ausiliario »* (sia pure con intensità e modalità diverse) degli strumenti di intelligenza artificiale che salvaguardi le prerogative e la legittimazione del giudice umano, in una prospettiva che ritiene possibile l'utilizzazione di tali strumenti, a certe condizioni, e in ambiti limitati, anche a ordinamento invariato. Posto che, a mio modo di vedere, si avrebbe comunque un'interferenza, la percorribilità di questa soluzione è subordinata alla previa individuazione del limite entro il quale tale interferenza è tollerabile. Anzi, a monte, occorre comprendere se l'interferenza è tollerabile *tout court*.

law) del giudice come *machina sapiens* — si afferma la possibilità se non addirittura l'esigenza o, quantomeno, la preferibilità di un sistema in cui « *potrebbe allora riaffermarsi la primazia del giudice umano, ma vincolarlo ad operare coadiuvato dalla macchina* » in particolare affidando alla macchina una « *funzione servente ma ritualizzata, una sorta di Avvocato Generale-machina, le cui « conclusioni » costituiscano una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante; un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata* » (65) si lascia in ombra che quel vincolo viene a sussistere rispetto a specifici soggetti (ancorché sfuggenti), non rispetto alla *machina*.

La predizione che la *machina* restituisce è il frutto delle scelte dei suoi programmatori, da un lato, e dalla scelta di selezione dei dati, dall'altro (66). E, anche per quanto riguarda i programmatori, vi sono diversi livelli: quelli che progettano e realizzano il sistema di intelligenza artificiale “base” e quelli che lo specializzano ai fini dello svolgimento delle funzioni di giustizia predittiva.

(65) In questo senso (con sottolineature mie) U. RUFFOLO, *Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della machina come ausiliare necessario del giudice umano*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, II, Bologna 2022, 458.

(66) I dati rilevanti, in teoria, sarebbero costituiti non solo dalla totalità della giurisprudenza di merito e di legittimità, ma anche dalla totalità degli atti di parte (probabilmente non solo gli scritti difensivi, ma anche le allegazioni probatorie) poiché le sentenze sono, inevitabilmente e, direi, condivisibilmente, influenzate dal “caso” così come esso risulta delineato nel processo dalle allegazioni delle parti, intese sia come meri enunciati, sia come tecniche retorico-persuasive impiegate, sia come capacità di provare e di argomentare in ordine all' idoneità delle prove offerte. Cosicché, per quanto le capacità di assorbimento dei dati da parte delle macchine sia infinitamente superiore a quello umano, è difficile ipotizzare che si possa fare a meno di una qualche selezione. Sia perché, verosimilmente, anche la capacità “fisica” delle macchine presenta dei limiti, sia perché mi sembra arduo immaginare che non vi siano limiti economici e temporali. Sull'inevitabile (anzi, sulla strutturale) parzialità dei dati costituenti l'informazione posta a base dell'elaborazione robotica, cfr. A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in AA. VV., *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), Bologna 2019, 33 ss.

Questa variegata compagine di soggetti è destinata, poi, a incrementarsi ulteriormente se si prende in considerazione l'esigenza, postulata dalla medesima dottrina, di “certificatori” chiamati a svolgere una funzione di « *esaustiva ed autorevole verifica ex ante della affidabilità dell'algoritmo predittivo da fornire in dotazione agli uffici giudiziari* » (67).

Il che conferma, quindi, l'esistenza di un rapporto di dipendenza della decisione giudiziale dalle determinazioni e dalle scelte operate da terzi (68): per definizione non neutrali — nella misura in cui ciascun soggetto è inevitabilmente condizionato dalla propria formazione e dalle proprie esperienze —, plurimi e, come tali, anonimi e in fin dei conti irresponsabili, nonché operanti, per di più, in condizioni di segretezza (69).

Né può essere pretermesso il carattere privato proprio di

(67) Così U. RUFFOLO, *Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della machina come ausiliare necessario del giudice umano*, cit., 477. Peraltro, vale la pena osservare che il problema della certificazione non è esso stesso di facile soluzione. Sia perché, come osservo più avanti nel testo, determina a sua volta un problema di *governance* del certificatore. Sia perché i modelli di *machine learning* sfuggono, com'è stato perspicuamente indicato, a una struttura logico deterministica della decisione (cfr., A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in AA.VV., *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di S. Dorigo), Pisa 2020, 53). L'algoritmo, come indica il suo stesso nome, è in grado di indicare la probabilità di verificazione di un evento, ma non di stabilire le ragioni di tale verificazione. Come notano N. CHOMSKY, I. ROBERTS e J. WATUMULL, *The false promise of ChatGPT*, in *The New York Times*, 8 marzo 2023, il limite di questi sistemi è « *the absence of the most critical capacity of any intelligence: to say not only what is the case, what was the case and what will be the case — that's description and prediction — but also what is not the case and what could and could not be the case. Those are the ingredients of explanation, the mark of true intelligence* ».

