

Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della *machina* come ausiliare necessario del giudice umano*

di Ugo Ruffolo

Sommario: 1. Premessa ed anticipatoria sintesi; 2. La machina iudicans come ausiliare necessario del giudice umano; 3. Algoritmo predittivo e machina decidens. Conferire alla machina il ruolo d'una sorta di Avvocato Generale robotico, le cui conclusioni il giudice umano sia tenuto a valutare ed eventualmente disattendere, motivando; 4. Machina decidens e decisore umano a confronto. Inidoneità della prima a “giudicare” da sola, ma necessità per il secondo di operare coadiuvato dalla machina, per favorire la meritoria giurisprudenza evolutiva ponendo però freno a quella gratuitamente creativa; 5. La inaccettabile transizione dal giudizio secondo norme e principi normativi a quello “secondo valori”. La idoneità della macchina a censire principi e clausole generali (restando irrilevante la “calcolabilità” dei valori), e conseguente capacità di interpretazione algoritmica anche evolutiva (ma mai creativa); 6. Imprevedibilità della sentenza innovativa e stato di diritto; 7. Giudicare secondo diritto o secondo valori? Dalla giurisprudenza evolutiva a quella creativa?; 8. La machina come ausiliare necessario del giudice umano per riportare al giudizio secondo (non valori, ma) diritto; 9. Una prima sintesi conclusiva: l'ibrido uomo-macchina; 10. Quale rimedio per la opacità del black box algoritmico?; 11. Una precisazione finale: resta bouche de la loi la mediazione interpretativa del giudice-funziario? Anche in tempi di crisi della legge, e di norma che vive ed evolve nel tempo?

1. Premessa ed anticipatoria sintesi

Una macchina può giudicare un uomo? E un essere umano può essere giudicato (solo) da una macchina? Pur potendo meritare risposta positiva il primo interrogativo, dovrà sempre ricevere risposta negativa il secondo: non per mancanza di fiducia nelle

* Il presente scritto è stato elaborato nel contesto di una ricerca Astrid su Intelligenza artificiale e diritto, ed è stato pubblicato in ASTRID, “Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Amministrazione, responsabilità, giurisdizione”, a cura di Filippo Donati, Alessandro Pajno, Antonio Perrucci, vol. II, Ed. il Mulino, Bologna, 2022

capacità “tecniche” (presenti o future) del giudice robotico, ma in nome della dignità del giudicando, quando ed in quanto essere umano.

Ancorché la decisione robotica autonoma, nel tempo dell’Intelligenza Artificiale (A.I.), sia tecnicamente praticabile, deve agevolmente considerarsi “*in ogni caso imprescindibile il contributo umano del giudicante*” (Patroni Griffi). Ma soprattutto in nome della dignità “umana” del giudicando. Non tanto, invece, per la complessità “tecnica” del decidere, imputata anche alla problematica pluralità delle fonti, al dilatarsi della normazione nazionale, al suo spesso non univoco intreccio con quella eurounitaria e sovranazionale, ed al crescente ruolo di clausole e principi generali; e neppure per la opacità dell’algoritmo che rende complessa la verifica sulla adeguatezza della decisione robotica e della logica algoritmica alla sua base.

Come vedremo, nessuno dei due argomenti è decisivo. La dilatata pluralità e complessità delle fonti pare anzi argomento militante in senso contrario, esigendo come spesso indispensabile l’ausilio della macchina per un giudice “medio” non di rado *unfit* a censire e governare in solitudine le complesse problematiche. Mentre il problema dell’algoritmo *black-box* può trovare soluzione nel ricorso a procedimenti di adeguata e ritualizzata validazione preventiva della *machina*, piuttosto che nel *reverse engineering*, in contraddittorio e caso per caso, sulla congruità del suo operato.

Anticipiamo soltanto che, rifiutando ogni ruolo della *machina decidens* come interamente sostitutiva del giudice umano, intendiamo invece spezzare una lancia a favore della sua indispensabilità quale qualificato ausilio del medesimo, come è ormai auspicato, seppur con ampia varietà di posizioni, da autorevole dottrina (v. Punzi, Caravita e Donati. Quest’ultimo, ricordando l’importanza di garantire che “*il giudice mantenga piena autonomia di giudizio e che non basi la propria decisione esclusivamente sulle indicazioni provenienti dal computer*”, propone l’impiego di sistemi di A.I. non soltanto nella ricerca di precedenti, ma quantomeno nell’effettuazione di “*valutazioni tecniche volte alla determinazione di importi monetari nell’ambito di giudizi civili*”, nella ricostruzione di “*dati fattuali da utilizzare ai fini della decisione*”, così come nella “*predisposizione di bozze dei provvedimenti o per la trattazione di cause semplici, seriali, ripetitive, interamente documentali, nei limiti permessi dalla legislazione applicabile*” e nelle procedure alternative di risoluzione delle controversie).

La proposta di chi scrive si spinge sino alla ritualizzazione del ruolo della *machina* quale ausilio del giudice umano, assegnandole la veste di una sorta di Avvocato Generale robotico, col compito di fornire al giudice umano un progetto di decisione, che dovrà censire, restando assolutamente libero di disattenderlo; ma motivando. Orientamento che registra un autorevole consenso, ed anzi una originale proposta di omologa – seppure non coincidente – concreta attuazione (Caravita

suggeriva, tra l'altro, una tempestiva assunzione nei ruoli dell'ufficio del processo di “*ingegneri, informatici, fisici, scienziati della comunicazione, giuristi anche, ma competenti su questi temi, affidando loro una funzione di staff nella creazione centralizzata di meccanismi di Intelligenza Artificiale e nella gestione decentrata di essi*”, ai quali affidare, sotto la guida di un comitato scientifico composto da tecnici e giuristi, la costruzione di uno o più *data lake* “*basandosi su algoritmi di lettura che rispondano ai canoni di trasparenza fissati dalla giurisprudenza nazionale ed europea e siano rispettosi delle tradizioni costituzionali comuni*”).

Una ulteriore premessa è indispensabile. Stiamo parlando non di semplice digitalizzazione della giustizia e del processo ma dell'impiego di algoritmi dotati di *Artificial Intelligence self-learning*, dunque con capacità di autoapprendimento, ed altresì di autoperfezionamento e conseguente autoriprogrammazione, che consente alla macchina sapiente una elevata indipendenza sia dalla programmazione (e dalla logica del programmatore) iniziale, sia dai dati inizialmente immessi, e sui quali la macchina è stata addestrata. La macchina - come noi - cresce imparando; e - come noi - modifica i suoi schemi classificatori e “concettuali” nell'evolvere dell'apprendimento. E trova - come noi - i dati normativi e giurisprudenziali (e dottrinali?), come quelli “sociali”, consultando banche dati, raccolte di giurisprudenza ed opere edite in formati a lei accessibili (è il suo modo di “andare in biblioteca”). Quel tipo di intelligenza - ed è questa la vera maggior differenza - “pensa” in modo radicalmente diverso dalla mente umana.

