

Bad Man e Puzzled Man davanti ad un chatbot
Il bisogno di accesso cognitivo al diritto e le promesse dell'intelligenza artificiale
di
Andrea Romeo*

SOMMARIO: 1. *Bad man vs. Puzzled man*; 2. I cittadini “laici” e il bisogno di accesso cognitivo al diritto; 3. Algoritmi intelligenti al servizio del diritto?; 4. Un accesso democratico e *intelligente* alla conoscenza giuridica? L'insostenibile *stupidità* delle informazioni algoritmiche.

1. *Bad man vs. Puzzled man*

«Chi vuole conoscere il diritto» – sosteneva Holmes – «deve guardare ad esso con l'occhio del *cattivo soggetto*, preoccupato solo delle conseguenze materiali che tale conoscenza consente di prevedere e non con l'occhio dell'uomo retto, che trova le ragioni della propria condotta, sia nell'ambito del diritto che fuori, nelle più vaghe sanzioni della propria coscienza»¹. Con queste parole, rivolte ad un pubblico di futuri avvocati e giuristi – si tratta del celebre discorso pronunciato l'8 gennaio 1897 in occasione dell'inaugurazione della nuova *hall* della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Boston – Holmes segnalava i pericoli insiti nel guardare al diritto con una prospettiva sostanziale. Per il Realista americano il punto di vista che dà (o può dare) accesso cognitivo a quella cosa chiamata diritto è essenzialmente di tipo prudenziale, discernendo così tra diritto e morale. Del resto

* RTDA in Filosofia del diritto, Università “*Magna Græcia*” di Catanzaro, a.romeo@unicz.it.

¹ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, 2002, p. 59, c. vo mio [*The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, pp. 457- 478, spec. p. 459].

– notava lo stesso Holmes –, anche colui che non mostra particolare riguardo e rispetto per le norme etiche praticate dagli altri «probabilmente si preoccuperà molto di non essere costretto a pagare una somma di danaro e vorrà presumibilmente tenersi fuori di prigione»². Sebbene molti giusfilosofi discettino del diritto come d'un «sistema di ragione», dedotto da certi principi etici o assiomi accettati, se si considera il punto di vista del *bad man* – chiarisce Holmes – si comprenderà che a quest'ultimo davvero «non importa nulla degli assiomi e delle deduzioni, e che egli vuol sapere come probabilmente le corti del Massachusetts e d'Inghilterra si comporteranno di fatto»³. Prospettiva minimalista e prudentiale, questa – se vogliamo –, ma che persuade Holmes, tanto da fargli affermare la celebre massima realista: «le profezie di ciò che le Corti effettivamente faranno, e nulla di più pretenzioso, sono ciò che intendo per diritto»⁴.

Ma, se è così, che significa per un uomo cattivo avere un certo obbligo o dovere giuridico? Nulla di più che ricevere la «profezia che se egli compirà certe azioni subirà conseguenze spiacevoli mediante la reclusione o il pagamento coatto di somme di danaro»⁵. Insomma, l'uomo *cattivo* infondo non lo è sul serio: semplicemente mantiene sul diritto uno sguardo strumentale e non normativo forte⁶. La principale preoccupazione di tale consociato idealtipico – fa notare Twining – è di perseguire i propri obiettivi all'interno dell'ordine esistente nel modo più indolore possibile: in definitiva non è estraneo al diritto, piuttosto è «indifferente a tutti gli aspetti che non lo riguardano personalmente»⁷, disconoscendo di conseguenza ogni valore normativo forte del diritto e ogni «moral onus» dalla condotta⁸. Dalla netta separazione tra diritto e morale, com'è

² *Ibid.*

³ *Ivi*, p. 61 (ed. orig. p. 461).

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Cfr. C.P. WELLS, *Oliver Wendell Holmes, Jr., and William James: The bad man and the moral life*, in S.J. BURTON (a cura di), *The Path of Law and its Influence: The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, CUP, 2002, p. 211.

⁷ W. TWINING, *The Bad Man Revisited*, in *Cornell L. Rev.*, 58, 1972, pp. 275-303, qui p. 280 (trad. mia).