(68) Sotto il profilo penale, il limite alla libertà del giudice è efficacemente sottolineato da F. PINELLI, *Intelligenza artificiale e decisione penale*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, II, Bologna 2022, 567 ss.

(69) Anche le operazioni dell'autorità di certificazione — che, nella descrizione offertane, restano piuttosto indeterminate nella loro specifica consistenza — sono espressamente qualificate come destinate ad essere svolte nell'ambito di un « *procedimento autoritativo coperto da massima riservatezza e vincolo di segretezza* »

tali soggetti. L'opinione (70) di chi esclude il loro effettivo operare nell'ambito della giustizia predittiva — certamente corretta sotto il profilo degli auspici — deve misurarsi con la circostanza per cui i sistemi di intelligenza artificiale di giustizia predittiva (specie con il progredire dell'evoluzione) non potranno fondarsi ogni volta su programmi realizzati *ex novo* ed *ab imis*, ma assai più verosimilmente consisteranno in “applicativi” specifici “innestati” su una base “generalista”. Solo i primi (cioè gli “applicativi”) potranno essere sviluppati, eventualmente, da specifici soggetti pubblici per le esigenze proprie della giustizia, mentre la seconda (la “base generalista”) — a causa degli straordinari investimenti che comporta — sarà più probabilmente controllata oligopolisticamente da pochi attori globali, non raramente privati (71). E, almeno in questa prospettiva, al carattere privato si aggiungerà anche

(cfr. U. RUFFOLO, *Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della macchina come ausiliario necessario del giudice umano*, cit., 477).

(70) Secondo M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Giustizia predittiva e giurisdizione civile. primi appunti*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, II, Bologna 2022, 515 ss. (spec. 531) la privatizzazione non potrebbe conseguirsi perché richiederebbe un volume di investimenti eccessivo. Ma questo vale per quelli che nel testo definisco “applicativi”, mentre, per il programma base, probabilmente, varrà il principio opposto. Le imprese private, considerata l'enorme varietà (e lucrosità) delle applicazioni di tale sistema sono incoraggiate a svilupparlo e lo stanno facendo investendo risorse e acquisendo vantaggi competitivi che difficilmente possono essere recuperati dagli operatori pubblici di singoli Stati (a parte quelli di maggiore dimensione). Secondo il recentissimo N. MASLEJ ET ALII, *The AI Index 2023 Annual Report*, AI Index Steering Committee, Institute for Human Centered AI, Stanford University, Stanford, CA, april 2023, « until 2014, most significant machine learning models were released by academia. Since then, industry has taken over » Del tutto condivisibile, peraltro, è l'idea espressa dagli autori citati secondo la quale la giustizia costituisce bene comune e, come tale, non dovrebbe tollerare alcuna forma di privatizzazione.

(71) Non casualmente, l'approccio unionale assume questo dato a presupposto della propria raccomandazione sull'impiego dell'intelligenza artificiale nel diritto penale (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_IT.html) formulando (cfr. la raccomandazione n. 17) l'invito alle « autorità giudiziarie e di contrasto a garantire una trasparenza proattiva e piena sulle imprese private che forniscono loro i sistemi di IA per finalità di contrasto e giudiziarie; raccomanda

quello transnazionale (o, comunque, di estraneità all'ordinamento considerato) (72) con le evidenti ulteriori implicazioni ordinamentali.

I profili che ho appena evidenziato risultano certamente avvertiti dalla stessa dottrina che si mostra favorevole all'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale come ausiliari del giudice. In effetti, questo modello è proposto — anche in modo tutt'affatto scoperto — come un necessario antidoto per reagire alla “crisi della fattispecie” e restituire un certo grado di “calcolabilità” al diritto, evitando il trasmodare dello *iuris-dicere in legis-latio* (73).

Questo rilievo non mi sembra contraddire la tesi qui sostenuta. Non è questo il luogo per entrare nel merito della complessa questione dell'accettabilità del ruolo che i giudici oggi rivendicano e del fatto che esso sia esorbitante rispetto a quello che è loro assegnato dall'ordinamento. È sufficiente rilevare che, anche accettando questo presupposto, resta il fatto, a mio avviso cruciale, che il rimedio non consiste in un mero accorgimento tecnico, ma nell'introduzione di un ulteriore vincolo di subordinazione dei giudici medesimi, un condizionamento aggiuntivo rispetto a quello della legge.

l'impiego di software open source ove possibile». Al riguardo si rinvia alle approfondite considerazioni di F. PINELLI, *Intelligenza artificiale e decisione penale*, cit., 587 ss. Il tema del carattere privato e oligopolistico dei “produttori” di sistemi di intelligenza artificiale è accentuato in M. SCIACCA, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contratto e impresa*, 2022, 1196.

