

## **DECISIONE ROBOTICA E VALORI DEL PROCESSO<sup>1</sup>**

### ***ROBOTIC DECISION AND PROCEDURAL VALUES***

### ***DECISÃO ROBÓTICA E VALORES DO PROCESSO***

*Antonio Carratta*

Ordinario di diritto processuale civile. Università Roma Tre.

Roma, Italia. E-mail: antonio.carratta@uniroma3.it

**RIASSUNTO:** La questione dalla quale prende le mosse la riflessione di questo articolo è sapere a cosa siamo disposti a rinunciare in nome dell'efficienza del sistema giurisdizionale e della prevedibilità della decisione giudiziale. Faccio notare che si tratta di un quesito che comunque dovremmo porci, a prescindere dai convincimenti personali sull'utilizzo della decisione robotica. Siamo proprio sicuri che la decisione esclusivamente robotica possa essere anche «giusta»? Ebbene, il rischio più grave insito nella piena robotizzazione della decisione giudiziale è quello di affidarsi alla tecnica in modo assoluto anche per la produzione delle decisioni giudiziali. Proponiamo di riflettere su questo nel articolo.

**PAROLE CHIAVE:** Efficienza del sistema giurisdizionale; decisione giudiziale; decisione robotica; valori del processo

**ABSTRACT:** The main objective of this paper is to debate and ponder on what we are willing to abdicate up in the name of the efficiency of the judicial system and the predictability of the Court decisions. This is a question that we still have to ask ourselves, regardless of personal beliefs about the use of the robotic decision. Are we sure that artificial intelligence can also be right? Well, the most serious risk of artificial intelligence is that of relying on technology also for the making of judicial decisions. So, we propose think about this in such paper.

---

<sup>1</sup> Recebido em 30/04/2021, sob dispensa de revisão.

**KEYWORDS:** Efficiency of the judicial system; judicial decision; artificial intelligence in making judicial decisions; constitutional guarantees.

**RESUMO:** A questão sobre a qual se detém o presente trabalho refere-se à reflexão em torno da decisão robótica e se seria possível supor – trabalhando sobre a caculabilidade jurídica e sobre o valor do precedente – que em um futuro mais ou menos distante haja uma decisão judicial inteiramente robótica, ou seja, produzida exclusivamente a partir da aplicação de um sistema algorítmico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão robótica; valores do processo; processo e tecnologia; sistema algorítmico.

### 1. – *Premessa.*

La questione dalla quale prende le mosse la riflessione intorno alla decisione robotica è se si possa ipotizzar - lavorando sulla calcolabilità giuridica e sul valore del precedente - che in un futuro più o meno lontano<sup>2</sup> si abbia una decisione giudiziale interamente robotica, e cioè prodotta dalla sola applicazione di un sistema algoritmico.

---

<sup>2</sup> Anche se esperimenti di questo tipo sono già in atto. Vi è, ad es., il caso dell'Estonia, dove il Ministero della giustizia alla fine del 2019 ha avviato un progetto pilota per l'impiego di IA per risolvere controversie di modesta entità (fino a 7.000 euro); il progetto prevede che le decisioni robotiche siano appellabili davanti ad un giudice-persona. Anche la Repubblica cinese si è mossa nella medesima direzione attraverso un progetto elaborato dalla Corte di Internet di Pechino (*Beijing internet court*) ([https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c\\_190.htm](https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm)). In Francia è stata attivata una piattaforma (*Predictice.com*) per il calcolo delle probabilità della definizione della causa e dell'ammontare dei risarcimenti ottenuti in contenziosi simili e per identificare gli argomenti su cui puntare; ciò su una base dati costituita dalle sentenze delle Corti d'appello e della Cassazione (v., in proposito, C. Morelli, *Giustizia predittiva: in Francia online la prima piattaforma europea*, in *Altalex.com*, 3 aprile 2017). Anche in Olanda sono stati avviati due progetti: il primo (*Rechtwijzer*) prevede la gestione on line della mediazione delle controversie in materia di famiglia ed è frutto della collaborazione delle Università di Twente e Hill; lo stesso progetto è stato poi esteso anche alle controversie sulla proprietà, condominiali e attinenti ai servizi alla persona; il secondo progetto, avviato dal Ministero della sicurezza e della giustizia, prevede la procedura digitale obbligatoria per gli avvocati in materia civile e commerciale, il cui completamento è previsto per il 2020. Sulle prime applicazioni di sistemi di IA nel settore giudiziario v. anche C. Castelli e D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018, p. 154 ss., che richiamano l'esperienza olandese e quella francese; E. Livni, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale.it*, 2017, il quale si sofferma sulla soluzione adottata dallo Stato del New Jersey in materia di determinazione della cauzione; infatti, sono state sostituite le udienze per la concessione della libertà su

Va detto in premessa che, siccome di fronte alla forza della tecnica, alla sua «immane volontà di dominio, il giurista è tratto a prendere posizione»<sup>3</sup>, ad uscire dal suo agnosticismo e a schierarsi, si tratta di comprendere, anzitutto, se sia davvero accettabile per la nostra educazione e formazione giuridica e anche, se volete, per i principi fondamentali della nostra tradizione giuridica e i valori della nostra «coscienza del diritto assai sconvolta e generalmente depressa nel mondo moderno»<sup>4</sup>, che, applicando la tecnologia dei calcolatori algoritmici, si possa avere una decisione che si fondi non sull'accertamento dei fatti rilevanti nel caso di specie, come normalmente accade quando la causa sia decisa da un giudice-persona, ma sulla frequenza statistica con la quale detti fatti hanno prodotto nel passato determinate conseguenze giuridicamente rilevanti, sulle quali si chiede la pronuncia giudiziale. Si tratta di comprendere, in altri termini, se lo scopo che la tecnica si prefigge nel momento in cui entra in contatto con il diritto, e cioè di assicurare una maggiore efficienza attraverso la calcolabilità e la prevedibilità delle decisioni, sia compatibile ed entro quali limiti con lo scopo stesso dalla decisione giudiziale<sup>5</sup>.

E' singolare notare, peraltro, che l'idea che un robot, sulla base dell'applicazione di un algoritmo, possa essere utilizzato in un prossimo futuro per pronunciare una decisione assimilabile a quella del giudice-persona suscita fra i giuristi reazioni che oscillano fra l'entusiastico interesse e la preoccupazione quando non, addirittura, il vero e proprio sgomento<sup>6</sup>.

Ora, è senz'altro vero che, quando si esamina l'efficienza di un sistema economico, due fra gli indicatori che vengono presi in considerazione sono, da un lato, l'efficienza del

---

cauzione con delle valutazioni di rischio ottenute attraverso algoritmi: chiunque può essere rilasciato, anche senza pagare una somma di denaro, se risponde a certi criteri.

<sup>3</sup> E', come noto, la convinzione di N. Irti, *La filosofia di una generazione*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1295 ss., il quale osserva: «la tecnica non si lascia ridurre a semplice strumento, a qualcosa che l'uomo sceglie, adopera, e poi mette da canto. Essa penetra nella quotidianità, determina i nostri gusti e preferenze, allarga l'orizzonte dai chiusi territori allo spazio globale, si rende necessaria ai poteri religiosi e mondani».

<sup>4</sup> Per riprendere le parole di B. Croce nella Prefazione, datata 3 novembre 1934, alla ristampa del volume di R. Jhering, *Lotta per il diritto*, trad. it. a cura di R. Mariano, Bari, 1935.

<sup>5</sup> Il rapporto tra *technè* e *diritto* è sviluppato nei noti dialoghi di N. Irti e E. Severino: *Le domande del giurista e le riposte del filosofo (un dialogo tra diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 665 ss., poi raccolti in N. Irti-E. Severino, *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; in proposito, v. anche E. Severino *La potenza dell'errare*, Milano, 2013, p. 87, circa la prevalenza della tecnica «destinata a diventare, da mezzo a scopo... e, subordinando a sé ogni forza, stabilisce una gerarchia, riconosce a ogni forza ciò che loro spetta all'interno di tale gerarchia realizzando, in tal modo, la forma di giustizia cui la società è destinata a pervenire».

<sup>6</sup> V., in proposito, AA.VV., *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di E. Gabrielli e U. Ruffolo, in *Giur. it.*, 2019, p. 1656 ss.; R. Rordorf, *Editoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 4 ss.

sistema legislativo e del sistema giurisdizionale, e, dall'altro lato, la durata del contenzioso<sup>7</sup>. Elementi dei quali evidentemente il giurista non può disinteressarsi, se è vero che, come ci ammonisce Riccardo Orestano, «il giurista non può mai astenersi né estraniarsi dalla vita e dalla sua conoscenza»<sup>8</sup>.

Il punto fondamentale, tuttavia, è riuscire a comprendere quali potrebbero essere le conseguenze che deriverebbero dall'intraprendere la strada individuata dalla “trilogia” e – soprattutto – a che cosa si possa essere disposti (alla luce dei principi costituzionali) a rinunciare per conseguire l'obiettivo dell'efficienza della giurisdizione.

Se non si chiarisce la propria posizione rispetto a questo punto fondamentale, si rischia di far passare la soluzione della decisione robotica come una scelta neutra, quando è chiaro che così non è affatto.

## 2. *La decisione robotica e le preoccupazioni dei giuristi.*

La scienza giuridica italiana ha sempre guardato con interesse all'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale in campo giudiziario. Basti pensare ai lavori degli anni '60 e '70 del secolo scorso di Mario Losano sulla giurimetria<sup>9</sup> o di Vittorio Frosini su cibernetica e diritto<sup>10</sup> o ancora di Stefano Rodotà su elaboratori elettronici e controllo sociale<sup>11</sup>.