⁸ D. LUBAN, *The Bad Man and the Good Lawyer*, in S.J. BURTON (a cura di), *The Path of Law and its Influence*, cit., p. 280.

noto, Holmes deriva che il dovere giuridico si esprime in forma disgiuntiva (esegui il contratto o subisci le conseguenze per l'inadempimento), ed è pertanto necessariamente privo di connotazione o forza motivazionale deontica⁹. Il bisogno cognitivo di accesso al diritto del *bad man* trova allora origine nella necessità prudenziale di pronosticare in anticipo le conseguenze giuridiche di un certo contegno; vale a dire capire fino a che punto si corra il rischio di impattare con la forza pubblica tramite l'attività dei tribunali¹⁰. Queste profezie si danno tramite enunciati descrittivi, ossia asserti che predicono la probabilità d'un certo evento futuro, e la cui validità, appunto, si radica nella verifica o verificabilità empirica¹¹. Un pronostico di tal fatta, se affidabile, potrà consentire all'uomo "cattivo" di individuare quella linea di condotta più rispondente per la soddisfazione di certi interessi o preferenze, anticipando e schivando gli esiti illegali sfavorevoli¹². I cittadini holmesiani "cattivi", insomma, «aspirano ad una certezza relativa alle situazioni di cui sono protagonisti e di cui il diritto si interessa qualificandole deonticamente»¹³.

Ora, questo accesso cognitivo al diritto in forma predittiva può essere reso possibile solo dalla figura professionale del giurista, ossia l'esperto legale, colui che ha *jurisprudencia*. È l'avvocato, fondamentale, a offrire le predizioni al *bad man*, consentendogli di agire per i propri scopi. Non va dimenticato, infatti, che con quel celebre discorso, raccolto poi nel saggio *The Path of Law*, Holmes stava affermando «a una stanza piena di aspiranti avvocati»¹⁴ che, per comprendere davvero cosa sia il diritto, essi avrebbero dovuto immaginarsi nei loro studi professionali «con l'uomo cattivo seduto di fronte alla scrivania [...] e pensare alla questione dal

⁹ Si veda sul punto P. CHIARELLA, *The life of the Law. Oliver Wendell Holmes tra scienza del diritto e professione legale*, Rubbettino, 2023, p. 63.

¹⁰ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., p. 57.

¹¹ Cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, II ed., Giappichelli, 2022, p. 74-75.

¹² I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption. The path of law after the computational turn*, in M. HILDEBRAND, K. DE VRIES, *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, pp. 92-120, spec. p. 96.

¹³ P. CHIARELLA, *The life of the Law*, cit., p. 63.

¹⁴ I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption*, cit., p. 96.

punto di vista di costui»¹⁵. Solo così facendo i professionisti legali avrebbero potuto rendersi conto che indagare sul diritto implica pre-comprendere ciò che i clienti hanno davvero bisogno di sapere, il che è necessario per fare previsioni efficaci che permettano di schivare i rischi della forza pubblica¹⁶. Capovolgendo la prospettiva, e assumendo il prisma del *bad man*, in quello «studio legale, in quel preciso momento, sono in gioco la sua vita, il suo patrimonio, i suoi più cari interessi»¹⁷. Sebbene Holmes non abbia fornito i dettagli d'una completa teoria della predizione, la sua proposta ha il merito comunque di aver fatto comprendere che una simile attività cognitiva ha senso solo se compiuta dalla prospettiva dell'uomo comune, in relazione agli scopi materiali e quotidiani di quest'ultimo (concezione che pare dimenticata dalle moderne teorie predittive computazionali – di cui si dirà dopo –, assai più orientate ad una concezione vetero-positivista e preoccupate che la predizione sia verificabile, anzi misurabile, in termini di accuratezza, affidabilità ed efficienza¹⁸).

Messa da parte l'annosa disputa giusfilosofica in merito al concetto del diritto, che vede il titanico scontro senza fine di teorie e concezioni in una continua opera di ridefinizione dei limiti e dell'oggetto della pratica giuridica, e guardato, invece, il diritto con gli occhi dell'utente, dell'uomo comune, ci si chiede allora: è davvero la prospettiva del *bad man* quella che struttura tale bisogno cognitivo?

Non necessariamente, e non per Hart, almeno. Oltre all'idealtipo "*bad man*" holmesiano si dà notoriamente anche la prospettiva dell'uomo confuso, o semplicemente ignorante, il "*puzzled man*", notoriamente introdotto da Hart¹⁹, ossia uno consociato idealtipico, nient'affatto noumenico, che semplicemente si chiede: "*cosa devo fare?*", ed è alla ricerca di criteri pratici di condotta. E che magari è anche ben disposto a fare ciò che gli è giuridicamente richiesto, a patto che gli sia spiegato di cosa si tratti. Come è noto, Hart inserisce il discorso sul *puzzled man* nell'ambito

¹⁵ D. LUBAN, *The Bad Man and the Good Lawyer*, cit., p.37.

