

I diritti dell'uomo e l'uso della intelligenza artificiale nella giurisdizione

Rita Russo

Sommario: 1. I diritti dell'uomo, un catalogo aperto. - 2. L'utilizzazione della AI nella giurisdizione. - 3. Il ruolo del giudice tra dovere di imparzialità e capacità di controllo nell'uso di strumenti tecnologici nella giurisdizione.- 4. La giustizia predittiva e i rischi di una spirale produttivista.- 5. Conclusioni.

1. I diritti dell'uomo, un catalogo aperto

I diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile o un catalogo aperto che mutano a seconda delle trasformazioni sociali, del mutare dei bisogni e degli interessi della comunità, ma anche a seconda delle trasformazioni tecnologiche e culturali; ciò che sembra fondamentale in un'epoca storica e in una determinata civiltà non è necessariamente fondamentale in altre epoche ed in altre culture.

E' molto difficile individuare il fondamento dei diritti umani e nel corso degli anni è apparsa sempre di più illusoria l'idea di individuare questo fondamento in una costante, di natura trascendente o immanente; si è piuttosto preso atto che a seconda delle diverse epoche storiche una comunità di esseri umani (più o meno ampia, a dimensione nazionale o sovranazionale) raggiunge il consenso su quali siano i diritti umani che la comunità stessa riconosce e protegge.

Pertanto, i diritti umani si possono oggi individuare come quei diritti riconosciuti e come tali ritenuti degni di protezione dalla comunità in cui viviamo, positivizzati nelle carte dei diritti, in primo luogo nella nostra Costituzione che ci indica quali sono i diritti umani da proteggere all'interno dello Stato, ma anche -a più ampio raggio- le carte dei diritti delle comunità sovranazionali: per esempio la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (Carta di Nizza), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Alla radice di questi diritti si trovano i valori che guidano e orientano le scelte della collettività e identificano gli obiettivi che la collettività si

propone di conseguire e soprattutto si trova il valore cardine, intorno al quale ruotano tutti gli altri e cioè il rispetto della dignità umana, che non a caso è solennemente enunciato, e definito inviolabile, nell'art. 1 della Carta di Nizza. Negli stessi termini la nostra Costituzione (art. 2) che, prima di enunciare i singoli obiettivi (uguaglianza, libertà, lavoro, salute, progresso culturale e scientifico etc.), enuncia il metodo attraverso il quale questi obiettivi si perseguono, affermando che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ma al tempo stesso richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. E questo rende evidente che la Repubblica non è un ente sovraordinato alla comunità che può garantire i diritti in virtù di una forza che le è propria ed innata, ma che la forza attraverso la quale riesce a garantire i diritti dell'uomo proviene dalla stessa comunità e cioè dall'adempimento da parte di tutti i suoi componenti dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Da qui possiamo compiere un'ulteriore riflessione e cioè che un portato della età contemporanea è la progressiva specificazione dei diritti umani; vale a dire che a fronte della originaria – e ancora oggi valida – enunciazione dei diritti dell'uomo come diritti che riguardano tutti gli esseri umani, nell'età contemporanea si avverte anche l'esigenza di riconoscere e proteggere questi diritti declinandoli nella loro specificità, in relazione alla condizione del loro titolare e alla sua appartenenza a determinati gruppi sociali, specie se si tratta di gruppi deboli o esposti a particolari rischi: ad esempio i diritti delle donne, i diritti dei bambini, i diritti dei disabili, specificamente considerati in apposite convenzioni internazionali, quali esemplificativamente la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (11 maggio 2011), la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (20 novembre 1989) e la Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità (13 dicembre 2006).

2. L'utilizzazione della AI nella giurisdizione

Nel tempo, sono emersi anche diritti “nuovi” poiché le trasformazioni sociali e il progresso scientifico hanno reso evidente l'esigenza di tutelare situazioni che prima non erano considerate dall'ordinamento; in alcuni casi perché connesse a scelte in precedenza disapprovate e

marginalizzate dalla comunità, in altri perché lo stato del progresso tecnologico non era tale da consentire determinate attività ovvero di mettere seriamente a rischio interessi umani rilevanti.

Si potrebbe forse dire che non si tratta neppure di diritti nuovi, quanto di nuovi modi di tutelare la dignità umana a fronte delle trasformazioni sociali, scientifiche, culturali e tecnologiche.