Se la nostra mente ragiona sulla base del principio di causalità, storicamente pietra angolare della cultura umana (quantomeno nel pensiero occidentale), la A.I. ragiona invece per inferenza. Montesquieu assegnava alla attività di *ius-dicere* la funzione di *bouche de la loi*, quale corollario della tripartizione dei poteri, poi cardine della rivoluzione francese, matrice degli ordinamenti continentali, che affidava al giudice-funzionario il (solo) compito di traduzione del comando astratto nel caso concreto (il “*da mihi factum, dabo tibi ius*”). È la dottrina weberiana della fattispecie, come riconduzione di un fatto specifico a caso particolare dello schema astratto (*facti species*) preveduto dalla norma. È un metodo “sistematico”, figlio della filosofia tedesca. È un sistema, nato da una rivoluzione “di classe”, quella francese, che ha - anche fisicamente - decapitato una classe, quella aristocratica, e che esalta il primato della legge e garantisce che il giudice sia effettivamente terzo, dovendosi limitare ad applicare la legge votata dai corpi elettivi.

2. *La machina iudicans come ausiliare necessario del giudice umano*

Il giudice-funziario diventa così impersonale voce della legge. La quale, anzi, garantisce i cittadini “contro” il giudice, ove la travalichi. Diversamente, nei sistemi di *common law*, nati non da una rivoluzione, ma da un “riformismo”, non si teme che il giudice sia “di classe”. E lo si considera effettivamente un terzo al quale chiedere il “suo” giudizio, anche d’equità, e rispondenza della legge ai sovraordinati principi di *common law*. 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, nato nell’alveo dell’empirismo inglese che affida al giudice, effettivamente “terzo”, un compito a metà fra il *ius dicere* ed il *ius facere* nel caso particolare, con lati poteri di decidere secondo equità; dunque, non solo sulla base di norme e principi legali ma anche secondo valori, con maggior tendenza verso la sentenza “giusta” piuttosto che “esatta” (perché conforme alle norme). Laddove il giudice-funziario, privo di investitura sociale a “fare giustizia”, resta vincolato ad essere “macchina” (Weber), che “calcola” ed applica la legge. Dunque, un giudice come *machina sapiens* umana *bouche de la loi*. Fungibile, “tecnicamente”, con la *machina* robotica se altrettanto *sapiens*? Idonea, quest’ultima, ad essere *bouche de la loi*? O, invece, la natura umana del giudicante è indispensabile? “Logicamente”, eticamente, o socialmente?

Invero, il nostro modello di ordinamento non è cambiato, ancorché il sistema-magistratura voglia forse oggi auto-assegnarsi un nuovo ruolo. E se il primato, e la libertà di decisione, del giudice umano debbono restare comunque indiscussi, alla *machina sapiens* potrebbe (dovrebbe?) oggi assegnarsi, ritualizzandolo, un nuovo ruolo, seppur ancillare e subalterno. Ed è essenzialmente su tale terreno che va verificata la indispensabilità “tecnica” della *machina sapiens* umana come giudicante, od invece la sua fungibilità (sempre “tecnica”) con la *machina robotica*. Altra cosa 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.

Potrebbe allora riaffermarsi la primazia del giudice umano, ma vincolarlo ad operare coadiuvato dalla macchina. Al ricorso alla quale assegnare un ruolo anche processuale, nel rispetto del più generale principio - anche eurounitario - dello *human in command*, ispiratore della norma specifica che inibisce la decisione automatizzata ed autonoma, con ridotte eccezioni, subordinate al consenso dei soggetti interessati (art. 22 del Regolamento 2016/679). Sarebbe, dunque, possibile (ed opportuno) ritualizzare il ruolo dell’algoritmo predittivo; con il giudice umano dotato della massima libertà di decisione ma vincolato a censire le - e a tenere conto delle - conclusioni espresse dall’algoritmo predittivo, del progetto di sentenza robotica; libero, dunque, di discostarsene, ma motivando. Invero, la *machina* si caratterizzerebbe, da un canto, come più limitata ma, dall’altro, più performante del giudice umano.

La macchina non mangia, non dorme, non ha crisi sentimentali, né preferenze personali o ideologiche; e, soprattutto, esamina sempre tutto il fascicolo. La macchina, limitandoci al processo civile, vaglia - e risponde a - tutte le domande dell'attore, ed a tutte le eccezioni del convenuto, "processa" tutti gli atti (e non è poco) ed ha illimitato accesso a tutte le fonti normative ed a tutti i precedenti giudiziari e le pubblicazioni e 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. Non essendo umana, è priva sia di empatia che di comprensione emotiva, e comunque di "immedesimazione".

È l'altra faccia della medaglia della imparzialità asettica. La *machina* è fredda e dis-umana; ma è già "intelligente", e comunque razionale. Nonostante - o grazie a - tali caratteristiche, essa riesce a prevedere il futuro comportamento dei giudici con ragionevole approssimazione; e come macchina predittiva si è anzi rivelata più affidabile, statisticamente, dei giuristi umani: a Cambridge una pluralità di casi già decisi dalla Corte Suprema degli USA sono stati contemporaneamente sottoposti ad una "macchina" e ad un *pool* di qualificati giuristi umani, riscontrando sempre la superiorità della prima per percentuale di coincidenza fra decisioni predette e sentenze reali (v. Caianiello).

3. *Algoritmo predittivo e machina decidens. Conferire alla machina il ruolo d'una sorta di Avvocato Generale robotico, le cui conclusioni il giudice umano sia tenuto a valutare ed eventualmente disattendere, motivando*

Del resto, quanto meno 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*". Restando incontestabile l'elevato tasso di prevedibilità delle sentenze da parte della *machina sapiens*, possiamo sottrarci al compiuto esame sia dell'affascinante quanto complesso interrogativo circa la "calcolabilità" del diritto, sia dell'altrettanto investigato tema delle analogie e differenze fra calcolabilità e prevedibilità nell'analisi giuridica, fra astratta calcolabilità del diritto e concreta prevedibilità della specifica sentenza.

Distinguendo fra sentenza robotica e giustizia predittiva (quest'ultima come previsione, con elevato tasso di precisione, di quale sarebbe la sentenza umana in un caso concreto), si propone 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 una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante; un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata.