In tempi più recenti, tuttavia, al prospettarsi della vera e propria decisione robotica, la preoccupazione sembra aver preso il sopravvento fra i giuristi, come emerge, mi pare, dalla maggior parte delle relazioni raccolte nell'ultimo dei volumi della “trilogia” dedicato alla *Decisione robotica*<sup>12</sup>. E la preoccupazione si giustifica alla luce della considerazione di fondo che «la tecnica ... non è in grado di rispondere alle domande del diritto: al triplice interrogativo del legislatore, del cittadino e del giudice. *Che cosa prescrivere? come comportarsi? in base a quale criterio decidere, cioè separare la ragione e il torto?*»<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Come sottolinea, opportunamente, A. Quadro Curzio, *Presentazione*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 7.

<sup>8</sup> *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 335.

<sup>9</sup> M.G. Losano, *Giurimetria: machine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

<sup>10</sup> V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1973.

<sup>11</sup> S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; ma v. anche, poi, Id., *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977.

<sup>12</sup> V., in particolare, le relazioni di G. Mammone, M. Luciani, E. Vicenti, M.R. Covelli, L. De Renzis.

<sup>13</sup> Così N. Irti, nel dialogo con E. Severino, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo*, cit., p. 667.

La stessa preoccupazione emerge, in buona sostanza, dalla legislazione sovranazionale, evidentemente più attenta al fenomeno di quella interna. Mi limito a richiamare due soli esempi, ma significativi, che evidenziano questa preoccupazione del legislatore sovranazionale.

Un primo esempio lo abbiamo nell'art. 22 del Regolamento UE n. 679/2016 sulla tutela dei dati personali, che abroga la precedente convenzione n. 46/1995. Ebbene, si legge nella disposizione in questione che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Emerge chiaramente la preoccupazione di evitare che l'intero processo decisionale possa essere affidato ad un giudice-robot, utilizzando appunto i dati personali del singolo.

Un secondo esempio è fornito dalla “Carta etica sull’uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente”<sup>14</sup>, adottata nella riunione plenaria del 3 dicembre 2018 a Strasburgo dalla Commissione europea per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa (CEPEJ). Nella Carta, infatti, sono tracciate le linee che disegnano un percorso per tutti gli operatori impegnati nello studio, nell’elaborazione e applicazione delle tecnologie computazionali avanzate al settore della tutela giurisdizionale. In particolare, vengono fissati 5 principi generali che devono sovrintendere a tale percorso e che sono alla base della Carta europea dei diritti dell’uomo: principio del rispetto dei diritti fondamentali della persona sia in fase di progettazione che in quella di attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale; principio di non discriminazione, ossia esclusione di soluzioni e prassi discriminatorie fra individui o gruppi di individui; principio di qualità e sicurezza, ossia applicazione di criteri di qualità e sicurezza nel trattamento dei dati relativi alle decisioni giudiziarie; principio di trasparenza, ossia necessità di improntare gli strumenti di Intelligenza Artificiale alla trasparenza ed controllo esterno; principio di garanzia dell’intervento umano, ossia necessità di assicurare sempre il controllo umano sulle scelte fatte attraverso l’intelligenza artificiale.

---

<sup>14</sup> *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, Adopted at the 31<sup>st</sup> plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4- December 2018), in <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

C'è, al fondo di queste prescrizioni, la preoccupazione di evitare che il ricorso all'intelligenza artificiale in campo giudiziario trascenda dai principi consolidati della nostra tradizione giuridica e che si configuri, piuttosto, un'intelligenza artificiale «dal volto umano».

### **3. – I vantaggi della decisione robotica.**

Non mancano, tuttavia, riflessioni – soprattutto di filosofi, sociologi ed economisti - rivolte a cogliere gli aspetti positivi che deriverebbero dalla decisione robotica.

Queste riflessioni mettono in evidenza che, quando parliamo di decisione robotica, siamo ben lontani da quanto è accaduto negli ultimi anni sul versante del c.d. processo telematico, e cioè sul versante della telematizzazione dei servizi di cancelleria, delle comunicazioni e delle notifiche tra le parti del processo. Oppure, sul versante della costituzione di archivi informatici giurisprudenziali, che danno conto, con idonei mezzi di ricerca, dei precedenti (e delle leggi). O ancora sul versante della formazione digitale degli atti processuali e sulla conseguente standardizzazione (dal punto di vista formale) dei provvedimenti del giudice e degli atti dell'avvocato, che senza dubbio contribuisce a migliorare la dialettica tra le parti e fra queste ed il giudice.

Tutto ciò funge da contorno e ausilio all'attività decisoria.

Quando parliamo di decisione robotica, invece, entriamo in una prospettiva ben diversa, in un vero e proprio «cambio di paradigma»<sup>15</sup>. In questo caso, infatti, gli strumenti informatici da strumenti di comunicazione o di gestione degli atti del processo o per la ricerca di informazioni assumerebbero il ruolo primario di decisori della controversia. Si è parlato a questo proposito di «robogiudici» (per usare la definizione di Max Tegmark, fisico al MIT), vale a dire di «sistemi di intelligenza artificiale che instancabilmente applicano gli stessi elevati standard legali a ogni giudizio, senza cadere vittime di errori umani come pregiudizi, stanchezza o carenza di conoscenze aggiornate»<sup>16</sup>. Questi «robogiudici»

---

<sup>15</sup> V. A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, p. 18. Anche nelle *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, predisposto dall'*High Level Expert Group of Artificial Intelligence* della Commissione Europea del 18 dicembre 2018 si legge che «*Artificial Intelligence is one of the most transformative forces of our time, and is bound to alter the fabric of society*».

<sup>16</sup> M. Tegmark, *Vita 3.0 Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, p. 143.

«potrebbero essere copiati, poiché consisterebbero di poco più che un software, consentendo l'esame di tutti i casi pendenti in parallelo anziché in serie»<sup>17</sup>. Inoltre, mentre è impossibile che un giudice umano abbia tutte le conoscenze tecniche necessarie per ogni caso possibile, «dalle dispute spinose sui brevetti agli omicidi ... i futuri “robogiudici” potrebbero avere memoria e capacità di apprendimento sostanzialmente illimitate», consentendo, in questo modo, una minore durata dei processi ed una calmierazione dei loro costi, che li renderebbe più accessibili a tutti<sup>18</sup>.

Ed in effetti, ciò che sembra più affascinare i cultori della decisione robotica è il recupero della prevedibilità della decisione o della perduta «calcolabilità giuridica», come valore strettamente connesso con la salvaguardia dell'uguaglianza fra i consociati. Già Losano, del resto, nel suo lavoro del 1969 su cibernetica e diritto, ipotizzava che la cibernetica potesse essere un fattore di uguaglianza, contro la creatività giudiziale che crea disuguaglianze e l'astuzia del bravo avvocato che non tutti possono permettersi<sup>19</sup>.

Anche oggi che la c.d. «giustizia predittiva» è tornata di moda non vi è intervento che non evidenzi come l'intelligenza artificiale applicata al diritto risponde all'esigenza del superamento della «incalcolabilità» giuridica cui è giunto il sistema: il recupero e l'organizzazione dei precedenti, la loro correlazione al caso particolare sono lo strumento per giungere ad una univoca soluzione probabilistica del caso. E per perseguire tale univocità di risultato, la possibilità di prevedere e pervenire alla decisione di un giudizio tramite calcoli è una prospettiva proposta in termini di fattibilità e sicura positività: il diritto può essere costruito come un sistema con coerenza scientifica pervenendo così a garantire “certezza” nel diritto e, quindi, certezza per i consociati nel loro agire. Se il diritto è oggettivo, nel senso di avere una base di regole predeterminate e vincolanti, allora deve essere possibile prevederne l'applicazione; se il diritto è certo nella sua formulazione linguistica e nei canoni interpretativi, ne segue che l'esito di una sentenza è prevedibile; in fondo, la prevedibilità delle decisioni, in generale ma di quelle giudiziarie in particolare, è un bene in sé, perché consente di indirizzare ex ante i comportamenti dei cittadini e dei poteri pubblici<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> M. Tegmark, *Vita 3.0*, cit., p. 144.

<sup>18</sup> M. Tegmark, *Vita 3.0*, cit., p. 144.

<sup>19</sup> M.G. Losano, *Giuscibernetica*, cit., p. 22.

<sup>20</sup> Così F. Patroni Griffi, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, 2017, p. 183.

Esigenza di prevedibilità del diritto e delle decisioni giudiziali strettamente connaturata alle specifiche caratteristiche dell'economia di mercato, come già Max Weber metteva in evidenza, quando sottolineava la stretta correlazione fra prevedibilità dell'esito giudiziale e efficienza del mercato: «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina», ammoniva in *Economia e società*<sup>21</sup>; aggiungendo, poi, nel fondamentale saggio *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, che «il capitalismo moderno industriale, su basi razionali, ha bisogno, al pari dei mezzi tecnici calcolabili, di un diritto di cui si possa fare calcolo e di un'amministrazione secondo regole formali», e che, in mancanza di ciò, è possibile solo un «capitalismo di avventurieri», un «capitalismo speculativo di commercianti» e le svariate specie di «capitalismo condizionato politicamente»<sup>22</sup>.

E questo è un punto sul quale in effetti forte si avverte il condizionamento del mercato sul diritto. Tanto che già qualche anno fa osservava Irti: «l'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: “produrre”. Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono “prodotte”: vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla»<sup>23</sup>.