Questo è appunto l'interrogativo che si pone con riferimento alla utilizzazione della intelligenza artificiale (in acronimo AI, *artificial intelligence*) nella giurisdizione: come preservare la dignità umana e conservare l'umanesimo della giustizia, sfruttando al meglio le possibilità del progresso tecnologico.

Muoviamo dunque da un principio insito nel nostro sistema costituzionale, improntato al rispetto della dignità umana: l'intelligenza artificiale, come tutti i mezzi tecnologici, deve essere governata dall'uomo, in modo tale che non arrechi pregiudizio ai diritti e interessi della persona e segnatamente ai diritti e agli interessi dei soggetti che fanno parte di gruppi sociali più deboli o più esposti.

In armonia con questo principio è già stato enunciato dal d.lgs 18 maggio 2018, n. 51 (art. 8) in conformità alla Direttiva europea 2016/680, il divieto di decisioni interamente automatizzate; il Parlamento europeo ha approvato un testo di Regolamento (AI Act) ispirato allo «*human-rights-by-design approach*», e cioè uno sviluppo con al centro l'uomo ed il rispetto dei suoi diritti fondamentali. Secondo il Regolamento «*il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana*». Questa «*riserva d'umanità*», proclamata dal legislatore europeo, sottende la consapevolezza che l'attività giudiziaria ha una sua unicità, non è formalizzabile a priori e non riproducibile artificiosamente.

Si tratta allora di comprendere come l'impiego dell'intelligenza artificiale nella giurisdizione può essere governato dall'uomo. Occorre chiedersi in cosa la vogliamo impiegare, per conseguire quali risultati, con quali garanzie e soprattutto come debba essere il giudice che governa l'intelligenza artificiale.

L'intelligenza artificiale funziona grazie ad algoritmi, che ne rappresentano la c.d. anima razionale; si tratta di una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consentono di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe.

3. Il ruolo del giudice tra dovere di imparzialità e capacità di controllo nell'uso di strumenti tecnologici nella giurisdizione

Ad una prima analisi, l'algoritmo potrebbe sembrare un parente stretto se non anche fratello gemello della logica giudiziaria, la quale segue il ragionamento deduttivo tramite sillogismi.

Tuttavia, vi sono significative differenze.

Il giudice, come già affermato da Calamandrei, non è un sillogismo senz'anima, perché in misura maggiore o minore -secondo i casi- è chiamato anche a svolgere una funzione euristica e non solo deduttiva.

Il giudice non si limita solamente a muovere dal precetto generale e astratto per poi applicarlo al caso concreto, come se fosse un esercizio di logica in cui entrambe le premesse sono certe e date a priori. Certo non è il fatto, che si accerta nel processo e talora non è certa neppure la norma di diritto, o meglio quale norma debba applicarsi alla fattispecie, in un sistema che ha una pluralità di fonti di cui tenere conto, nazionali ed eurounitarie, e che possono venire in conflitto tra di loro.

Il giudice deve indagare il fatto, non solo per accertarlo, ma anche per capire quali sono gli interessi e le esigenze sociali che emergono nel processo e come la norma astratta possa divenire regola concreta raggiungendo anche un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti che vengono in evidenza nel caso concreto. Nella giurisdizione civile ciò potrebbe condurre, nel caso in cui la fattispecie non sia interamente regolata dalla legge, alla individuazione di una regola, valevole solo per il caso concreto, desumendola dai principi generali.

Inoltre, nel nostro ordinamento, il principio di supremazia costituzionale impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione.

Il principio dell'interpretazione conforme, come più volte ha affermato la giurisprudenza della Corte di cassazione, si basa su due esigenze fondamentali: favorire la penetrazione della Costituzione nell'ordinamento e armonizzare la legalità legale e la legalità costituzionale in un processo di sintesi che sia in grado di contemperare il primato della legge con quello della Costituzione. Tale canone ermeneutico, privilegiando la superiorità della Carta fondamentale, deve essere applicato anche dal giudice comune al fine di favorire, anche a quel livello interpretativo, la diffusione delle norme costituzionali, dovendosi

escludere che esse abbiano un'impronta programmatica esclusivamente rivolta al legislatore.