¹⁶ W. TWINING, *The Bad Man Revisited*, cit., p. 286.

¹⁷ P. CHIARELLA, *The life of the Law*, cit., p. 65.

¹⁸ I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption*, cit., p. 96.

¹⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, 1961, spec. p. 40 [Trad. it.: *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, 2002, p. 49].

della sua critica alle teorie che riducono il diritto ad un complesso di ordini rivolti all'applicazione di sanzioni, nonché all'idea che la probabilità di incorrere in tali sanzioni rappresenti sostanzialmente «tutto ciò che l'uomo cattivo desidera sapere sul diritto»²⁰. Ma «[p]erché il diritto» – si chiede polemicamente Hart – «non dovrebbe interessarsi anche all'“uomo perplesso” o “l'uomo ignorante” che è disposto a fare ciò che gli viene chiesto, se soltanto gli si dice in cosa consiste? “All'uomo che desidera sistemare le sue faccende” se solo gli si dice in cosa consiste»²¹. Per Hart ciò che serve per comprendere il diritto non si esaurisce affatto in «ciò che avviene nei tribunali», ossia nella fenomenologia sanzionatoria e nella controversia del momento patologico²². Una funzione giuridica fondamentale, che la teoria sanzionistica non cattura in modo appropriato, è infatti quella del controllo e della coordinazione pratico-sociale, e tale attività non si dà certo nella fase patologica. Essa si coglie invece «nei diversi modi in cui il diritto è usato per controllare» e soprattutto «guidare e pianificare la vita fuori dai tribunali»²³. Rispetto ad una regola che conferisce un potere, o una regola costitutiva, la prospettiva riduzionistico-sanzionistica appare cognitivamente sterile (il che è funzionale ad Hart per rigettare le concezioni che vorrebbero ridurre tali norme a *frammenti di norme* che stabiliscono obblighi²⁴).

Esercitare funzioni di controllo sociale significa poter influenzare l'agire delle persone e l'uomo perplesso di Hart – nota Frederick Schauer – «che cerca di sapere cosa è il diritto per sapere come deve comportarsi di conseguenza, è l'espressione di questo punto di vista»²⁵. L'uomo perplesso è l'idealtipo rappresentativo di quanti (e sono molti) obbediscono al diritto *qua* diritto, ed una concezione giusfilosofica che non considerasse il punto di vista del *puzzled man* finirebbe per

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, c. vo mio.

²³ *Ivi*, p. 50.

²⁴ *Ivi*, p. 44 ss.

²⁵ F. SCHAUER, *La forza del diritto*, trad. it a cura di N. Lavadac, introduzione di R. Guastini, postfazione di M.L. Ghezzi, Mimesis, 2016, p. 101.

non catturare la realtà dei fenomeni sociali²⁶. Ovviamente, occorre contestualizzare la concezione dell'uomo confuso di Hart in riferimento alla sua nota critica alle teorie sanzionistiche o che riducono il diritto ad un insieme di ordini coattivi: un punto di vista *bad* non avrebbe senso, per esempio, in relazione a norme che conferiscono poteri privati. Dinnanzi ad una disposizione che prescrive un certo requisito di forma affinché un contratto sia valido, *l'uomo che desidera sistemare le sue faccende* – variante meno citata ma forse più icastica – non interesserà certo sapere se, e a quali condizioni, i giudici eserciteranno il potere di dichiarare nullo quell'atto, ma evidentemente vorrà solo sapere come rendere valido ed efficace un certo accordo.

Nella sua analisi su diritto e forza, Schauer ci invita a considerare con una certa cautela la terminologia holmesiana per non cadere in una sorta di pregiudizio semantico. Certamente si danno persone che mantengono sul diritto positivo una prospettiva pragmatista, egoistica, che talvolta può essere persino a-morale; nondimeno, vi sono pure individui che non sono *cattivi* nell'uso comune del lemma, «ma che conducono una gran parte della loro vita e della loro attività all'ombra della legge»²⁷. Va detto però che per Schauer, oltre al *puzzled man*, che magari è pronto ad obbedire al diritto in quanto tale a patto di poterlo comprendere e rappresentarsi la condotta doverosa – o che vuole anche *usare* il diritto purché gli sia spiegato come fare –, e al *bad man*, che richiede previsioni per un suo tornaconto specifico, si danno numerosi attori sociali che agiscono per proprie ragioni pratiche (moralì o prudenziali) e danno luogo a condotte che sono, sì, esteriormente conformi al diritto, ma non motivate da esso (come il caso del cannibalismo, il cui divieto giuridico appare una superfetazione deontica)²⁸. In questo senso allora il vero *puzzled man* hartiano sarebbe colui che vorrebbe fare ϕ sulla base di proprie ragioni, moralì o preferenziali, ma decide di fare *non- ϕ* dopo aver compreso che fare ϕ non è conforme al diritto, e ciò a prescindere dalla

²⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 78. Una simile prospettiva è assunta anche da Scott Shapiro nella sua nota *Planning Theory*. Cfr. S. SHAPIRO, *Legality*, Harvard University Press, 2011, spec. pp. 69-70.

²⁷ F. SCHAUER, *La forza del diritto*, cit., p. 104.

²⁸ Ivi, p. 106-108.

presenza della coattività giuridica²⁹. Le critiche di Schauer aprono poi al nodo problematico dell'autorità del diritto indipendente dal contenuto e dalla capacità di una tale autorità d'essere causa o ragione delle condotte dei consociati. Nondimeno, in questa sede non è necessario entrare nel vivo della questione in merito al fatto se – come teme Schauer – il *puzzled man* sia davvero un modello antropologicamente ed empiricamente esistente o se sia invece socialmente prevalente il più cinico, e minimalista, *bad man* holmesiano. Le varie declinazioni del consociato-tipo rispetto alla conoscenza del diritto, ossia al tipo di informazione giuridica di cui si vuole avere accesso, hanno certo implicazioni diverse nella costruzione del concetto del diritto. Tuttavia, esse muovono da un denominatore comune: *bad* o *puzzled* che sia, il consociato deve avere comunque accesso cognitivo a ciò che è chiamato diritto. E questo accesso cognitivo è affare complesso.

2. I cittadini “laici” e il bisogno di accesso cognitivo al diritto

Pur assumendo che il diritto sia solo uno dei molteplici fattori che concorrono nelle pastoie del ragionamento pratico volto alla determinazione di una certa condotta, è evidente che, a prescindere dalle prospettive adottate, l'effetto pratico-normativo segua logicamente il momento epistemico. In sostanza, sia che il cittadino voglia conoscere il diritto perché lo consideri a prescindere normativo e motivante, sia che desideri solo conoscere le possibili conseguenze giuridiche collegate ad un certo corso d'azioni, ovvero che si tratti più semplicemente dell'«uomo che desidera sistemare le sue faccende»³⁰ sfruttando la costitutività delle regole giuridiche, si dà sempre, costantemente, un bisogno epistemico. Ed il problema preliminare, allora, è come consentire questo accesso epistemico.

Per Holmes l'uomo cattivo si reca nello studio del legale per sapere o, meglio, per avere predizioni sulle possibili conseguenze legali spiacevoli di certe sue azioni. E non diversamente farebbe l'uomo hartiano “*che vuole sistemare le sue faccende*”, cioè

²⁹ Ivi, p. 109.

³⁰ *Ibid.*

che intende comprendere come sia possibile, magari, esercitare certi diritti potestativi o sfruttare regole giuridiche costitutive. Sia il *bad* sia il *puzzled* non si contentano di mere informazioni astratte e generali: essi vogliono lumi su cosa il diritto chiede, o minacciosamente prospetta, per un caso specifico e concreto. Il forte tecnicismo che rende difficile poter compulsare le fonti di cognizione senza un bagaglio di nozioni giuridiche di base, nonché la complessità nel fare predizioni efficaci (sposando la visione holmesiana), sono tra i tanti fattori d'ostacolo che impediscono al cittadino *laico* di accedere alle informazioni giuridiche autonomamente: egli dipende, in sostanza, dai professionisti legali.