Riaffermata la superiorità e titolarità umana della *iuris-dictio*, va considerato che il già attuale sviluppo di algoritmi di giustizia predittiva tende sempre più, di fatto, a consegnare a ciascuno la ragionevole previsione circa la valutazione futura dei giudici su un concreto comportamento, così storicizzandosi quello che si avvia ad essere la concreta percezione della “certezza” del diritto e dello stesso stato di diritto. Si rimanda, come convincente e generalizzabile apologo, al breve quanto significativo saggio di Luca Enriques (*Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l’etica*, a mia cura, 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.

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. Ufficializzando, così, il ruolo della *machina*, ma lasciando al giudicante umano egemonia e libertà massima di decisione, non si scalfirebbe l’alto ruolo di quest’ultimo ma se ne renderebbe al tempo stesso più “valutabile” e meno incontrollato l’esercizio del potere decisionale.

Sarebbe un modo di conciliare 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 assicurare deterrenza, e maggior controllo, rispetto a quella ingiustificatamente “creativa”, introducendo una sorta di strumento capace, di fatto, di moralizzare senza condizionarla la funzione decisoria. Si introdurrebbe un automatismo di *check and balance*, se vogliamo usare un parallelo iperbolico, idoneo a rendere evidente la ragionevolezza e portata innovativa della decisione evolutiva; ed altresì, quando tale, il giustificato divergere fra decisione ragionevolmente attesa (e pre-veduta dall’algoritmo) ed interpretazione giudiziale evolutiva meno predicabile. Che è anche un modo di consentirne la accettabilità sociale, conciliando meglio le aspettative di certezza del diritto con quelle di adeguamento interpretativo delle norme alla realtà mutata; che è poi il problema della certezza del diritto “nel tempo”.

In tempi di *contaminatio* sempre più spinta fra l’opera dell’uomo e quella della macchina intelligente - si pensi al chirurgo umano che opera, magari da remoto, governando una *machinery* chirurgica *smart* - sarebbe, questa, la «interazione feconda

tra uomo e macchina» che un incisivo saggio di Antonio Punzi (*Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, 319 ss.) sintetizza nella possibilità di «*giudicare attraverso le macchine»* in tempi nei quali «*possiamo pensare attraverso le macchine»*, preconizzando «*una contaminazione fra l'uomo e la macchina nella quale le prestazioni cognitive dell'uomo vengono potenziate ed al tempo stesso sorvegliate dalla capacità della 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.

La soluzione proposta non scalfisce il primato ed il ruolo del giudice umano, ed ancor meno ne nega la presenza irrinunciabile, e neppure lo “commissaria” sottoponendolo al controllo della macchina. Semplicemente, lo vincolerebbe “anche” a consultare un algoritmo predittivo capace di coadiuvarlo nel reperimento dei testi normativi e giurisprudenziali 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. Sarebbero così più facilmente soddisfatte le esigenze di certezza del diritto (lo stato di diritto si fonda sulla pre-vedibilità della norma applicabile).

4. *Machina decidens e decisore umano a confronto. Inidoneità della prima a “giudicare” da sola, ma necessità per il secondo di operare coadiuvato dalla machina, per favorire la meritoria giurisprudenza evolutiva ponendo però freno a quella gratuitamente creativa*

Il confronto fra il decisore umano e quello algoritmico, frequente in letteratura, appare non di rado inficiato da pre-giudizi riduttivamente antropocentrici. Si dimentica che il nostro è un giudice-funziionario, 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. I parallelismi uomo-machina *decidens* sono spesso ineguali: si prende a modello una concezione riduttiva della seconda e si promuove a pietra di paragone il giudice umano ideale, e non quello reale: un giudice archetipo dotato di elevata umanità, alta scienza ed illimitati mezzi.

Si dimentica che, nella vita reale, i fascicoli sul tavolo del giudice, in ogni udienza, 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. E che esistono i più dotati ed i meno bravi; i più aggiornati e quelli meno. Per contro, la assenza della natura umana della macchina viene invocata come sinonimo di incapacità sia di comprendere i “fatti” ed il lato umano, sia di ragguagliare il precetto normativo astratto alla specificità del caso concreto (ma è singolare che al ricorrente quesito «*se incriminato, ti faresti giudicare dal giudice umano o dalla macchina?*», la risposta assolutamente prevalente sia: «*dalla macchina, se sono innocente; dal giudice umano, se sono colpevole*»).

Sul piano della stretta “interpretazione”, poi, 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). Così si dimentica quanto siano variabili da persona a persona le competenze e capacità reali, e si sminuisce la capacità di discernere della *machina* (sottovalutandone la capacità di censire e processare, in parallelo ed in tempi fulminei, tutti i dati attinenti, normativi come giurisprudenziali).

Anzi, quando la esigenza di censire, conoscere e “trattare” un così elevato novero di dati e logiche (a partire dalla complessità, gerarchia e molteplicità delle fonti) sia tale da postulare capacità sovra-umane, emerge come evidente la opportunità (se non la necessità) dell’ausilio ancillare (ma formalizzato e “tracciabile”) della *machina*. Accanto ai limiti umani del giudice, quelli relativi alla sua *particolare* attitudine, cultura ed orientamento potrebbero generare un troppo elevato rischio di giudizio differente a seconda della persona-giudice specificamente incaricata. Laddove, invece, la dinamica algoritmica potrebbe assicurare esiti tendenzialmente più uniformi: macchine diverse tendenzialmente produrrebbero conclusioni omologhe.

Potrebbe pertanto non essere concepibile affidarsi al solo giudizio algoritmico, ma sarebbero sicuramente più disomogenee le decisioni affidate al solo giudice umano. Quale il ponte, dunque, fra *legis-latio* e *iuris-dictio*? Quanto la seconda può invadere il campo della prima, per “adeguare” la norma con interpretazione evolutiva-creativa, sostituendosi, in qualche misura, al legislatore (ed alterando, nella stessa misura, la divisione dei poteri)? Il giudice *bouche de la loi* deve emettere decisioni “giuste”, o “esatte”?

L’affastellarsi di proposizioni normative pletoriche (una legge finanziaria può essere corposa quanto un codice civile) o contraddittorie, le imperfezioni di tecnica formulatoria del legislatore, la pluralità delle fonti e la loro complessa gerarchia generano antinomie. La risposta al quesito posto al giudice in taluni casi può prevedere un numero *n*, superiore ad uno, di risposte “vere”. Nel senso che, talora, le risposte interpretative “egualmente probabili” sono più di una. Lo spazio di opzioni interpretative rimesso al giudicante resterebbe così limitato (si fa per dire) alla scelta fra il ristretto novero delle due o più interpretazioni soltanto che il gioco delle

antinomie rende egualmente probabili, in eguale grado di “*dubbio*”. Dunque, in tal caso, ed in tali limiti soltanto, gli sarebbe concesso (per sciogliere il dubbio, se resiste ancora alla corretta applicazione dei criteri dettati dall’art. 12 delle preleggi) di esercitare una propria “politica del diritto”.