Il giudice deve, peraltro, sempre confrontarsi con il testo: se lo abbandonasse, finirebbe con il sostituirsi alla legge, alla quale, invece, deve rimanere soggetto.

Eventuali discrasie tra il testo della legge e la Costituzione, ove non superabili con una interpretazione costituzionalmente orientata, conducono il giudice a sollevare la questione di costituzionalità non solo se la norma viene considerata non conforme al parametro costituzionale, ma anche se non è conforme alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come intrepertate dalla Corte di Strasburgo, quale parametro interposto. Invece, in ambito civile, eventuali non conformità della normativa nazionale alla normativa UE comportano la disapplicazione della prima in favore della seconda.

Il giudicante non ha quindi delle premesse certe a priori dalle quali muovere ma, al contrario, le premesse sono sempre discutibili ed il luogo dove si discute della interpretazione delle norme e dell'accertamento dei fatti controversi è il processo, il quale non ha natura monologica, ma si sviluppa attraverso le reciproche contestazioni, sia in ordine ai fatti sia alla interpretazione delle norme di diritto, nel pieno contraddittorio tra le parti.

Il giudizio non solo è una operazione umana, ma è anche e soprattutto il risultato di una attività corale della quale il giudice è chiamato a fare una sintesi.

In un paese democratico non è possibile teorizzare un processo senza avvocati, né tantomeno un processo ove ci siano certezze precostituite o risultati prestabiliti. Ciò costituisce una forma di garanzia per i destinatari del giudizio: i cittadini, e non già per il giudice.

La complessa attività del giudizio non può fare a meno della variabile umana, sia perché si nutre del contraddittorio sia perché richiede l'impiego tanto del metodo deduttivo che del metodo induttivo, ma anche l'uso della ragionevolezza e della proporzionalità; inoltre, richiede anche che si contempli anche la possibilità dell'errore. Proprio per questa ragione, il processo ha più gradi di giudizio e si struttura come un percorso in cui l'errore possa essere emendato.

Nell'individuazione dell'errore, cruciale è il ruolo degli avvocati – insostituibile da sistemi di AI- che a fronte di una sentenza di primo grado

che ritengono ingiusta, indagano a ritroso quale possa essere stato il percorso mentale del giudice, isolano il passaggio errato, o ritenuto tale, individuano l'argomentazione che lo può neutralizzare e sottopongono nuovamente la questione ad altro giudice.

Gli avvocati, così come i giudici, nel loro operato non muovono da premesse certe e da dati preconfezionati, anzi una parte significativa del loro lavoro consiste nel saper reagire a quanto di imprevisto e di indesiderato.

Da quanto detto si può trarre una prima conclusione: se il ruolo del giudice viene ridotto a una mera funzione algoritmica e soprattutto monologica, cioè privato della possibilità di mettere in discussione le premesse, è assai difficile immaginare che un essere umano chiamato a svolgere una funzione meramente meccanica possa a sua volta governare un'altra funzione meccanica.

Ciò, naturalmente, non significa rinunciare all'imparzialità e alla terzietà del giudice e soprattutto non significa che il ruolo del giudice si debba espandere sino al punto di creare egli stesso le finalità alle quali devono tendere i risultati della giurisdizione, poiché la finalità della giurisdizione è la tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento costituzionale nei modi e nelle forme disciplinati dalla compagine normativa, non solo nazionale ma anche eurounitaria.

Il ruolo del giudice è -come riteneva Calamandrei- quello di esercitare la funzione del giudicare con vigile impegno umano; ovvero, se vogliamo adattare la frase all'uso degli strumenti tecnologici nella giurisdizione, mantenere una vigilanza umana costante sull'uso di questi strumenti. Ciò significa conoscerne e comprenderne non solo le potenzialità ma anche le criticità.

Un primo punto critico è l'assolvimento, da parte di chi produce gli applicativi, del dovere di trasparenza e della capacità del relativo controllo da parte di chi li usa.

I sistemi di AI che possono essere impiegati nella giurisdizione sono una classe di prodotti ad alto rischio perché idonei ad incidere sui diritti fondamentali.