(72) Anche questo profilo è insistentemente ribadito da M. SCIACCA, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, cit., 1197.

(73) La finalità dell'introduzione di questo Avvocato Generale robotico è dichiaratamente quella di « *conciliare le esigenze di certezza del diritto (di sentenza unanamente pre-vedibile) con quelle di giurisprudenza evolutiva, capace di adeguare la norma — senza però forzarla — ai mutati contesti sociali* » (v. U. RUFFOLO, *Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della machina come ausiliare necessario del giudice umano*, cit., 462). Si tratta, in altri termini, di una posizione che muove da aspirazioni largamente convergenti con quelle espresse da M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 881.

Peraltro, la subordinazione in parola solo formalmente si può qualificare come *aggiuntiva*. In realtà, una volta istituzionalizzata la possibilità di fare riferimento *anche* alle determinazioni dei sistemi di giustizia predittiva, viene *praticamente* meno l'effettiva possibilità di dimostrare che il riferimento sia stato, in realtà, *esclusivo*. Il che, com'è stato perspicuamente argomentato, determina l'ineffettività del principio di “non esclusività” postulato nel noto caso *Loomis vs Wisconsin* (74).

Ciò che è stata definita “la travolgente forza pratica” dell'algorithm (75) rende concretamente inefficace la previsione di un impiego “limitato” o non esclusivo dell'intelligenza artificiale. Anche un'istituzionalizzazione “parziale” o di supporto è destinata, nella pratica, ad avere effetti molto significativi sul sistema.

Riannodando le fila dei discorsi svolti, si potrebbe dire che le prescrizioni delle costituzioni piemontesi e del dispaccio napoletano, già velleitarie in sé, sarebbero state del tutto insensate se si fossero risolte nella prescrizione della possibilità di “deferire” il giudizio *anche* alla “nuda autorità” dei dottori, perché non esclusivamente. Così come appare evidente che il metodo di Bridoye era accettabile solo se, venendo praticato all'interno del suo *cabinet*, restava una pratica che — quantunque forse generalizzata (come Egli costantemente ripete) — era, comunque, non istituzionalizzata.

Inoltre, il vincolo determinato dall'intervento ausiliario del giudice robotico sarebbe irriducibile alla legge perché man-

(74) Si vedano le acute — e, dal mio punto di vista, decisive — osservazioni di A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, cit., 56. Non mi sentirei di condividere, invece, l'estensione a questi “automatismi” decisorii dei parametri di valutazione previsti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di presunzioni. E questo perché, come dovrebbe emergere da quanto detto in precedenza, le presunzioni costituiscono un vincolo decisionale comunque imposto dalla legge. Viceversa, tramite gli automatismi “robotici” — se è consentito di esprimermi, per ragioni di sintesi, in questi termini — viene introdotta, sia pure per legge, una subordinazione del giudicante alle determinazioni non legislative.

(75) Testualmente, A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, cit., 56.

cante, per definizione, dei caratteri di democraticità che sono propri di quest'ultima (76). A tacer d'altro, il capitolo della *governance* dell'autorità di certificazione dei sistemi di giustizia predittiva resta interamente da scrivere e, in ogni caso, mi sembra oltremodo dubbio che questa possa interamente coincidere con il potere legislativo.

Le finalità di certezza (o calcolabilità) del diritto sottesa agli auspici di un vincolo robotico alla decisione giudiziale possono rendere questa scelta opportuna, auspicabile o finanche necessaria, nondimeno essa resta una soluzione che, comunque, innova — e non poco! — l'assetto complessivo delle istituzioni (77).

4. *Conclusioni.*

La finalità del discorso fin qui svolto non è quella di contrapporsi alla possibilità di istituzionalizzare, in un modo o nell'altro, il ricorso a sistemi di giustizia predittiva.

Ciò non solo perché tale scelta può comportare benefici, ma soprattutto perché occorre prendere pragmaticamente atto del fatto che una tecnologia così potente qual è l'Intelligenza Artificiale può difficilmente essere arginata. Vi è, nei processi storici in generale e nella diffusione della tecnologia in particolare, una capacità di autoimporsi che sta nella natura stessa delle cose.

(76) Non è del tutto chiara la ragione per la quale M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Giustizia predittiva e giurisdizione civile. Primi appunti*, cit., 527 ritengono che il modello c.d. estone, ancora allo stadio sperimentale, creerebbe la base per uno sviluppo democraticamente controllato del diritto. Vero è che gli stessi autori precisano che ciò si verificherebbe solo in una prospettiva ideale. Per una posizione assai dubbiosa sull'attuale grado di democraticità, cfr., M. SCIACCA, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, cit. 1200.