Tale spazio risulterebbe ulteriormente ristretto dalla circostanza che molti dubbi interpretativi ricevono comunque, di fatto, nel “diritto vivente”, una soluzione come opinione giurisprudenziale dominante, ancorché non operi, nel nostro ordinamento, il principio dello *stare decisis*. Meglio, opera formalmente, ma con ambito molto limitato, avuto riguardo al ruolo nomofilattico delle pronunce della Cassazione, e particolarmente di quelle a Sezioni Unite (si veda l’art. 65, r.d. 12/1941). Dunque, il giudice umano perfetto, o il giudice macchina perfetto, dovrebbero decidere di fatto quasi sempre allo stesso modo. Lo spazio differenziale, pur esistente, sarebbe ridotto. Più complesso 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). E su tale terreno le opinioni spaziano dalla fungibilità assoluta alla totale infungibilità della *machina decidens* col giudice umano.

5. *La inaccettabile transizione dal giudizio secondo norme e principi normativi a quello “secondo valori”. La idoneità della macchina a censire principi e clausole generali (restando irrilevante la “calcolabilità” dei valori), e la conseguente capacità di interpretazione algoritmica anche evolutiva (ma mai creativa)*

Quello che la decisione robotica cristallizzerebbe i precedenti, anchilosando la giurisdizione al passato e pietrificandone gli orientamenti, è, poi, serio problema. Che 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. 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.

Forse il giudice umano “bravo” (ma non tutti lo sono) è (ancora) più idoneo della macchina a distinguere. Ma quanti giudici lo fanno? E leggono tutto? La macchina, che forse – ma non è detto – (ancora) “capisce meno”, sicuramente legge tutto. E non sarebbe fantascienza: è oggi realtà la redazione robotica di pezzi giornalistici e memorie difensive anche complesse; mentre romanzi scritti dalla macchina risultano già finalisti in qualche premio letterario (è successo in Giappone), ed un dipinto generato dalla macchina è stato battuto all’asta a quattrocentotrentaduemila dollari; e corti di altri continenti (Australia, Sud Africa) riconoscono la brevettabilità diretta delle

invenzioni operate dall’A.I., in Europa sinora negata. Dunque, la capacità robotica di redigere atti difensivi è in qualche misura comparabile a quella di redigere prospetti di decisioni robotiche, che la macchina-Advocate Generale potrebbe sottoporre come sue “conclusioni” al giudice-uomo, vincolato a censirle ma libero di decidere altrimenti, adeguatamente motivando.

Quella della invocata incapacità, o eccessiva difficoltà, della macchina a censire valori o principi appare questione altrettanto sopravvalutata. Ancora una volta, il problema potrebbe esistere, ma va in ogni caso ridimensionato. Intanto, deve distinguersi tra “valori” e principi; come diremo, 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, come di tradurre la analisi di un caso nella redazione di idonei atti difensivi, rendono evidente i quantomeno più angusti termini del problema, come di quello della pretesa incapacità della macchina di valutare i casi particolari ed i profili umani.

Connessa questione è quella della pretesa difficoltà della macchina a censire previsioni normative di vasta portata, quali, oltre ai principi generali, le clausole generali o di rinvio normativo *per relationem* a stati soggettivi o a figure o fenomeni socio-economici o comunque extra-normativi, come colpa, buona fede, ingiustizia del danno, eccessiva onerosità, e simili.

Ancora una volta, il problema può esistere, ma va ridimensionato nel senso esposto sopra. La *machina* può avere taluni difetti, ma anche molti pregi. Il primo, insormontabile difetto (almeno secondo la attuale coscienza sociale): non è umana. E poi, quantomeno: “non conosce la vita”; non è emotiva (potrebbe non essere un difetto) e cosciente; ragiona per inferenza e non per causalità (è un altro tipo - se non di intelligenza - di razionalità). E, soprattutto, è opaca: sappiamo come decide, ma non perché. L’algoritmo resta insondabile sia perché *black box* talora indecifrabile, sia perché coperto spesso da segreto industriale. E, conseguentemente e comunque, decide ma non motiva.

Eppure, «*decidere è motivare. La motivazione nel caso concreto è il dato fondante della giurisdizione*» (Bichi). La macchina, invero, sarebbe già capace di redigere una irreprensibile motivazione, ma simulando quella umana. Il suo sarebbe esercizio compilativo, non esplicazione della reale *ratio decidendi* robotica. Altro difetto 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 - come noi - letteratura, giuridica e non, *news* e banche dati, forse con minor sensibilità, certo con maggior completezza ed uniformità); ma, invero, anche minor pericolo di giurisprudenza creativa. Potrebbe presentare, la medesima *machina*,

lo stesso grado di affidabilità in tutte le parti del mondo, mentre “paese che vai, giudice che trovi”.

Sicura uniformità di giudizio e minori rischi di parzialità e discriminazione (se non quelli che provengono dai dati su cui si basa - tratti dai precedenti giurisprudenziali, ma non solo – ossia gli stessi che inficerebbero, prevalentemente, il giudizio umano) sono i pregi del giudice-macchina. Così come maggior “prevedibilità” delle sue decisioni e, conseguentemente, maggior certezza del diritto. Ma anche elevata, 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.

Eppure, il principio che il processo abbia, quantomeno come *human in command*, un giudice umano è 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 giudicando, il suo conseguente “diritto umano” ad essere giudicato da un suo simile. 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 per un giudice-funziario, scelto solo sulla base di una selezione tecnica iniziale: da noi, il noto concorso-esame, alquanto selettivo, tarato sulla verifica delle mere capacità tecnico-giuridiche. Che sono le più eguagliabili dalla macchina (la quale potrebbe forse agevolmente superare quelle prove di concorso: sarebbe un singolare test di Turing...).

Verrebbe così consentita, ma circoscritta, la legittimazione, anche sociale, del giudice a pretendere il ruolo di demiurgo nell’adeguare, con interpretazione forzosamente evolutiva, le norme vecchie al mondo che cambia. E si riduce, dunque, il *gap* differenziale con la *machina sapiens*, troppo spesso e troppo facilmente dipinta come condannata a poter giudicare solo con la testa volta all’indietro. Così, la proposta 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 essere un freno alla giurisprudenza gratuitamente creativa senza inibire quella meritoriamente evolutiva.