#### **4. Crisi della «calcolabilità giuridica» e «crisi della fattispecie giuridica»: profili patologici.**

Se questa è effettivamente la prospettiva che ci impegna, mi pare che il primo profilo da scandagliare riguardi i limiti, interni ed esterni allo stesso meccanismo della decisione robotica. E solo all'esito di ciò, è possibile individuare gli ambiti entro i quali possa ipotizzarsi il ricorso a forme di decisione robotica.

---

<sup>21</sup> M. Weber, *Economia e diritto*, trad. it. di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, vol. IV, *Sociologia politica*, a cura di F. Casabianca-G. Giordano, Torino, 1999, p. 472.

<sup>22</sup> M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it. di *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, Tübingen, 1922, a cura di P. Burrelli, Firenze, 1979, p. 75. In proposito v. anche v. N. Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; Id., *Un contratto “incalcolabile”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 17 ss.; Id. *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. società*, 2015, p. 801 ss.

<sup>23</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014, p. 7.

Ora, il limite più rilevante col quale fare i conti, nel valutare la possibilità di utilizzare la decisione robotica, è quello su cui insistono molto i suoi elogiatori, e cioè la questione della «calcolabilità» o «prevedibilità» del diritto e delle decisioni giudiziali.

In altri termini, la tesi secondo cui la decisione robotica avrebbe il vantaggio di favorire la prevedibilità delle decisioni non tiene in adeguata considerazione, a mio parere, il fatto che la non «calcolabilità» o non «prevedibilità» delle decisioni giudiziali solo in minima parte è da ascrivere al fatto che dette decisioni debbano essere assunte da un giudice-persona. Per buona parte, invece, è da ascrivere a fattori che prescindono da tale circostanza e che, dunque, determinerebbero le stesse conseguenze anche laddove si arrivasse a sostituire il giudice-persona con un «robogiudice».

La crisi della «calcolabilità» o «prevedibilità» delle decisioni giudiziali, infatti, non discende affatto (o, se volete, esclusivamente) dall'incapacità (o dalla scelta consapevole) del giurista di adeguarsi al precedente o di individuare o interpretare, secondo un criterio univoco, la norma che è chiamato ad applicare, preferendo, invece, soluzioni più «creative» o dalla presenza nel processo di un vero e proprio «mistero» evocato da Salvatore Satta<sup>24</sup>, ma deriva da una serie di fattori – alcuni strettamente connessi a questo momento storico, «ciclici» per dirla con il linguaggio degli economisti, altri «strutturali», perché propri delle decisioni giudiziali - che non possono essere ignorati o sottaciuti e con i quali, comunque, l'opzione a favore della decisione robotica deve fare i conti<sup>25</sup>.

Partendo dal presupposto che, tradizionalmente, la decisione giudiziale consiste nell'applicazione della norma generale ed astratta al caso concreto, diciamo che alcuni di questi fattori di incertezza operano sul versante della componente giuridica della decisione giudiziale (il c.d. giudizio di diritto), che riguarda l'individuazione e interpretazione della norma generale ed astratta nella quale sussumere il caso concreto da decidere. Possiamo genericamente definire questo profilo come *crisi della calcolabilità giuridica in conseguenza della crisi della fattispecie giuridica*. In ogni caso si tratta di fattori che

---

<sup>24</sup> E cioè che il processo non abbia altro scopo se non il giudizio; «ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno»: v. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 24.

<sup>25</sup> V. anche, nello stesso senso, R. Bichi, *Intelligenza Artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1772 ss.

continuerebbero a generare incertezza anche laddove si decidesse di sostituire il giudice-persona con il «robogiudice».

A tal proposito, rileva anzitutto la *crisi del quadro giuridico positivista*<sup>26</sup> e, di riflesso, il superamento del metodo positivista di analisi della realtà giuridica. Tant'è che si è evidenziato (l'ha fatto magistralmente Paolo Grossi) «lo spostamento dell'asse portante dalla *legge* alla *interpretazione*»<sup>27</sup>, osservando come «oggi siamo sempre più distanti dalle sistemazioni di ieri, armoniche coerenti compatte, spesso riposate in codificazioni pensate come durevoli nei tempi lunghi»<sup>28</sup> e come «la produzione giuridica in Italia, ma ugualmente in tutti i paesi di *civil law*, ancorata com'è al monopolio della legge, abbia visto assai incrinato il paradigma della certezza»<sup>29</sup>. Se, dunque, il sistema positivista, al quale è indubbiamente legata la «calcolabilità» e «prevedibilità» delle decisioni<sup>30</sup>, è ormai da tempo in crisi, è difficile immaginare che lo si possa in qualche modo recuperare spostando la decisione giudiziale dal giudice-persona al «robogiudice».

In secondo luogo, rileva – sempre al fine di offrire una corretta analisi dello *status quo* - la *perdita di una sicura gerarchia delle fonti* e, quindi, il manifestarsi di incertezza sui confini applicativi delle varie regolamentazioni attinenti al medesimo fenomeno sociale-economico. Ciò per effetto dell'affermarsi di un *ordinamento multi-livello*, nel quale operano – con finalità e principi non sempre coincidenti fra loro – le norme codicistiche, la legislazione speciale, la Costituzione, le norme e i principi sovranazionali<sup>31</sup>. Moltiplicazione

---

<sup>26</sup> Come osserva V. Villa, *Il problema della scienza giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, p. 387 ss., «quello che accade, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, è che il modello epistemologico neopositivistico ... entra in profonda crisi, una crisi che coinvolge tutta l'impalcatura fondamentale di questa concezione. Uno dei fattori scatenanti di questa crisi è dato dal fatto che entra prepotentemente in campo una costellazione di nuove concezioni, per le quali ... è più appropriato usare la denominazione, sufficientemente neutra, di concezioni *postpositiviste*». V. anche P. Chiassoni, *Positivismo giuridico*, *ivi*, p. 56 ss.; ma già E. Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 451 ss.

<sup>27</sup> P. Grossi, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in *Quad. fior.*, 47 (2018), p. 334.

<sup>28</sup> P. Grossi, *op. cit.*, p. 336.

<sup>29</sup> P. Grossi, *op. cit.*, p. 336.

<sup>30</sup> Rileva P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 17, che «l'età, nella quale la *prevedibilità* del diritto, proclamata e realizzata, è assunta – addirittura – a valore fondante dell'ordine giuridico, può individuarsi indubbiamente nella *modernità*, quella modernità che si esprime appieno con il momento giacobino della Rivoluzione francese e, sempre in Francia, con l'opera legislativa a proiezione amplissima di Napoleone».

<sup>31</sup> V., in particolare, G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 53 ss.; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

di fonti che trova negli ultimi tempi ulteriore accentuazione con il diffondersi di regole assunte da organi privi di potere legislativo, ma che hanno in concreto efficacia normativa e riconducibili a quel fenomeno etichettato come *soft law* (*Memorandum*, Protocolli, direttive, ecc.).

L'esistenza di un sistema di fonti multi-livello e poli-centrico mal si concilia, direi, con la possibilità di funzionamento dell'algoritmo nella decisione dei singoli casi che la realtà sottopone alla decisione giudiziale: la molteplicità di previsioni normative sulla medesima fattispecie giuridica impedisce la prevedibilità della soluzione della singola decisione<sup>32</sup>. E' senz'altro vero che «le fattispecie normative sono come *lampade*, che illuminano il futuro e danno colore alle cose»<sup>33</sup>, ma quando a definire la stessa fattispecie rilevano diverse fonti è come se – per rimanere nella metafora – avessimo a che fare con più *lampade* che illuminano la stessa cosa, conferendole non un colore univoco e unitario, ma un miscuglio di colori.

##### **5. – Crisi della «calcolabilità giuridica» ed esaltazione della prospettiva processuale del diritto.**

In terzo luogo, mi pare che a mettere in crisi la «calcolabilità» e «prevedibilità» delle decisioni sia il modo stesso di interpretare la funzione del processo in generale e di quello civile in particolare nell'attuale momento storico di evoluzione del complessivo ordinamento giuridico, e cioè la tendenza a fare del processo il centro propulsore dell'intero sistema e ad esaltare la prospettiva processuale del diritto, proprio in conseguenza del venir meno del modello positivista. Mi spiego.

E' inevitabile che, se partiamo dal presupposto che il sistema non è pre-costituito e organizzato, ma si ricostruisce attraverso lo *jus positum* che nasce dall'interpretazione e applicazione della singola disposizione, volta a volta compiuta dal giudice alla luce dei principi generali (ordinari, costituzionali e sovranazionali) o, addirittura, di generici «valori» estrapolabili dal sistema, si assista sempre più all'*esaltazione della prospettiva processuale del diritto* e dunque all'affermarsi di una visione *processo-centrica* dell'intero ordinamento.

---

2015, p. 1115 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 27 ss.

<sup>32</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 12.

<sup>33</sup> N. Irti, *Per un dialogo*, cit., p. 19.

Tanto da indurre a parlare di un'«età della giurisdizione», proprio per sottolineare il fatto che il l'asse portante del sistema si è spostato dal legislatore al giudice<sup>34</sup>.