L'appartenenza alla classe dei prodotti ad alto rischio richiede ai produttori il rispetto di una serie di obblighi in punto di qualità dei dati, trasparenza, tracciabilità, sicurezza, sorveglianza umana e gestione del rischio. Ciò implica la registrazione, da parte dei produttori, delle

metodologie di programmazione e formazione del *tool*; dei set di dati utilizzati per l'addestramento – che devono rispettare determinati standard qualitativi ed essere sufficientemente rappresentativi per minimizzare il rischio di *bias* e discriminazioni – e delle misure adottate per la supervisione ed il controllo da parte dell'uomo.

Coloro che utilizzano questi sistemi devono sapere come sono stati programmati e quali dati sono stati utilizzati per l'addestramento perché, se i dati sono inquinati da pregiudizi porteranno a giudizi discriminatori o non rispettosi dei diritti umani.

Si pensi, ad esempio, ai *risk assessment tools* che assistono il giudice, ed anche il pubblico ministero, nella valutazione di pericolosità sociale del reo, mediante la formulazione di una prognosi sul comportamento futuro del soggetto, al fine di individuare se sussistono i presupposti di una misura cautelare e in caso di condanna, il trattamento sanzionatorio più adeguato. Se i dati inseriti sono inquinati -ad esempio- da pregiudizi razziali, ne consegue che avremo un risultato inquinato, con l'effetto che un imputato o un condannato appartenente ad una certa etnia rischia, solo per questo, una pena più severa o l'applicazione di una misura cautelare, e ciò mette in crisi anche il principio della presunzione di innocenza.

In questo settore l'uso della AI espone a rischio valori fondamentali, tanto che il già citato testo di regolamento europeo afferma che: «*Le persone fisiche non dovrebbero mai essere giudicate sulla base di un comportamento previsto dall'IA basato unicamente sulla profilazione, sui tratti della personalità o su caratteristiche quali la cittadinanza, il luogo di nascita, il luogo di residenza, il numero di figli, il livello di indebitamento o il tipo di automobile, senza che vi sia un ragionevole sospetto che la persona sia coinvolta in un'attività criminosa sulla base di fatti oggettivi verificabili e senza una valutazione umana al riguardo*».

4. La giustizia predittiva e i rischi di una spirale produttivista

Un ulteriore aspetto critico è legato allo sviluppo della giustizia predittiva e al possibile «effetto gregge». La giustizia predittiva in senso stretto consiste nella previsione dell'esito della causa, sulla base dell'elaborazione e computazione di un'ampia quantità di decisioni giudiziarie.

Il PNRR prevede tra i suoi obiettivi anche la realizzazione del c.d. *Data Lake* che comprende sei sistemi di conoscenza integrata dei dati: sistema

di anonimizzazione delle sentenze civili e penali; sistema di gestione integrato per il monitoraggio delle attività degli uffici giudiziari; sistema di gestione e analisi dei processi civili; sistema di gestione e analisi dei processi penali; sistema di statistiche avanzate sui processi civili e penali; sistema automatizzato per l'identificazione del rapporto vittima - autore del reato.

La raccolta dei dati è anche il presupposto della giustizia predittiva.

La scrittura digitale, attraverso formule matematiche applicate ai *big data* permette non solo di analizzare le ricorrenze statistiche, ma anche di sviluppare risposte predittive: i dati possono essere letti da programmi informatici appositamente istruiti che attraverso l'algoritmo tracciano le tendenze di determinati fenomeni e riescono, quindi, a formulare delle previsioni.

A differenza degli algoritmi decisorio (che guardano al passato e replicano le inferenze offrendo al giurista una soluzione statisticamente possibile), gli algoritmi predittivi guardano al futuro e formulano valutazioni prognostiche: sono costruiti con l'intento di prevedere quella che sarà la decisione, la pena, il risarcimento, l'indennizzo.

Questo potrebbe dare un grande impulso alle ADR, con i conseguenti vantaggi di deflazione del carico giudiziario e di creazione di un sistema di risoluzione delle controversie non solo veloce, ma anche in grado di produrre un esito accettato dalle parti e quindi tendenzialmente di più facile attuazione.

Tuttavia, comporta il rischio che questi sistemi diventino fonte alternativa di normazione, una sorta di diritto vivente creato non dalla giurisprudenza, affidandosi a quel processo deduttivo ma al contempo euristico di cui si è detto, ma meramente all'algoritmo. In sostanza, l'algoritmo non solo predice un certo esito, ma nella misura in cui questa predizione è considerata affidabile, al tempo stesso lo produce, e può indurre ad un appiattimento generalizzato sulla predizione, chiamato, appunto, effetto gregge.