Va poi sfatato l’equivoco che un ruolo ritualizzato assegnato all’algoritmo predittivo avrebbe il difetto di consentire al “giudice scansafatiche” di adagiarsi acriticamente. È infatti ancor più vero che quello stesso giudice, allora, potrebbe essere incline a non esaminare compiutamente il fascicolo, o a non vagliare a fondo fonti normative, precedenti giurisprudenziali ed opinioni dottrinali; o a trascurare l’esame o il giudizio circa alcune domande o eccezioni poste dalle parti. Sarebbe anzi sano

deterrente ad un giudizio sciatto il dover giudicare con l'ausilio del responso dato dall'algoritmo predittivo, e dovendone tenere e dare conto.

6. *Imprevedibilità della sentenza innovativa e stato di diritto*

È immanente il conflitto fra certezza del diritto (e, dunque, diritto pre-vedibile) ed adeguamento interpretativo della norma al mondo che cambia. Ogni pur giustificato mutamento giurisprudenziale si sviluppa, quasi sempre, sulla pelle del caso deciso. Illumina la decisione dei casi successivi, ma talora oscura, vulnerandola, la certezza del diritto nel caso regolato. Nella dialettica tra diritto vigente e diritto vivente, la vittima sacrificale è, sorprendentemente, il *leading case* deciso: se la legge «*non dispone che per l'avvenire*», la sentenza innovativa regola invece un evento passato; innova, ma a spese del caso deciso. Nel conflitto fra sentenza corretta e sentenza giusta, compito del giudice funzionario è la prima più che la seconda. Non sia inutile richiamare l'ovvio interrogativo “giusta per chi?” (per la personale *Weltanschauung* del giudicante, o per la “coscienza sociale” della quale non è mai stato chiamato ad essere qualificato interprete?).

Il giudice-funzionario è scelto per la sua capacità di emettere sentenze corrette (rispettose della *loi* di cui è *bouche*) e non sentenze giuste. Tendenzialmente è la legge e non il giudice a dover adeguare l'ordinamento alla evoluzione del reale. Se la legge non piace al giudice, non può egli abusare del potere di decidere per correggerla. Mi permetto, sul punto, di richiamare il mio intervento (*Uso alternativo (da “destra” e da “sinistra”) del diritto privato: il marxismo come metodo nella scienza giuridica*, in *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, 169 ss.) nell'ambito di un lontano convegno palermitano (nella stagione in cui era vivo il dibattito sull'uso alternativo del diritto), dove distinguevo fra l'uso alternativo del diritto come tecnica interpretativa ispirata a privilegiare una specifica “politica del diritto” senza forzare le regole ermeneutiche e il ben diverso “uso alternativo” (non del diritto, ma) della sentenza.

Naturalmente, la realtà è più complessa, e le evoluzioni della giurisprudenza, unitamente ai ritardi (e talora incapacità) del legislatore, sono anche effetto del forzato ruolo di supplenza affidato ai (autoaffidatosi dai?) giudici, anche a costo di vulnerare la separazione dei poteri e lo stesso stato di diritto. Se insostituibile appare, a ragione, il ruolo della giurisprudenza correttamente evolutiva, serio problema, anche istituzionale, si rivela quella ingiustificatamente “creativa”; che può scadere, dunque, in (ab)“uso alternativo” della sentenza. Ancora una volta, il ruolo ancillare ma

istituzionalizzato dell'algoritmo predittivo nel processo servirebbe da filtro idoneo, divenendo serio ausilio alla corretta decisione umana (e, in qualche misura, meccanismo correttivo, o almeno dissuasivo, rispetto a possibili decisioni devianti).

7. *Giudicare secondo diritto o secondo valori? Dalla giurisprudenza evolutiva a quella creativa?*

Momento essenziale nei meccanismi di adeguamento del sistema ordinamento alla evoluzione socio-economica è la giurisprudenza correttamente evolutiva, che ben può operare giudicando secondo diritto, e continuando a rispettare il primato della legge, poiché il sistema dell'ordinamento giuridico è dinamico, non statico. Esso 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; e dunque anche alla loro evoluzione futura. Varcata questa frontiera, si scade nella giurisprudenza creativa, che, richiamando un testo normativo come mero pre-testo, giudica non secondo diritto ma secondo “valori”.

Siamo al cospetto della dialettica fra, da un lato, la tendenza centripeta, weberiana, del giudizio secondo diritto, e quindi limitato all'applicazione delle norme, o dei principi generali, ivi inclusi quelli da esse ricavabili in via di interpretazione sistematica, e che dunque rappresentano la estensione massima del testo normativo; e, dall'altro, la tendenza centrifuga che usa quel testo come mero pre-testo per invocare “valori” sulla cui base voler fondare il giudizio. Nel primo caso, la *machina* è più atta a giudicare sulla base di un diritto weberianamente più calcolabile, che era già il sogno di Leibniz, e fondamento della “giurimetria” teorizzata alla metà del secolo breve; e sulla cui base appariva rimeditabile anche il positivismo kelseniano. Nel secondo caso, pur rimanendo (ove anche non calcolabile il diritto, comunque) prevedibile la sentenza, la macchina avrebbe maggiore difficoltà a fungere da (e ad essere riconosciuta come) qualificato interprete della coscienza sociale; a fare, in ultima analisi, scelte etiche, e dunque a scegliere persino fra una pluralità di etiche, e determinare quella socialmente “vigente”. 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, come tale sia *unfit*, sia privo di investitura e legittimazione sociale.

La collettività si affida al giudice-funziario come competente *bouche de la loi*, dunque 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. E non può il giudice imporre i propri, o (quelli che egli crede siano i) valori dominanti del momento, se non (e poco importa se, secondo il suo personale metro, solo non ancora) tradotti in norme o principi. Egli è privo di questa investitura, la quale comunque ucciderebbe la certezza e lo stato di diritto, e la stessa tripartizione dei poteri. Si tornerebbe, altrimenti, ad un singolare “diritto naturale”, però relativizzato, e poi anche lasciato alla discrezionale determinazione del singolo giudicante; assurdo non più (solo) a *lucerna iuris*, ma (autopromosso) anche a lucerna etica? Invero, spira ora un vento riduttivo con riguardo alla libertà di interpretazione innovativa. Non solo infatti la stessa lettera dell’art. 12 delle preleggi introduce i “*cancelli delle parole*” (Irti) come sbarramento ad interpretazioni che troppo si distaccano da esse, ma forti sono i richiami, anche in sede eurounitaria, a rispettare la lettera della legge, come riafferma la Corte di Giustizia. Mentre rendono, se non il diritto più calcolabile, almeno le sentenze più pre-vedibili le norme che potenziano la funzione nomofilattica della nostra Suprema Corte (ed in particolare delle decisioni assunte a Sezioni Unite), introducendo un sia pur minimo *stare decisis*.