Non solo, dunque, «è finito il tempo delle norme scolpite nel marmo», come scriveva Franco Cordero nella Premessa alla sua *Procedura penale*<sup>35</sup>, e si sono aperti (talvolta spalancati) i «*cancelli delle parole*»<sup>36</sup>, ma l'individuazione stessa di norme che prescindano dall'interpretazione e applicazione è difficile e probabilmente anche inutile, perché alla fine ciò che conta è l'interpretazione e l'applicazione che della singola norma emergano dal processo. Non in maniera estemporanea, certamente, perché comunque i precedenti hanno il loro peso nella decisione della singola controversia, ma con un tasso di imprevedibilità e incalcolabilità che non sono compatibili, credo, con la mera applicazione algoritmica: «la sentenza crea diritto nel momento stesso in cui lo applica: *l'atto giudiziale insieme costituisce ed esaurisce*»<sup>37</sup>.

*Nihil novi sub soli* verrebbe da dire se si riprendono le considerazioni che già nel 1938 Giuseppe Capograssi faceva, ricordando Giuseppe Chiovenda, che era scomparso l'anno prima, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*<sup>38</sup>. Non si tratta, infatti – osservava acutamente Capograssi -, di procedere con il processo ad un'applicazione della legge generale ed astratta al caso concreto e attraverso ciò annullare le volontà particolari presenti nel processo con una volontà superiore, quanto piuttosto di affermare universalmente il valore giuridico di una volontà particolare o individuale. Il processo, dunque, non si limita alla ricostruzione del caso concreto, a cui applicare la fattispecie astratta, ma mira all'individuazione della regola del caso particolare e, così operando, esso diventa il necessario completamento dell'opera del legislatore. «Il processo è processo – egli

---

<sup>34</sup> G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disegno della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., spec. p. 92 ss.; A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno al testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 119 ss. Rinvio, in proposito, ad A. Carratta, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2019, p. 11 ss.

<sup>35</sup> F. Cordero, *Procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1992, *Premessa*.

<sup>36</sup> N. Irti, *I «cancelli delle parole». Intorno a principi, regole e norme*, Napoli, 2015, p. 20 ss., poi anche in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 57 ss.

<sup>37</sup> Così N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 17 ss., spec. p. 18.

<sup>38</sup> G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1938, p. 252 ss., ora in *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 131 ss., da cui cita.

scrive -: appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste e farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta»<sup>39</sup>.

## 6. – *Profili fisiologici di incalcolabilità giuridica.*

Peraltro, anche a prescindere dalle considerazioni che precedono, quando si tratta di pronunciare una decisione giudiziale occorre mettere in conto comunque un'attività ricostruttiva che presuppone una certa dose di discrezionalità dovuta sia alla presenza anche all'interno dello stesso ordinamento di incoerenze o vere e proprie antinomie<sup>40</sup>, soprattutto quando il legislatore intervenga nel corso del tempo riformando la disciplina normativa di riferimento soltanto in alcune sue parti, sia alla presenza di lacune normative, ovvero situazioni con riferimento alle quali non è rintracciabile una disposizione specifica<sup>41</sup>, anche a non voler parlare delle lacune assiologiche o valutative o ideologiche<sup>42</sup>, ovvero situazioni nelle quali manca una norma che, secondo le valutazioni etico-politiche dell'interprete, dovrebbe esserci<sup>43</sup>.

Infine, un limite alla «calcolabilità» e «prevedibilità» della decisione – dal lato del c.d. giudizio di diritto - si ha in tutti i casi – e sono molti – nei quali comunque l'ordinamento sollecita il giudice a decidere facendo applicazione di concetti elastici o clausole generali (dolo, colpa, giusta causa, buona fede, *periculum in mora*, *fumus boni juris*, ragionevole

---

<sup>39</sup> Così G. Capograssi, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss., ora in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 51 ss., spec. p. 59.

<sup>40</sup> N. Bobbio, *Antinomia*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 667 s.; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 105 ss.

<sup>41</sup> N. Bobbio, *Teoria generale dell'ordinamento giuridico*, in *Id.*, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 237 ss.; *Id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 96 s.; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, p. 394 s.

<sup>42</sup> L'elaborazione della distinzione fra «lacune normative» o «tecniche» e «lacune ideologiche» risale a G. Brunetti, *Sul valore del problema delle lacune*, Torino, 1913, in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1915, p. 34 ss.

<sup>43</sup> N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 257 ss.; *Id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 96 s.; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 400 ss.; *Id.*, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 134 ss., il quale rileva che «affermare l'esistenza nell'ordinamento di una lacuna assiologica è non un giudizio di fatto, ma un giudizio di valore: non una descrizione del diritto com'è, ma una critica del diritto esistente e/o una prescrizione di come dovrebbe essere» e individua due tipologie diverse di lacune assiologiche: quella nella quale «una fattispecie sia, sì, disciplinata da una norma, ma che tale disciplina appaia all'interprete *insoddisfacente*, sicché, a suo giudizio, manca nell'ordinamento non una norma qualsivoglia, ma una norma «giusta», la norma che sarebbe richiesta dal suo senso di giustizia», e quella nella quale «una fattispecie sia, sì, disciplinata da una norma, ma che tale disciplina non sia conforme a quanto richiesto da un'altra norma positiva: in particolare, da una norma materialmente o assiologicamente superiore»; v. anche *Id.*, *Filosofia del diritto. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2017, p. 162 ss.

probabilità, e via discorrendo). In tutti questi casi è evidente che l'utilizzo del metodo statistico può solo offrire una prevedibilità «tendenziale», ma non certa e matematica. Tant'è vero che l'orientamento della Corte di Cassazione italiana in proposito suole considerare sindacabili le applicazioni di questi concetti al fine di denunciare la non coerenza della loro interpretazione e applicazione con gli standard conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale, e dunque in continua evoluzione<sup>44</sup>.

### **7. «Calcolabilità» delle decisioni e c.d. giudizio di fatto.**

Accanto ai fattori che minano la «calcolabilità» o «prevedibilità» delle decisioni sul versante della formulazione del c.d. giudizio di diritto, in sede di decisione, occorre tener presenti anche i fattori che hanno lo stesso effetto sul versante del c.d. giudizio di fatto, che il giudice è chiamato a compiere ancor prima di individuare e interpretare la norma generale ed astratta da applicare.

A tal proposito, occorre prendere in considerazione, anzitutto, l'attività di ricostruzione della *fattispecie storica* e della selezione dei fatti rilevanti ai fini della successiva sussunzione di tale fattispecie nella norma generale ed astratta. Occorre rilevare che la prima fase della decisione giudiziale si sostanzia proprio della identificazione della *fattispecie storica*.

Ebbene, non v'è dubbio che la selezione di questi fatti venga compiuta in prima battuta dalla parte che propone la domanda e che è tenuta anche ad individuare i fatti a sostegno di tale domanda e possa eventualmente essere integrata dalla controparte con l'aggiunta di ulteriori fatti. Se fossimo in presenza di un «robogudice» potremmo dire che in tal modo si ha l'immissione dei fatti su cui decidere nel calcolatore. Questa ricostruzione della fattispecie storica, tuttavia, non è affatto «neutra», non costituisce una mera operazione «aritmetica» di sommatoria dei diversi fatti, ma presuppone la convinzione che quella

---

<sup>44</sup> V., ad es., Cass., 3 settembre 2003, n. 12843, in *Foro it.*, 2004, I, 1174, con nota adesiva di E. Fabiani; Cass., 8 maggio 2000, n. 5822; Cass., 18 gennaio 1999, n. 434 e Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514, entrambe *ivi*, 1999, I, 1891, con nota di E. Fabiani e M. De Cristofaro; Cass., 13 aprile 1999, n. 3645, *ivi*, 1999, I, 3558, con nota di E. FABIANI; In argomento v. anche E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; Id., *Il sindacato della Corte di cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 581 ss.; D. Maltese, *Sulle «clausole generali» nel giudizio di legittimità*, in *Foro it.*, 2011, V, 138 ss.; R. Caponi, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.)*, *ivi*, 2013, V, 149 ss.

fattispecie storica, per come ricostruita dalla parte, possa o non possa *con-formarsi* ad una determinata fattispecie giuridica. E' quella che i processualisti chiamano la *causa petendi* della domanda giudiziale.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che quest'operazione di *profilazione* della fattispecie storica ad una determinata fattispecie giuridica, compiuta dalla parte, sia condivisa dal giudice ai fini della decisione. Nulla esclude, cioè, che il giudice, di fronte agli stessi fatti allegati dalle parti, ritenga di ricostruire la fattispecie storica in una maniera diversa, perché dà rilevanza, sempre nella *profilazione* di detta fattispecie, a fatti pure allegati dalle parti, ma da esse trascurati<sup>45</sup>. Le parti, ad es., hanno discusso di un'ipotesi di responsabilità civile extracontrattuale, ma in sede di decisione il giudice ritiene che, in realtà, nel caso di specie si tratti di responsabilità contrattuale. Oppure, le parti hanno discusso dell'adempimento di un contratto, ma in sede di decisione il giudice rileva che dai fatti allegati emerge una nullità del contratto.

Ebbene, anche su questo versante mi pare che vada riconosciuta l'esistenza di un fattore di non calcolabilità o non prevedibilità della decisione giudiziale, che comunque si avrebbe a prescindere da chi sia chiamato a decidere. e questo perché ciò che definisce la *fattispecie storica* è la selezione dei fatti rilevanti rispetto alla convinzione che essa possa identificarsi ed essere sussunta in una ipotetica *fattispecie giuridica*<sup>46</sup>: col mutare di questa convinzione nel passaggio dalle parti al giudice può mutare anche la selezione dei fatti rilevanti. per delineare la *fattispecie storica*<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Osserva A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, p. 33 ss., spec. p. 53, che due forme di decisione, quella per legge e quella secondo i precedenti, «possono essere emulate da un sistema di analisi dei dati passati che sia in grado di effettuare una forma di *classificazione*» e che «si potrebbe quasi azzardare che la categoria giuridica della *fattispecie* possa trovare nella categoria dei *classificatori* dell'intelligenza artificiale il proprio alter ego».