(77) Del tutto condivisibile appare, quindi, l'osservazione di M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Giustizia predittiva e giurisdizione civile. Primi appunti*, cit., 530 secondo i quali « un uso della giustizia predittiva come quello sopra delineato dovrebbe essere approvato a livello di legislazione costituzionale ».

Il rischio maggiore non consiste, a mio avviso, nell'avvento di queste tecnologie e nella loro applicazione anche a un settore assai delicato qual è la giustizia. Anche perché, come ho appena detto, si tratta di un rischio probabilmente ineliminabile.

La maggiore criticità deriverebbe dal non avere sufficiente consapevolezza delle reali conseguenze che questa vicenda comporta.

In qualche misura, mi sembra paradigmatico, da questo punto di vista, l'approccio che si va profilando nell'Unione Europea.

Certamente meritoria è, innanzi tutto, la scelta di intervenire tempestivamente per governare i sistemi di intelligenza artificiale riflessa nella proposta di Regolamento COM(2021) 206 final approvato dalla Commissione il 21 aprile 2021 e della quale è tuttora in corso l'iter di approvazione.

Altrettanto apprezzabile è la scelta di individuare, fra le diverse aree applicative dei sistemi di IA, alcune qualificate ad alto rischio nell'ambito delle quali trova espressa menzione l'attività giurisdizionale (78).

Nondimeno, la sensazione che si ritrae dalla complessiva lettura della proposta di Regolamento è che l'approccio sia quello riservato ai "prodotti" ritenuti pericolosi e che l'intervento normativo sia costruito come diretto a controllarne l'immissione nel mercato in modo da minimizzare i rischi per gli utenti finali.

(78) Cfr. il Considerando n. 40 della proposta di Regolamento, dove si rileva che « Alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. È in particolare opportuno, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità giudiziarie nelle attività di interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti ».

Il discorso fin qui svolto mi sembrerebbe indicare che un simile approccio non coglierebbe appieno la realtà del problema.

Anche se vi può essere certamente un problema di tutela del mercato, degli operatori economici e dei consumatori, la vera criticità riguarda l'architettura istituzionale.

Ciò che è in discussione non è (o, almeno, non è solo) la salute pubblica o le responsabilità da prodotto.

Rispetto a entrambi i profili considerati in questo saggio — la posizione del giudice dinanzi alla *quaestio facti* e la sua indipendenza — l'istituzionalizzazione di sistemi di giustizia predittiva introduce limiti e cambiamenti, i quali, a loro volta, si riflettono in corrispondenti modifiche nella distribuzione e articolazione soggettiva del potere di decidere (79). E ciò all'interno di un sistema di allocazione dei poteri globalmente intesi in cui lo scarto fra prefigurazione astratta e declinazione concreta non è forse stato mai così ampio come in questi anni con in più un accentuato tasso di opacità e, quindi e inevitabilmente, di "privatizzazione" (80).

Il richiamo all'episodio rabelaisiano di Bridoye serve a indicare che, sebbene la qualità della decisione sia importante, ciò che davvero conta è la titolarità e il controllo, se del caso, di questo potere.

La scelta che occorre fare o, comunque, il punto di vista da cui osservare questi cambiamenti, investe proprio questo profilo, prima di ogni altro. Efficienza, rapidità, ecc. sono aspetti importanti, ma la loro soluzione è subordinata alla chiara definizione, almeno in astratto, della posizione istituzionale dei

(79) Lo rileva col consueto acume N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA. VV., *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), Bologna 2019, 20 il quale segnala che i « conflitti di potere [...] non sono neutralizzati o composti dalla tecnica robotica, ma, per così dire, spostati alla fase di scelta delle informazioni. Qui il potere giudiziario trova la sua nuova sede ».

(80) Il tema è stato recente trattato da M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022.

soggetti coinvolti nella decisione. Avendo ben presente che anche modifiche apparentemente minime hanno riflessi di straordinaria importanza — nel breve, quanto nel medio termine — sulla struttura istituzionale complessiva.

E, sebbene la tecnologia di cui si discorre presenti profili di novità che sfidano radicalmente le nostra capacità di comprensione e di immaginazione, il grande vantaggio di cui gode il giurista in un settore delicatissimo qual è la giustizia è di poter contare su un “laboratorio storico”, su una ricchissima messe di esperienze concrete, di progetti politici, di riflessioni su problemi particolari e generali svolte a ogni livello — dalla grande speculazione filosofica all'esegesi degli operatori passando per le rappresentazioni letterarie — a cui mi pare tanto più indispensabile attingere, quanto più aumenta, per l'apunto, la complessità del sistema.