Eppure, resta forte la tendenza a giudicare “secondo valori”: «*il problema delle lacune è caduto sotto silenzio [...] un altro e diverso dogma di completezza ha preso il luogo dell’antico. I giudici salgono dalle norme legislative ai gradi più alti, norme costituzionali e norme europee; e dalle norme toccano le cime dei valori. La completezza dei valori subentra alla completezza della legge. Il giudice non dice più la legge, ma dice il diritto; e il diritto è intriso e composto di valori. Ancora, applicazione, non del diritto ma dei valori*» (così N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016), nonostante i ricordati richiami espressi, anche normativi, a rendere più pre-vedibile la interpretazione delle norme ed il giudizio secondo precetti e principi normativi “trasparenti”. Allora, delle due, l’una: o davvero un nuovo assetto sociale (un neo- o post-capitalismo) esige una amministrazione della giustizia secondo valori (con decisioni giudiziali che “dicano messa” secondo il vecchio rito della applicazione della legge, ma, nella realtà, creativamente se ne discostino adeguandosi a “valori” extranormativi); o invece (ma sul piano effettuale il risultato è lo stesso) è il corpo dei giudici, divaricando la forbice tra il diritto vigente e il diritto vivente, ad essersi eretto a mediatore sociale investito del compito (della nuova funzione sociale) di amministrare la giustizia secondo valori, anche quando non ancora tradotti in norme o principi normativi conformi.

8. *La machina come ausiliare necessario del giudice umano per riportare al giudizio secondo (non valori, ma) diritto*

Il giudice-funziionario 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 trasfondere i valori in norme o principi (espressi o interpretativamente desumibili), e la discrezionalità del giudice è limitata, se e quando vi siano più interpretazioni in pari grado di dubbio, alla sola scelta fra esse. Il diritto torna ad essere così calcolabile, mentre lo sono meno i “valori”. I quali diventano univoci quando trasfusi in norme o principi normativi, calcolabili dalla *machina* come *bouche de la loi*, sia essa quella umana weberiana, od invece quella algoritmica.

Né il diritto ritorna “incalcolabile”, o la decisione meno predicabile, in presenza di enunciati normativi ampi e aperti, per principi o per clausole generali, poiché la *machina* resta capace di censirne i contenuti e pre-vedere le decisioni che le concernono. Si discute 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. Le sue “conclusioni”, i suoi progetti di sentenza saranno, anzi, 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. Emerge, anzi, quale difficoltà da superare, 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.

Un ritorno sia alla sapienza che al linguaggio tecnico-giuridico omogeneo e non pletorico, del quale sono esempio i codici e dal quale sono lontane molte leggi ordinarie, sarebbe, oltre che di serio ausilio all'interprete umano, di essenziale funzionalità per la *machina sapiens*. Va rivalutato il linguaggio tecnico (che, se corretto, resta decodificabile anche dai non addetti), mentre appare falsa esigenza la fallace pretesa di un linguaggio normativo “ordinario” e colloquiale, che rimane disomogeneo e moltiplica le antinomie. Ogni scienza ha il suo linguaggio o apparato di significanti. Quello giuridico, senza dover essere matematico, né simbolico e da logica formale, può e deve (tornare ad) essere “scientificamente” univoco, rigoroso ed

omogeneo. Ne beneficerebbe la comprensione avvertita dell'interprete umano come l'inferenza di quello artificiale.

9. *Una prima sintesi conclusiva: l'ibrido uomo-macchina*

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 (forse non è più vero; certo, non sarà vero sempre). Al tempo stesso, il diritto è già diventato troppo complesso per affidare la mediazione decisoria alle sole energie e competenze d'un giudice sempre oberato e quasi mai 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), previsti solo nel "libro dei sogni" di ventilate riforme.

Invero, da sempre, in molti sistemi continentali e comunque nel nostro, il primato della legge è sostituito da quello della interpretazione; e sempre più il complesso concettuale delle categorie di elaborazione interpretativa diventa articolato strumento ottico, il cui ruolo soverchia quello del testo normativo quale oggetto di osservazione, rendendo così il diritto meno (e comunque meno immediatamente) prevedibile. Ma in tempi a noi più vicini si sta consumando una preoccupante transizione verso la giurisprudenza dei "valori", nella quale il richiamo al testo normativo scade a mero pre-testo.

È la legge che cala in norme o principi normativi le scelte etiche del legislatore, e quindi i valori (non tutti sempre unanimemente condivisi) ai quali si è ispirato nel legiferare. Non compete dunque alla corporazione dei giudici il ruolo sociale di scegliere quelli dei quali farsi interprete in nome di una sentenza giusta sostituendosi alla legge, al diritto *tout court*.

E veniamo al ruolo ancillare ed al tempo stesso "moralizzante" della macchina, quale ausilio da ritualizzare nel procedimento decisorio. Intanto, si diceva, il nostro giudice è solo, non lavora assistito da una *équipe* o quantomeno da validi assistenti o referendari. E sono gli stessi autori che reputano la *macchina* inadatta a giudicare che motivano tale posizione richiamando la incertezza, pluralità e complessità delle fonti, accanto alla pluralità di altri fattori di produzione paranormativa e di *soft law*, a rendere evidente la estrema difficoltà, per non dire pratica impossibilità, per il giudice (non ideale, ma) medio, di padroneggiare da solo, sempre, una così elevata mole di dati.

Non è difficile osservare che, ove pure la macchina resti inadatta a fronteggiare da sola quei nodi, il singolo giudice si trova non meno inadeguato a scioglierli in

solitudine, nei tempi di decisione che la mole di lavoro gli impone, e con i limiti della sua preparazione non specialistica. E questo vale per le molte questioni ardue da sceverare, e talora per le complesse prospettazioni difensive, frutto magari del lungo lavoro di una pluralità di legali specialisti di settore, sulle quali pronunciarsi.

È l'ibrido umano-macchina il solo ormai capace di governare molte professioni del futuro, e quelle legali in particolare. Il giudice di domani - ma potrebbe (dovrebbe) già esserlo quello di oggi - dovrebbe essere coadiuvato dalla macchina, signoreggiandola ma subendone anche il controllo. Ripetendo quanto dice A. Punzi, «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».

10. Quale rimedio per la opacità del black box algoritmico?

La opacità delle conclusioni algoritmiche resta altra questione essenziale. Quella scatola nera rimane spesso impenetrabile, in primo luogo per difficoltà tecniche nello “smontarla” e comprenderne i meccanismi di funzionamento. Solo utilizzando come strumento altri algoritmi, magari altrettanto opachi, appare talora possibile il processo di *reverse engineering*. Senza contare che tale analisi è talvolta anche giuridicamente inibita da privative e segreti industriali.