<sup>46</sup> Rinvio, in proposito, ad A. Carratta, *Sub art. 112*, in A. Carratta-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 75 ss.

<sup>47</sup> Rileva N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Decisione robotica*, cit., p. 19, che «il fatto non nasce come caso, ma diviene caso se messo in relazione con una norma, con la fattispecie legislativa che lo prevede e disegna ... La fattispecie è un dispositivo di misurazione del fatto». Anche A. Carcaterra, *Machinae autonome*, cit., p. 39 osserva che «ogni situazione di fatto osservabile è suscettibile di infinite specificazioni ossia, per poter essere descritta esattamente, necessiterebbe di una infinità di dettagli. Quando nella lista delle specificazioni e dei dettagli dello stato osservato ci fermiamo, vuol dire che stiamo ignorando ulteriori specificazioni che non vogliamo, o non possiamo, dare ... Si capisce però come punto di vista sia soggettivo. Potremmo avere altri osservatori dello stesso fatto che introducono dettagli che noi non abbiamo preso in considerazione e invece ne ignorano altri che noi abbiamo giudicato importanti».

Peraltro, sempre sul versante del c.d. giudizio di fatto, un fattore di imprevedibilità può aversi anche nella valutazione delle risultanze probatorie dei fatti di causa. Nell'ipotesi in cui le due parti offrano una diversa ricostruzione della fattispecie storica, portando a sostegno le relative prove, la decisione del giudice di preferire una ricostruzione all'altra si fonda sulla scelta di dare la prevalenza, in sede di valutazione probatoria, ad alcune prove, perché ritenute più affidabili, rispetto ad altre. Anche qui può annidarsi, evidentemente, un fattore di imprevedibilità dal quale non si può prescindere.

#### **8. – *La riscoperta della nomofilachia come strumento per la prevedibilità delle decisioni.***

Ebbene, se quella brevemente descritta è la realtà con la quale dobbiamo confrontarci, è difficile ammettere che l'utilizzazione della decisione robotica sarebbe in grado di favorire la «calcolabilità» e «prevedibilità» della decisione, visto che una certa dose di imprevedibilità sembra essere – almeno in questa fase storica – una costante ineliminabile<sup>48</sup>. Il che non toglie, tuttavia, che la «calcolabilità» e la «prevedibilità» delle decisioni siano valori fondamentali per l'ordinamento nel suo complesso e non solo, nell'ottica weberiana, per il sistema economico e che ci si debba domandare in che modo recuperarle. Purché, però, esse vengano perseguite non come fini a se stesse, ma come obiettivi tendenziali, che, comunque, scontano l'esistenza di un certo tasso di imprevedibilità.

Un valido antidoto al diritto «incalcolabile» e «imprevedibile» mi pare che possa rinvenirsi nella riscoperta dell'importanza della funzione nomofilattica delle Corti Supreme<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Osserva ancora N. Irti, *Per un dialogo*, cit., p. 23: «se la controversia futura non viene decisa secondo la legge, ma secondo *altri criteri* – ossia secondo criteri, che o non dispongono per l'avvenire o sono manchevoli di fattispecie -, allora cadono calcolabilità e affidamento».

<sup>49</sup> V. anche, in proposito, N. Irti, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2018, p. 17 ss.; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 17 ss.; M. Nuzzo, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 137 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 27 ss.; Id., *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 66; A. Proto Pisani, *I precedenti della Corte costituzionale e interventi necessari sulla Corte di Cassazione*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 269 ss.

Il termine nomofilachia, ben conosciuto dagli studiosi italiani del processo civile (ma quasi ignoto agli stranieri), fu introdotto nel nostro linguaggio processuale da Piero Calamandrei intorno agli anni venti del secolo scorso, con l'uscita della sua opera sulla Cassazione civile<sup>50</sup>. E' – come noto - vocabolo di origine greca, composto dalle parole *νόμος* (regola) e *φύλαξ* (custode). In varie città dell'antica Grecia – come si legge nel *Dizionario Enciclopedico Italiano Treccani* – il nomofilace era, infatti, il magistrato incaricato di custodire il testo ufficiale della legge e di assicurare la stabilità della legislazione contro la tendenza a mutarla di assemblee popolari e demagoghi<sup>51</sup>. Trasposto nel linguaggio moderno, esso è stato utilizzato per individuare le funzioni della nostra Corte di cassazione (l'art. 65, 1° comma, del R.D. 12 del 1941 stabilisce che «La Corte Suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»).

Si tratta di un compito di estrema importanza dal punto di vista dei valori che mira a proteggere.

Anzitutto, emerge la salvaguardia del principio di uguaglianza solennemente enunciato dall'art. 3 della Costituzione. Siccome la norma costituzionale parla di “uguaglianza di tutti davanti alla legge”, è evidente che, se la legge da applicare viene interpretata in maniera uniforme dai giudici di merito davanti ai quali se ne invoca l'applicazione, si realizza la violazione proprio di tale principio fondamentale.

In secondo luogo, emerge il profilo della certezza del diritto applicabile al caso concreto. Le parti di un rapporto giuridico possono meglio valutare le future conseguenze dei loro comportamenti e delle loro scelte proprio in base all'uniforme interpretazione ed applicazione che delle norme sostanziali applicabili viene offerta dagli organi giurisdizionali chiamati ad applicarle. E' inutile sottolineare come proprio l'incertezza nell'interpretazione

---

<sup>50</sup> P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, II, *Disegno generale dell'istituto*, Milano-Torino-Roma, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VII, ristampa, Roma Tre Press, Roma, 2019, pp. 34, 92 ss., 105 s. (da cui si cita); v. anche Id., *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 981 ss.; P. Calamandrei-C. Furno, *Cassazione civile*, in *Nss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1055 ss., spec. p. 1057 ss.

<sup>51</sup> In proposito v. U.E. Paoli, *Nomophylakes*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, 1938; A. Biscardi, *Nomophylakes*, in *Nss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1965, p. 312 ss., che definisce i nomofilaci come una sorte di Corte costituzionale *ante litteram*. Secondo l'opinione più accreditata i νομοφύλακες furono istituiti sul finire del IV sec. a.C. da Demetrio di Falero (V. Arangio Ruiz, *Nomofilachia*, in *Enc. It.*, Roma, 1934; A. Banfi, *Sulla legislazione di Demetrio del Falero*, in *Bull. Ist. Dir. rom. "Vittorio Scialoja"*, III serie, vol. XL-XLI, Milano, 2010, p. 136 ss.).

ed applicazione delle norme si riveli un limite di notevole rilevanza per il buon funzionamento del traffico giuridico e, di riflesso, di quello commerciale, in quanto i soggetti che lo realizzano non sono in grado di prevedere le conseguenze delle loro azioni sul piano della relativa valutazione giuridica.

In terzo luogo, emerge anche con riferimento all'uniforme interpretazione ed applicazione della legge applicabile il tanto declamato (a volte a sproposito, per la verità) principio della ragionevole durata del processo. L'uniforme interpretazione, determinando di riflesso la prevedibilità delle decisioni giudiziali, porta inevitabilmente ad una riduzione dell'eccessiva conflittualità che caratterizza più di altri il nostro sistema, con indubbi effetti sul carico di lavoro degli organi giurisdizionali. Sempre in quest'ottica, peraltro, non vanno neanche trascurati i benefici effetti che l'uniforme interpretazione e applicazione della legge determina sull'efficienza degli stessi organi giurisdizionali e sulla velocità di decisione degli stessi. E' difficile negare che una prassi giurisprudenziale uniforme richiede ai giudici che vi si adeguano un'attività incomparabilmente minore di quella richiesta a chi si accinge a risolvere ogni singolo caso a lui sottoposto come se fosse da decidere per la prima volta. Minore attività processuale per decidere il singolo caso significa migliore efficienza dell'attività giudiziale e più velocità di decisione (come già Cardozo sottolineava nel 1921)<sup>52</sup>.

Infine, l'uniforme interpretazione incide sulla stessa autorevolezza del potere giurisdizionale. La coerenza interna nell'interpretazione e applicazione delle norme comporta un rafforzamento del potere giurisdizionale nel quadro dei poteri dello Stato, che risulta al contrario indebolita e messa in crisi dalla diminuita credibilità connessa ad una giurisprudenza caratterizzata al proprio interno da contrasti interpretativi, oscillazioni, orientamenti contrapposti.

Ebbene, quando si parla di nomofilachia ci si riferisce, in modo particolare, all'esigenza di avere un'uniformità sincronica nell'interpretazione della legge applicabile, e cioè all'esigenza che le norme applicabili siano interpretate in modo uniforme nello stesso momento storico. E ciò, appunto, proprio per evitare che norme identiche vengano interpretate in maniera diseguale, di fatto alterando il principio di uguaglianza. Ma questo

---

<sup>52</sup> B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale, 1921, p. 149 ss.

non significa affatto che l'uniforme interpretazione debba rimanere immutata nel tempo. Infatti, come chiarì lo stesso Calamandrei davanti all'Assemblea Costituente nel 1947 nel difendere la scelta della Cassazione unica, «bisogna distinguere l'unificazione nello spazio e l'unificazione nel tempo. La giurisprudenza non si unifica nel tempo e non si deve unificare nel tempo, perché non è bene che la vita del diritto diventi immobile e statica, e si cristallizzi. Il diritto ... è una forza viva ... Ma, quello che si deve invece difendere ... è l'unicità della giurisprudenza nello spazio»<sup>53</sup>. In tal senso l'uniformità deve essere mantenuta finché non sorgano ragioni tali da giustificare l'adozione di un'interpretazione diversa.