Se gli obiettivi della giurisdizione vengono determinati in termini non compatibili con il nostro sistema giudiziario, così come esso è strutturato, e con le risorse disponibili, è forte la tentazione di cedere ad un sistema quanto più automatico possibile di produttività, con l'uso di sistemi di intelligenza artificiale non adeguatamente governati; già oggi governare

il processo decisionale in modo non stereotipato non è facile a fronte della pressione dei numeri e lo sarà ancora meno domani.

L'introduzione del criterio della performance, ancor di più se la stessa è eterodeterminata e quindi se i risultati sono imposti dall'esterno, rischia di far entrare il giudice in un'ottica solo produttivistica e performativa favorendo un adeguamento non ragionato alla predizione, a maggior ragione se ciò incide sulla valutazione del lavoro del magistrato.

Questa spirale produttivista con i rischi connessi si avverte anche per la Corte di cassazione per la sua funzione nomofilattica, prevista dall'art. 65 del R.D. 12/1941. La Corte di cassazione deve assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto, il che vuol dire enunciare principi di diritto che assicurino un certo grado di stabilità e prevedibilità delle decisioni.

La forza del precedente, tuttavia, non si basa sulla vincolatività stabilita per legge, ma sulla persuasività, per le ragioni che lo giustificano; pertanto, non può essere il risultato di un processo meccanico, ma richiede che si usino tutte le competenze logiche e umane e si eserciti quella attività euristica che è propria del confrontarsi nel processo, mettere in discussione le premesse, dare spazio al dubbio.

L'interpretazione giurisprudenziale crea il diritto vivente, che non significa libera creazione del diritto, bensì *communis opinio* sulla lettura da dare a una norma suscettibile di diverse interpretazioni. Proprio perché "vivente", si tratta di un processo dinamico, con un certo grado di incertezza sui risultati. Se per prevedibilità della decisione intendiamo che la giurisprudenza dovrebbe essere immutabile, ne ridurremmo l'utilità perché perderebbe la sua flessibilità e non potrebbe adattarsi alle evoluzioni della società e rispondere appropriatamente alle esigenze che la comunità esprime. Non si deve perdere di vista che la prima finalità del diritto è proprio quella di essere utile all'uomo, inteso sia come singolo che come comunità di individui che si danno delle regole per vivere insieme.

L'uso dei sistemi di intelligenza artificiale può essere d'aiuto, ma occorrono forze adeguate a governarla: il che significa in primo luogo competenza, perché per governare l'AI il giudice deve acquisire le abilità necessarie; il che significa disporre di tempo, sia per acquisire queste competenze, ma anche per usarle. Il prodotto della intelligenza artificiale non può essere adoperato nella giurisdizione senza essere prima

attentamente controllato e verificato; e non si può affidare interamente all'AI il processo decisionale perché il prodotto deve essere inserito armonicamente in quel complesso di attività in cui si sostanzia il giudizio; per ciò è necessario anche mantenere e rafforzare l'indipendenza, ossia garantire la libertà da pressioni, dirette o indirette, che indirizzino il giudice ad uso non adeguatamente controllato della IA.

5. Conclusioni

In definitiva, la protezione dei diritti umani nell'era della intelligenza artificiale rende più che mai attuale il pensiero di uno dei più grandi filosofi del 900, Norberto Bobbio, il quale osservava che quando si tratta di enunciare i diritti umani l'accordo si ottiene con relativa facilità indipendentemente dalla maggiore o minore convinzione del loro fondamento assoluto; ma quando si tratta di passare all'azione, e cioè alla tutela concreta di quei diritti, di cui fosse pure indiscutibile il fondamento, cominciano le riserve e le opposizioni.

Oggi il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo non è tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli, ed è un problema non filosofico ma politico; si potrebbe aggiungere, seguendo il ragionamento del filosofo, che è anche un problema di interpretazione ed applicazione della legge, e di libertà del giudice nel governare il processo decisionale, in coerenza con i diritti fondamentali enunciati e i valori posti a base della nostra comunità.