Sarebbe allora irrealistico pretenderla all'interno di ogni singola vicenda processuale; nella quale, però, le garanzie di affidabilità della *macchina* restano irrinunciabili. La soluzione potrebbe risiedere in una omologazione e certificazione autoritativa, mediante esaustiva ed autorevole verifica *ex ante* della affidabilità dell'algoritmo predittivo da fornire in dotazione agli uffici giudiziari. Il suo autore potrebbe così “mettere a nudo”, in un procedimento autoritativo coperto da massima riservatezza e vincolo di segretezza, ogni elemento, anche quando coperto da segreto costruttivo o di programmazione. E l'ente avente l'autorità ed il compito di omologare ed approvare l'uso della *macchina* da destinare ad ausilio degli uffici giudiziari sarebbe anche quello incaricato di gestire o monitorare ogni aggiornamento, manutenzione e verifica, anche in sede di contestazione sulla affidabilità e regolarità di funzionamento nel caso concreto. Non sarebbe una verifica “in contraddittorio”, non necessaria alla luce della circostanza che la decisione verrebbe dal giudice umano e non dalla macchina ausiliaria, con ogni libertà di decisione anche difforme da parte di quest'ultimo, assoggettato solo al dovere di motivare adeguatamente.

11. Una precisazione finale: resta bouche de la loi la mediazione interpretativa del giudice-funziario? Anche in tempi di crisi della legge, e di norma che vive ed evolve nel tempo?

Giudice *bouche de la loi*? Anche oggi, passati dal primato della legge alla crisi della legge, il cui significato (la cui interpretazione dominante) cambia col tempo, e così vive e si evolve “nel tempo”, col mutare della storia e dei costumi? La risposta può essere cautamente affermativa. La enunciazione di Montesquieu acquista oggi un senso non coincidente con quello di allora, restandone necessaria prosecuzione evolutiva. È vero, infatti, che “*le stesse parole del legislatore che il giudice deve utilizzare acquisiscono un significato che, a partire dall’entrata in vigore della disposizione, si distacca dall’intenzione del loro autore e vive attraverso la “storia degli effetti”, cioè la storia delle interpretazioni e applicazioni”, essendo “l’interpretazione giuridica un’attività almeno in parte creativa”, nella quale l’interprete “che voglia adeguarsi all’intenzione soggettiva del legislatore dovrà pur sempre partire dalla sua cultura di sfondo”* (A. Punzi, *Diritto in formazione*, Torino, 2018, 50). E, contenendo l’attività interpretativa tanto il “*momento meramente ricognitivo*” quanto anche un “*momento riproduttivo*” (così Betti, *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 2014, 5, 11 ss.), il significato delle norme si forma e trasforma nel tempo.

Il testo normativo vive, dunque, ed evolve nel tempo. La interpretazione correttamente evolutiva della norma vede ancora il giudice come sua *bouche*, ma a patto che siano rispettati i “*cancelli delle parole*” (Irti) del testo; e che non si richiami invece quest’ultimo a mero pre-testo, scadendo nella giurisprudenza (non evolutiva, ma) gratuitamente creativa. Il giudice resta dunque *bouche* attraverso la quale la legge si evolve e la parola del legislatore continua a vivere adeguandosi alla realtà che muta. Ma il giudicante - soprattutto quando giudice-funziario - travalica la stessa tripartizione dei poteri quando pretende funzioni sostitutive o di supplenza rispetto ad un legislatore ritenuto latitante o inadeguato.

La evoluzione interpretativa attraverso la quale la norma “vive” nel tempo restituisce, anzi, talora, il giusto significato letterale al testo normativo, anche ove inizialmente distorto dalla cultura dei primi interpreti. Valga, ad illustrazione esemplificativa, richiamare, quale rappresentativo apologo, il caso della responsabilità vicaria extracontrattuale. L’art. 2049 c.c. introduce una responsabilità innegabilmente oggettiva, eppure per decenni ricostruita (illogicamente) come soggettiva, invocandosi (illogicamente) una presunzione assoluta di colpa “*iuris et de iure*”. Che è un vero e proprio ossimoro (sul tema mi permetto di rinviare al mio *La responsabilità vicaria*,

Milano, 1976). Era, dunque, tradita dalla ideologia dominante degli interpreti del tempo, distorti dal tabù “nessuna responsabilità senza colpa”, l’intenzione “oggettiva” del legislatore (quella oggettivata dal testo normativo, che va al di là delle intenzioni soggettive dei redattori della specifica disposizione, e nemmeno coincide con l’hobbesiana “volontà del sovrano”); e corretta invece la interpretazione prevalsa nei decenni a noi più vicini, che legge in quella norma una fattispecie di responsabilità incolpevole.

La generale questione, complessa quanto determinante, esula dal tema e dai limiti del presente scritto. Ci limitiamo a rammentare che l’eterno conflitto fra diritti e valori coinvolge quello altrettanto immanente fra positivismo e formalismo da un lato, e fra positivismo e giusnaturalismo dall’altro, sconfinando nel confronto fra “diritto” e “giustizia”. Il problema che ci occupa è quello dei limiti della interpretazione “dialettica” - e non fissamente immota - della norma. Che (con specifici limiti) la fa vivere immutata eppure con contenuti diversi “nel tempo” quando affidata al giudice-funziario di *civil law*, che resta così *bouche de la loi*.

Non dimentichiamo il diverso modo di concepire tale *bouche*, nel succedersi delle culture - giuridiche e non - dai tempi del *Code*. Quest’ultimo segnava l’apice della supremazia della legge, che si rappresentava tanto chiara ed univocamente applicabile da non avere regole sulla interpretazione (erano assenti, in quel codice, norme quali il nostro art. 12 delle preleggi); senza contare il ruolo, al tempo, dell’istituto del *référé législatif* e quello della *Cassation* (su tali punti, v. A. Punzi). Il *Code*, poi, non aveva alle spalle una Costituzione alla quale doversi conformare (aveva esso stesso contenuti “costituzionali”), consacrando un primato della legge destinato ad affievolirsi nelle stagioni a venire.

Il nostro tempo vive invece una crisi sempre più profonda della legge: sia per la pluralità delle fonti (e la non linearità della loro gerarchia); sia per la iperfetazione e la scarsa qualità della produzione legislativa (lontana dalla sapienza formulativa della stagione dei codici, spesso meno estesi di una cattiva legge finanziaria...); sia per la sempre minor capacità della legge espressa dai corpi elettivi ad incarnare la volontà popolare, e rappresentarsi come sua effettiva espressione.