E dunque, proprio in presenza di un sistema normativo multi-livello e poli-centrico, caratterizzato dalla pluralità di fonti e dal succedersi alluvionale di regole riguardanti la stessa materia, emerge con maggiore rilevanza l'utilità della nomofilachia. Come ha osservato Vittorio Denti, «proprio l'imponente fenomeno di settorialità che va sotto il nome di 'decodificazione', creando istituti nuovi o sottraendo istituti vecchi ai principi del codice civile ... crea il bisogno di un intervento autoritativo che tagli i nodi delle incertezze interpretative»<sup>54</sup>.

In una situazione normativa dominata da lacune, antinomie e molteplicità delle fonti si va sempre più rafforzando l'idea che la vera e ultima fonte del diritto sia la giurisprudenza delle Corti supreme. In questo contesto la nomofilachia viene intesa, in realtà, come la soluzione al disordine del sistema. Resta al fondo l'idea che essa serva ad assicurare la certezza del diritto, ma perché chi la esercita va sempre più assumendo anche il ruolo di generatore del diritto (funzione *nomopoietica* o di *nomofilachia «creativa»*)<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Assemblea Costituente, intervento nella seduta pomeridiana del 27.11.1947. V. anche P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, cit., p. 73 s., dove osserva che l'uniformità della giurisprudenza «dovrebbe intendersi perfettamente raggiunta ogniqualvolta, nello stesso momento storico, tutti quanti i tribunali dello Stato interpretassero in un solo modo le norme del diritto positivo, e dovrebbe altresì ritenersi perfettamente mantenuta anche quando, in un momento successivo, gli stessi tribunali concordemente variassero, tutti insieme, la giurisprudenza seguita nel momento precedente»; ed ancora: «ogniqualvolta, dunque, nel corso di questo Studio ho accennato o accennerò alla uniformità della giurisprudenza, ho inteso e intenderò sempre riferirmi alla uniformità nello spazio, non a quella nel tempo: alla uniformità *contemporanea*, cioè, che non esclude una disformità *successiva*».

<sup>54</sup> V. Denti, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 419. Nella medesima direzione si muove chi ha parlato, con riferimento alla giurisprudenza di merito negli ambiti nei quali è escluso il controllo di legittimità, di «nomofilachie di settore» (G. Costantino, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1443 ss., spec. p. 1456 ss.).

<sup>55</sup> Rinvio, ancora, ad A. Carratta, *La scienza del processo civile*, cit., p. 23 ss.; Id., *L'art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia «creativa» dei giudici di cassazione*, in *Giur. it.*, 2011, p. 886 ss. Del resto, lo stesso Calamandrei, nel definire lo scopo della Cassazione, parla di «scopo di carattere costituzionale, di coordinazione tra la funzione legislativa e la funzione giudiziaria, di unificazione di tutto l'ordinamento giuridico: che attiene, più

Di questo, in effetti, sembrano cominciare a rendersi conto anche i nostri giudici della Cassazione. i quali sono pervenuti alla conclusione che il mutamento di interpretazione dovrebbe ammettersi soltanto restrittivamente, e cioè solo nei casi in cui si sia in presenza di un'interpretazione della disposizione «manifestamente arbitraria e pretestuosa» o che «dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”»<sup>56</sup>. Con la conseguenza che, al di fuori di queste ipotesi, si riconosce ad orientamenti interpretativi consolidati una forza di resistenza e una vincolatività ben maggiore della mera persuasività.

Tant'è vero che nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte sta diventando sempre più ricorrente l'affermazione secondo cui, «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice della legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative»<sup>57</sup>.

Ciò che va proprio nella direzione di quella tendenziale prevedibilità delle decisioni che, allo stato delle cose, appare la sola strada percorribile.

Questo non significa, ovviamente, che debba prevalere un'idea della nomofilachia di tipo autoritativo intesa, come recita l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario italiano, quale «unità oggettiva del diritto nazionale» o come «vincolo giudiziale del passato», come recita il titolo del secondo dei volumi della «trilogia»<sup>58</sup>.

---

che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto, alla fase di formazione o di formulazione del diritto da applicare ai casi futuri» (P. Calamandrei, *Cassazione civile*, cit., p. 981).

<sup>56</sup> Così Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675; Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864; Cass., 20 maggio 2016, n. 10412; Cass., 16 ottobre 2017, n. 24312. V. anche Cass., 9 marzo 2018, n. 5660, la quale ha respinto la richiesta, provenienti dai ricorrenti, di mutare l'interpretazione relativa all'art. 348 c.p.c., circa la possibilità dell'appellante costituitosi tardivamente di poter proporre una seconda impugnazione sempre che non sia già intervenuta una declaratoria di improcedibilità o inammissibilità della prima impugnazione (Cass., 12 novembre 2010, n. 22957; Cass., 17 ottobre 2013, n. 23585), osservando che «un improvviso *overruling* non sarebbe legittimato dalle condizioni di necessità sopra indicate e si risolverebbe in un nocumento per il principio di eguaglianza dei cittadini che deve informare anche gli istituti processuali, inteso come affidamento nel significato precettivo attribuito alla norma processuale e prevedibilità del criterio di applicazione della stessa da parte dei giudici».

<sup>57</sup> Così Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620; ma v. anche, fra le altre, Cass., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass., 14 maggio 2018, n. 11683; Cass., 26 aprile 2017, n. 10321; Cass., sez. un., 22 settembre 2017, n. 22083, n. 22084, n. 22085; Cass., sez. un., 13 giugno 2016, n. 12084; Cass., 15 maggio 2013, n. 11621.

<sup>58</sup> *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit.

E' evidente, infatti, che rispetto ad una determinata norma non può esservi una sola ed esclusiva interpretazione e dunque che continuare a definire la nomofilachia come uniforme interpretazione della legge – come fa l'art. 65 dell'ord. giud. – è indicare un risultato irraggiungibile in pratica. Più realistico è parlare di tendenziale uniformità della giurisprudenza circa l'interpretazione e applicazione della legge. Il problema è come riuscire a realizzare un simile risultato in un ordinamento di *civil law* come il nostro nel quale non vige evidentemente il vincolo del precedente. Se il precedente non è giuridicamente vincolante, può condizionare le decisioni future solo attraverso la sua persuasività e autorevolezza.

Ma per arrivare a ciò, occorre superare quella che è stata efficacemente definita «nomofilachia particolaristica ed analitica»<sup>59</sup>, cioè la convinzione che la Cassazione debba svolgere funzione di nomofilachia intervenendo in ogni singola e specifica questione di diritto sostanziale e processuale che assuma rilevanza nell'ambito di qualsiasi controversia. Una nomofilachia di questo tipo non solo indebolisce il ruolo dell'organo che è chiamato ad esercitarla, oltre a sovraccaricarlo di contenzioso, ma soprattutto finisce per influire negativamente sulla vera e propria funzione nomofilattica della Suprema Corte, aumentando il rischio di interpretazioni divergenti e incrinando, in questo modo, il principio di uguaglianza<sup>60</sup>.

Lo stesso obiettivo, in fondo, a cui aspirano i fautori della decisione robotica.

### **9. – Per un utilizzo ragionevole dei sistemi algoritmici nel processo: la decisione giudiziale su base algoritmica.**

---

<sup>59</sup> M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 763; v. anche Id., *Precedente e giurisprudenza*, *ivi*, 2007, p. 720 ss.; Id., *Note sul precedente giudiziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 105 ss.

<sup>60</sup> P. Calamandrei-C. Furno, *Cassazione civile*, cit., p. 1056; L. Montesano, *Ricondurre la Cassazione al giudizio di legittimità?*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 623; A. Proto Pisani, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 380 ss.; Id., *Principio di uguaglianza e ricorso per cassazione*, *ivi*, 2010, V, c. 65 ss. V. anche S. Rusciano, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012, p. 61 ss.

Se – per le ragioni già dette – appare difficilmente ipotizzabile una sostituzione integrale del «robog giudice» al giudice-persona e se, al tempo stesso, l'*inventio* giudiziale del diritto<sup>61</sup> assume sempre più i caratteri dell'inevitabilità, si comprende agevolmente, allora, entro quale «cornice» possa ammettersi oggi un utilizzo dei sistemi algoritmici anche nel processo: non tanto per soppiantare l'operato del giudice-persona, quanto semmai – in una fase storica nella quale ne risulta inevitabilmente accresciuta la sua discrezionalità e «creatività» - per seguirne più da vicino e controllarne le operazioni prodromiche alla decisione, sia nel momento in cui vengono concretamente compiute, sia successivamente per valutare la correttezza dei risultati decisionali.

In questo contesto mi pare che tre siano i limiti che andrebbero tenuti presenti nel momento in cui si optasse per un'estensione dei sistemi algoritmici anche nel campo delle decisioni giudiziali.

Un primo punto fermo, e bene ha fatto il Regolamento europeo n. 679/2016 a sottolinearlo, è che le tecniche di intelligenza artificiale rimangano strumentali e di ausilio rispetto all'attività del giudice, il quale non può essere messo di fronte ad automatismi applicativi dipendenti dall'esito di procedure algoritmiche, anche se fondate sui precedenti giurisprudenziali. Perché siano accettate anche nel contesto giudiziario, dunque, la loro posizione ha da rimanere servente rispetto al giudice-persona e non dominarlo<sup>62</sup>.

Del resto, nel caso Loomis, che viene spesso citato come primo caso di utilizzo di procedura algoritmiche in sede giudiziale, la Corte Suprema del Wisconsin, nel confermare la decisione della Corte di grado inferiore che aveva utilizzato l'uso del software *Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)* per valutare il rischio di recidiva del condannato Loomis, ha ritenuto rispettato il principio costituzionale del giusto processo (il *due process of law*) sulla base del fatto – come sottolinea la stessa

---

<sup>61</sup> «Termine che, usato nel significato dell'*invenire* latino (cercare e reperire), denuncia un'attività senz'altro attiva e impegnativa, senz'altro costruttiva, ma che non ha nulla di *creativo*»: così P. Grossi, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quad. fior.*, 47 (2018), p. 9 ss., spec. p. 16; v. anche Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in Id., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 114 ss.; Id., *Il giudice civile. Un interprete?*, *ivi*, p. 72 ss.

<sup>62</sup> Un rapporto invertito, infatti, esporrebbe al rischio della «dittatura dell'algoritmo» (S. Rodotà, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014, p. 33 ss.: «il mondo dei trattamenti automatizzati delle informazioni non può essere senza regole e ... il ricorso all'algoritmo non può divenire una forma di deresponsabilizzazione dei soggetti che lo adoperano»; v. anche Id., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 398).

Corte nella motivazione - che il risultato algoritmico non è stato l'unico elemento determinante al fine di decidere, ma solo uno degli strumenti a disposizione del giudice per valutare il caso in esame<sup>63</sup>.

Un secondo punto fermo è nel valore da riconoscere – nella decisione giudiziale – al «prudente convincimento» del giudice sui fatti di causa; «prudente convincimento» che – come recita il nostro art. 116 c.p.c. – il giudice è chiamato a formarsi sulle prove.

Ebbene, pur mantenendo ferma la garanzia del «prudente convincimento» del giudice, nulla impedisce che fra le prove rimesse alla sua valutazione il legislatore dia ingresso anche ai risultati algoritmici (una vera e propria *prova algoritmica* potremmo dire), lasciando alla parte che voglia sottrarsi all'applicazione di tali risultati l'onere di dimostrare o l'errore nell'elaborazione dell'algoritmo o le peculiarità del caso che non ne consentono la riconducibilità ai precedenti su cui si basa l'algoritmo. E del resto, il nostro legislatore ha già sperimentato l'utilizzo in sede giudiziale della c.d. prova statistica, ad es., nell'ambito dei procedimenti diretti alla repressione delle condotte discriminatorie (art. 28 d.lgs. 150/2011). In questo caso, il problema potrebbe sorgere nel caso in cui non vi sia la possibilità per le parti di accedere al codice sorgente o di potere effettivamente comprendere il funzionamento dell'algoritmo, essendo evidente che questo altera la correttezza e la parità del contraddittorio fra le parti e fra queste ed il giudice.

Probabilmente, in questa direzione, si può anche pensare ad un'utilizzazione dei sistemi algoritmici che vada oltre le finalità probatorie e che serva al giudice per la valutazione dei fatti di causa rilevanti per la decisione. In questo caso essi rileverebbero non più come *prova*, ma come *strumenti integrativi di valutazione* dei fatti di causa (una sorta *ausilio tecnico* di cui il giudice-persona potrebbe servirsi negli stessi termini e con gli stessi limiti nei quali può servirsi della tradizionale consulenza tecnica): come «il perito deduce o fornisce gli elementi per dedurre per incarico del giudice»<sup>64</sup>, allo stesso modo opererebbe il

---

<sup>63</sup> Winsconsin Supreme Court, 13 luglio 2016, *State vs. Loomis*, case n. 2015AP157-CR, sulla quale v. *Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warnings before Use of Algorithmic Risk Assessment in Sentencing – State v. Loomis*, in *Harvard Law Review*, 130 (2017), p. 1530 ss. Si legge nella motivazione, infatti, che «*although the circuit court mentioned the Compas risk assessment, it was not determinative in deciding whether Loomis should be incarcerated, the severity of sentence, or whether he could be supervised safely and effectively in the community*».

<sup>64</sup> Sono, come noto, le parole con le quali Carnelutti delinea la natura della consulenza tecnica, escludendo, di conseguenza, che essa sia assimilabile ad un mezzo di prova (F. Carnelutti, *La prova civile* (1915), ristampa, Milano, 1992, p. 82). Per ulteriori considerazioni sulla particolare natura della consulenza tecnica rinvio ad A.

sistema algoritmico fornendo direttamente al giudice elementi di valutazione, ovviamente nei soli casi in cui si ritenga che questo possa accadere.

Penso, in particolare, alle cause ripetitive e semplici, nelle quali la ricostruzione fattuale assume caratteristiche uniformi, o alle cause nelle quali al giudice viene richiesto un mero sforzo computazionale<sup>65</sup> (si pensi, ad es., al calcolo dei danni alla salute nelle cause risarcitorie, per il quale la Cassazione ha previsto un vincolo del giudice all'applicazione delle c.d. tabelle del Tribunale di Milano)<sup>66</sup> o alle controversie per la determinazione dell'indennità da irragionevole durata del processo (l. n. 89/2001).

O, ancora, alle ipotesi nelle quali la ricostruzione dei fatti di causa avvenga sulla base di indizi che, in precedenti casi, hanno già condotto a ritenere provato un fatto ignoto, rilevante per la decisione<sup>67</sup>. O, infine, alle cause nelle quali assume rilevanza l'applicazione di concetti o clausole di carattere generale (ad es., per valutare il *periculum in mora* in concreto ai fini dell'accoglimento di una domanda cautelare). In tutti questi casi, ancora una volta, imprescindibile appare la necessità che si tratti di ausili alla formazione del «prudente convincimento» del giudice-persona e non di strumenti integralmente sostitutivi della valutazione del giudice-persona.

Un terzo punto fermo – diretta conseguenza, se si vuole, dei limiti di utilizzo dei sistemi algoritmici finora delineati - si rinviene nell'esigenza che comunque tale utilizzo in ambito giudiziale non mini il valore fondamentale che ha (deve avere) per la decisione del giudice la motivazione, anche nell'ottica del principio fissato dall'art. 111, 6° comma, Cost. E questo può avvenire solo assicurando che la decisione sul se e come utilizzare gli strumenti di intelligenza artificiale venga assunta dal giudice-persona<sup>68</sup>.

---

Carratta, *Prova scientifica e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti e G. Paolozzi, Torino, 2019, p. 147 ss.

<sup>65</sup> Così anche M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, cit., p. 64; E. Vincenti, *Il «problema» del giudice robot*, in *Decisione robotica*, cit., p. 111 ss., spec. p. 124; M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, *ivi*, p. 125 ss, spec. p. 133; L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia «high tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, *ivi*, p. 139 ss., spec. p. 148 ss.; M. Maugeri, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, *ivi*, p. 159 ss.

<sup>66</sup> V., in proposito, Cass., 20 aprile 2017, n. 9950; Cass., 17 gennaio 2018, n. 913.

<sup>67</sup> V., in proposito, J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it. di *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Barcelona, 2018, a cura di P. Comoglio, Torino, 2019, p. 14 ss.

<sup>68</sup> Osserva, in proposito, E. Vincenti, *Il «problema»*, cit., p. 122: «cosa potrà, dunque, esibirci il giudice-robot? Forse la narrazione relativa alla scansione dei passaggi logico-matematici che hanno condotto a quella data soluzione); sottolinea il problema anche F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il diritto amministrativo*, in *Decisione robotica*, cit., p. 165 ss., spec. p. 170 ss.

Anche a questo proposito, del resto, è ancora interessante un passaggio della motivazione della Corte Suprema del Wisconsin nel caso Loomis. In quel caso i difensori di Loomis avevano fatto ricorso alla Corte Suprema evidenziando come l'utilizzo dell'algoritmo da parte della Corte di grado inferiore violasse il diritto costituzionale dell'imputato a conoscere le ragioni della decisione, dato che egli non aveva avuto la possibilità di conoscere il funzionamento dell'algoritmo Compas utilizzato nel caso di specie. Ebbene la Corte Suprema del Wisconsin respinge il ricorso sostenendo che la Corte inferiore, nell'affermare che l'algoritmo Compas era stato solo uno degli strumenti di formazione del convincimento, aveva dimostrato che sulla decisione circa il valore da attribuire ai risultati algoritmici il giudice era rimasto libero.

Oltre questi limiti non mi pare che si possa (e si debba) andare; perché travalicarli significherebbe compromettere l'essenza stessa della funzione giurisdizionale.

#### **10. – Considerazioni conclusive.**

Per concludere, ritorno al quesito iniziale: a cosa siamo disposti a rinunciare in nome dell'efficienza del sistema giurisdizionale e della prevedibilità della decisione giudiziale? Faccio notare che si tratta di un quesito che comunque dovremmo porci, a prescindere dai convincimenti personali sull'utilizzo della decisione robotica.

Ebbene, il rischio più grave insito nella piena robotizzazione della decisione giudiziale è quello di affidarsi alla tecnica in modo assoluto anche per la produzione delle decisioni giudiziali, trascurando o quanto meno sottovalutando i molteplici rischi che questo comporta e soprattutto che – come ha opportunamente sottolineato qualche anno fa sempre Irti - «la tecnica è potenza che *usa il mondo*, e perciò lo calcola, lo governa, lo manipola»<sup>69</sup>, con la volontà «non mai sazia e placata» di dominare cose e uomini, natura e storia e di crearsi «*il proprio mondo*, sovrapponendolo o im-ponendolo alla realtà “data”»<sup>70</sup>.