La crisi della democrazia rappresentativa (certo non sostituibile da quella diretta) ed il nuovo ruolo della legge, non più limitata a protezione delle libertà negative, ma altresì votata ad interventi di positivo riequilibrio sociale, accrescono il ruolo della mediazione interpretativa del giudice. Soprattutto in sistemi, come quelli attuali, che vedono il primato di un dettato costituzionale pervaso da norme-principio già immediatamente precettive. Rispetto alle quali, comunque, la legge si pone come

strumento di realizzazione attuativa, oltre che soggetta ad interpretazione “costituzionalmente orientata”.

Il giudicante, sia esso robotico o umano, dialoga col testo normativo da interpretare, e con la sedimentata storia delle sue interpretazioni. Ciascuna delle quali consiste nella lettura del testo normativo con gli occhiali della cultura del tempo nella quale è immerso l’interprete. Ed è, anzi, questa l’interazione fra norma regolante e realtà sociale regolata: è la cultura di quest’ultima, si ripete, il *feedback* condizionante che forgia lo strumento ottico attraverso il quale l’interprete osserva la norma, sì da vedervi significati diversi in tempi diversi.

In tale ambito, ed entro tali limiti, la norma vive “nel tempo”, mutandone le interpretazioni dominanti col mutare della cultura e del contesto sociale.

Ma i “cancelli delle parole” non vanno violati: altro è la interpretazione che corregge pregiudizi ideologici del passato, o che nei non infrequenti casi di antinomia e di effettivo dubbio fra più interpretazioni “egualmente probabili” (v. *retro*) operi una scelta; altro è il giudice che voglia sostituire (i propri) valori al contenuto di norme e principi normativi, elevando il testo normativo a mero pre-testo per far prevalere la (propria) giustizia sostanziale. Se nel secondo caso la interpretazione è gratuitamente creativa, nel primo il giudicante resta ancora *bouche de la loi*, secondo una più avvertita lettura delle posizioni di Montesquieu (v. A. Punzi, *op. cit.*, 145 ss.), perché “interpretare è dialogare col testo” da parte di un giudice che è custode (non di “valori”, ma) dei principi costituzionali.

Note bibliografiche

AULINO, *Intelligenza artificiale e giustizia: tra nuove soggettività giuridiche e problematiche etiche e deontologiche*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020, 283 ss.; AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, 8, 313 ss.; BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, 281 ss.; BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 2014, 5, 11 ss.; BERK, *Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings*, Cham, 2019; BICHI, *Intelligenza digitale, giurmetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 423 ss.; ID., *Intelligenza artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1773 ss.; BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, 395 ss.; CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020; CAIANIELLO, *Le relazioni pericolose. Potenzialità e rischi derivanti dall'interazione tra intelligenza artificiale e giustizia penale preventiva*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021, 265 ss.; CAPPELLINI, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 353 ss.; CARAVITA, *Uno staff di laureati per costruire una macchina di intelligenza artificiale che collabori alle funzioni della giustizia*, in *Federalismi*, 30 giugno 2021; CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019 (si richiamano, in particolare, i contributi di CARCATERRA, COVELLI, DE KERCKHOVE, DE RENZIS, IRTI, LUCIANI, MAMMONE, MAUGERI, PATRONI GRIFFI, A. PUNZI, VINCENTI); ID. (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato – I precedenti*, Bologna, 2018 (si richiamano, in particolare, i contributi di ALPA, ANELLI, BICHI, CANZIO, CONSOLO, CURZIO, DE FELICE, GAMBARO, GUASTINI, PATRONI GRIFFI, PROTO PISANI, RORDORF, TARUFFO, VACCARELLA); ID. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 (si richiamano, in particolare, i contributi di CANZIO, DE FELICE, DE NOVA, DI PORTO, IRTI, NUZZO, ONIDA, PATRONI GRIFFI, ROSSI); CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41 ss.; CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia*, 2016, 2, 153 ss.; CASONATO, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 131 ss.; CASTELLI, PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019; ID., *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, 15 maggio 2018; CICCONE, *Linguaggio giuridico e Intelligenza Artificiale*, in ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 59 ss.; COSTANTINO, *Giustizia predittiva e prevedibilità della giurisprudenza: note introduttive*, relazione tenuta al Convegno internazionale di studi "Giustizia predittiva e prevedibilità delle decisioni. Dalla certezza del diritto alla certezza dell'algoritmo?", Bari, 5 ottobre 2018; D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 7 ss.; DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, 5, 385 ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *"Giustizia predittiva", interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 3, 883 ss.; DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 237 ss.; ENRIQUES, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 295 ss.; GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, 1305 ss.; GIANNACARI, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 623 ss.; IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1177 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; KATSH, RABINOVICH EINY, *Digital justice – Technology and the internet of disputes*, Oxford, 2017; LAGIOIA, SARTOR, *Il sistema Compas: algoritmi, previsioni, iniquità*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 222 ss.; LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua, ex arithmeticae fundamentis (Ed. 1666)*, Parigi, 2012; LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minnesota Law Rev.*, 1949, 33, 455 ss.; LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 872 ss.; MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 402 ss.; MANES, V., *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 280 ss.; MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 198 ss.; MORIGNAT, *L'IA, dalle predizioni alle decisioni*, in URICCHIO, RICCIO, RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, Bari, 2020, 63 ss.; 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'Etat et à la Cour de Cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-*

Dauphine PSL, Parigi, 2018; PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l’etica*, cit., 475 ss.; PIETROPAOLI, *Fine del diritto? L’intelligenza artificiale e il futuro del giurista*, in DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 107 ss.; PUNZI, A., *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; P. RESCIGNO, PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2017; RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, 199 ss.; RICCIO, *Ragionando su processo penale e Intelligenza Artificiale*, in URICCHIO, RICCIO, RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, cit., 35 ss.; RUFFOLO, *La machina sapiens come “Avvocato Generale” ed il rimato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale*, cit., 205 ss.; ID., *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976; ID., *Usi alternativi (“da destra” e “da sinistra”) del diritto privato: il marxismo come metodo della scienza giuridica*, in BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Vol. II – Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, 169 ss.; RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2018, 2, 533 ss.; SARTOR, LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l’etica*, cit., 63 ss.; SARTOR, *Artificial Intelligence: Challenges for EU Citizens and Consumers*, report al Parlamento Europeo, gennaio 2019; SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, cit., 37 ss.; TURING, *Intelligenza meccanica*, Torino, 1994; WAGNER, *Legal Tech und legal robots*, Wiesbaden, 2017; VIOLA (a cura di), *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2019; ID., *Interpretazione della legge con modelli matematici – Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Milano, 2017; ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, 277 ss.