Non v'è dubbio che la decisione *esclusivamente* robotica risulterebbe immune dagli errori in cui può incorrere il giudice-persona e probabilmente sarebbe assunta anche in maniera più veloce e con maggiore prevedibilità di quella del giudice-persona. Sennonché,

---

<sup>69</sup> N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 14.

<sup>70</sup> N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 14.

vale la pena di sottolinearlo, al giudice non si chiede – almeno in questo momento storico - solo una decisione senza errori, veloce e prevedibile, quanto, piuttosto, una decisione «giusta», e cioè una decisione che si basi su un accertamento veritiero dei fatti della singola causa, ottenuto nel pieno contraddittorio fra le parti.

Siamo proprio sicuri che la decisione *esclusivamente* robotica possa essere anche «giusta»? E siamo proprio sicuri che, ove optassimo per la decisione *esclusivamente* robotica come soluzione per i problemi dell'amministrazione della giustizia, non staremmo rinunciando, già in premessa, ad avere una decisione «giusta» in cambio di una decisione senza errori, veloce e prevedibile e non staremmo accettando - in buona sostanza - di «decidere senza giudicare»<sup>71</sup>?

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di E. Gabrielli e U. Ruffolo, in *Giur. it.*, 2019, p. 1656 ss.; R. Rordorf, *Editoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 4 ss.
- ARANGIO RUIZ. *Nomofilachia*, in *Enc. It.*, Roma, 1934.
- BANFI, A. *Sulla legislazione di Demetrio del Falero*, in *Bull. Ist. Dir. rom. "Vittorio Scialoja"*, III serie, vol. XL-XLI, Milano, 2010, p. 136 ss.
- BEIJING INTERNET COURT. [https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c\\_190.htm](https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm).
- BOBBIO, N. *Antinomia*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 667 s.; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 105 ss.
- BOBBIO, N. *Teoria generale dell'ordinamento giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 237 ss.; Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 96 s.
- BOBBIO, N. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 257 ss.
- BOBBIO, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 96 s.

---

<sup>71</sup> E cioè per decidere «senza quel giudizio in cui la legge definisce la vicenda concreta e ne fa un 'caso' della propria applicazione» (così N. Irti, *La crisi del circolo (a modo di prefazione)*, in *Il diritto incalcolabile*, cit., p. VIII).

- BICHI, R. *Intelligenza Artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1772 ss.
- BISCARDI, A. *Nomophylakes*, in *Nss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1965, p. 312 ss.
- BRUNETTI, G. *Sul valore del problema delle lacune*, Torino, 1913, in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1915, p. 34 ss.
- CALAMANDREI, P. *La Cassazione civile*, II, *Disegno generale dell’istituto*, Milano-Torino-Roma, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VII, ristampa, Roma Tre Press, Roma, 2019, pp. 34, 92 ss., 105 s.
- CALAMANDREI, P. FURNO, C. *Cassazione civile*, in *Nss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1055 ss., spec. p. 1057 ss.
- CANZIO, G. *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 27 ss.; Id., *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 66.
- CAPOGRASSI, G. *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1938, p. 252 ss., ora in *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 131 ss.
- CAPOGRASSI, G. *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss., ora in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 51 ss., spec. p. 59.
- CAPONI, R. *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell’art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.)*, *ivi*, 2013, V, 149 ss.
- CARCATERRA, A. *Machinae autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, p. 33 ss.
- CARDOZO, B.N. *The Nature of the Judicial Process*, Yale, 1921, p. 149 ss.
- CARNELUTTI, F. *La prova civile* (1915), ristampa, Milano, 1992, p. 82.
- CARRATTA, A. *La scienza del processo civile in Italia all’inizio del XXI secolo*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2019, p. 11 ss.
- CARRATTA, A. *Prova scientifica e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti e G. Paolozzi, Torino, 2019, p. 147 ss.
- CARRATA, A. *Sub art. 112*, in A. Carratta-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 75 ss.
- CASTELLI, C. Piana, D. *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018, p. 154 ss.

- CEPEJ. *European Ethical Charter On The Use Of Artificial Intelligence In Judicial Systems And Their Environment*, Adopted at the 31<sup>st</sup> plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4- December 2018), in <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.
- CHIASSONI, P. *Positivismo giuridico*, *ivi*, p. 56 ss.; ma già E. Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U Scarpelli, Milano, 1976, p. 451 ss.
- CORDERO, F. *Procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1992, *Premessa*.
- COSTANTINO, G. *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1443 ss., spec. p. 1456 ss.
- COVELLI, M. R. Covelli. *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, *ivi*, p. 125 ss, spec. p. 133.
- DE RENZIS, L. *Primi passi nel mondo della giustizia «high tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, *ivi*, p. 139 ss., spec. p. 148 ss.
- DENTI, V. *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c.
- DI PORTO, A. *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno al testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 119 ss.
- FABIANI, E. *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003. FABIANI, E. *Il sindacato della Corte di cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 581 ss.
- FIANDACA, G. *Crisi della riserva di legge e disegno della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., spec. p. 92 ss.
- FROSINI, V. *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1973.
- GROSSI, P. *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quad. fior.*, 47 (2018), p. 9 ss.
- GROSSI, P. *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 114 ss.
- GROSSI, P. *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in *Quad. fior.*, 47 (2018), p. 334.

- GROSSI, P. *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 17.
- GUASTINI, R. *Filosofia del diritto. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2017, p. 162 ss.
- GUASTINI, R. *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, p. 394 s.
- IRTI, N. *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2018, p. 17 ss..
- IRTI, N. *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 17 ss.
- IRTI, N. *I «cancelli delle parole». Intorno a principi, regole e norme*, Napoli, 2015, p. 20 ss., poi anche in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 57 ss.
- IRTI, N. *La filosofia di una generazione*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1295 ss.
- IRTI, N. e SEVERINO, E. *Le domande del giurista e le riposte del filosofo (un dialogo tra diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 665 ss.
- IRTI, N. SEVERINO, E. *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- IRTI, N. *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.
- IRTI, N. *Un contratto “incalcolabile”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 17 ss.; Id. *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. società*, 2015, p. 801 ss.
- IRTI, N. *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014, p. 7.
- JHERING, R. *Lotta per il diritto*, trad. it. a cura di R. Mariano, Bari, 1935.
- LIPARI, N. *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss..
- LIVNI, E. *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale.it*, 2017.
- LOSANO, M.G. *Giuscibernetica: machine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.
- LUCIANI, M. *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, *cit.*, p. 64
- MALTESE, D. *Sulle «clausole generali» nel giudizio di legittimità*, in *Foro it.*, 2011, V, 138 ss.
- MAUGERI, M. *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, *ivi*, p. 159 ss.
- MONTESANO, L. *Ricondurre la Cassazione al giudizio di legittimità?*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 623.

- MORELLI, C. *Giustizia predittiva: in Francia online la prima piattaforma europea*, in *Altalex.com*, 3 aprile 2017.
- NIEVA FENOLL, J. *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it. di *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Barcelona, 2018, a cura di P. Comoglio, Torino, 2019, p. 14 ss.
- NUZZO, M. *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 137 ss..
- PAOLI, U.E. *Nomophylakes*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, 1938.
- PATRONI GRIFFI, F. *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, 2017, p. 183.
- PINO, G. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 53 ss.
- PROTO PISANI, A. *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 380 ss.
- PROTO PISANI, A. *Principio di uguaglianza e ricorso per cassazione*, *ivi*, 2010, V, c. 65 ss. V. anche S. Rusciano, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012, p. 61 ss.
- PROTO PISANI, A. *I precedenti della Corte costituzionale e interventi necessari sulla Corte di Cassazione*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 269 ss.
- PUNZI, V.A. *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, p. 18. Anche nelle *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, predisposto dall'*High Level Expert Group of Artificial Intelligence* della Commissione Europea del 18 dicembre 2018 si legge che «*Artificial Intelligence is one of the most transformative forces of our time, and is bound to alter the fabric of society*».
- QUADRO CURZIO, A. *Presentazione*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 7.
- RODOTÀ, S. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; ma v. anche, poi, *Id.*, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977.
- TARUFFO, M. *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 763.
- TARUFFO, M. *Precedente e giurisprudenza*, *ivi*, 2007, p. 720 ss.

- TEGMARK, M. *Vita 3.0 Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, p. 143.
- RODOTÀ, S. *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014, p. 33 ss.:
- RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 398.
- SATTA, S. *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 24.
- SEVERINO, E. *La potenza dell'errare*, Milano, 2013, p. 87.
- VILLA, V. *Il problema della scienza giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, p. 387 ss.,
- VINCENTI, E. *Il «problema» del giudice robot*, in *Decisione robotica*, cit., p. 111 ss., spec. p. 124.
- WEBER, M. *Economia e diritto*, trad. it. di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, vol. IV, *Sociologia politica*, a cura di F. Casabianca-G. Giordano, Torino, 1999, p. 472.
- WEBER, M. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it. di *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, Tübingen, 1922, a cura di P. Burreli, Firenze, 1979, p. 75.
- WISCONSIN SUPREME COURT, 13 luglio 2016, *State vs. Loomis*, case n. 2015AP157-CR, sulla quale v. *Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warnings before Use of Algorithmic Risk Assessment in Sentencing – State v. Loomis*, in *Harvard Law Review*, 130 (2017), p. 1530 ss.