Tale considerazione è alla base della tesi di Stephen Pepper³¹, costruita per giustificare lo specifico ruolo "moralmente amorale" dell'avvocato proprio muovendo da questa situazione ontologica di dipendenza cognitiva. I cittadini, *cattivi* o *confusi* che siano, appartengono ad una «First-Class Citizenship», ossia una classe che dipende da professionisti legali per avere accesso cognitivo e operativo al diritto e garantirsi così un pieno sviluppo come individui sociali³². Il diritto, al di là della pretesa di conoscibilità per tutti i consociati, è infatti estremamente tecnicizzato, caotico, talora intellettualmente inaccessibile per il cittadino, *bad* o *puzzled* che sia. I membri delle *first-class*, allora, non possono ottenere predizioni affidabili, ovvero (e fuori dal discorso holmesiano) conoscere ed esercitare i propri diritti soggettivi in modo autonomo ed intenzionale, piuttosto hanno bisogno di, o addirittura dipendenza da, esperti in grado di consentirgli tale accesso al diritto, e ciò sia nel caso vogliano conoscere le possibili conseguenze spiacevoli e i modi di evitarle, sia che desiderino sapere cosa il diritto chiede loro per *sistemare certe faccende*. Questa dipendenza, a dire il vero, è cosa assai vecchia: «quelle sul diritto» – scriveva in pieno '800 Bartolomeo Belli nel *Galateo dei Causidici* – «[s]ono informazioni che si possono dare unicamente da voi»³³. Ma gli esempi possono essere innumerevoli, e si potrebbe andare a ritroso di moltissimi anni.

³¹ S.L. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, in A. B. Found. Res. J., 11, 4, 1986, pp. 613-634.

³² Ivi, p. 616.

³³ B. BELLI, *Galateo dei Causidici*, Tip. Salviucci, 1839, p. 55.

Dal problema epistemico il discorso si inclina sul piano pratico. Assumendo che, per conoscere cosa il diritto chieda di fare, o le potenzialità che offre, ed usare queste ultime in modo autonomo e consapevole, i membri della *prima classe* dipendono dal supporto cognitivo ed operativo degli esperti legali, ne deriva che questi ultimi dovranno rappresentare il diritto nel modo più tecnico e moralmente neutrale possibile, lasciando al cliente la decisione se essere davvero *bad*. Da qui deriva logicamente la tesi della *morale-amoralità* che definisce la condotta dei professionisti legali: se infatti questi fornissero un accesso moralmente filtrato non consentirebbero ai clienti un «uso consapevole e autonomo del diritto»³⁴. Tralasciando, qui, i problemi etico-legali implicati in una tale concezione, si può comunque validare la bontà del dato di partenza secondo cui i cittadini giuridicamente *laici* accedono alle informazioni giuridiche soprattutto, se non quasi esclusivamente, attraverso i giuristi, che anche per Hart sono coloro che «il privato cittadino consulta quando vuole sapere che cosa è diritto», e che per tale ragione «guidano i comuni cittadini»³⁵. Ed è proprio questa situazione di dipendenza epistemica (prima che operativa) che oggi appare “terremotata” dallo sviluppo impetuoso delle tecnologie IA e dalla pretesa di quest’ultime di invadere anche il territorio del diritto. E proprio su questo versante del crinale si svilupperanno, allora, le prossime riflessioni.

3. Algoritmi intelligenti al servizio del diritto?

L’attribuzione agli esperti legali della funzione di accesso cognitivo al diritto in regime quasi monopolistico, a prescindere dalla qualificazione dei fruitori del servizio come “cattivi” o “confusi”, è oggi messa in discussione dalla odierna accelerazione, anche in campo giuridico, del progresso dell’*intelligenza artificiale*³⁶.

³⁴ Cfr. S.L. PEPPER, *Lawyers’ Amoral Role*, cit., p. 615.

³⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 73.

³⁶ Si veda, su tutti, G. SARTOR, *L’intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli, 2022. Cfr. pure G. SARTOR, L.K. BRANTING (a cura di), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence and Law*, Springer, 1998; e F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, pp. 85-110.

Su questa endiadi, com'è noto, si dà un acceso e noto dibattito, essendo l'espressione semanticamente vaga e suscettibile di diversi usi linguistici³⁷. Nondimeno, l'uso di cui più si discetta, oggi, è quello che denota algoritmi in grado di acquisire esperienza in modo autonomo³⁸, il che vale a dire che essi possono ricavare da sé ulteriori algoritmi, regole o *pattern* per la previsione di eventi futuri, e ciò attraverso l'analisi di un flusso continuo ed enorme di dati, che fungono da un sempre rinnovato *training set*, ossia dati di apprendimento iniziale. Questo processo – pur qui estremamente semplificato – connota il processo di *machine learning* (anche nello sviluppo più avanzato del *deep learning*)³⁹. Ora, che l'intelligenza artificiale si stia facendo largo nel territorio del diritto è cosa ormai indubitabile. Basta dare un rapido sguardo alla prima bozza dell'*AI Act*⁴⁰, per esempio, per farsi un'idea. Com'è noto, il progetto normativo europeo, trattando dei livelli di rischi connessi all'impiego di tecnologie di AI, distingue preliminarmente tra rischi inaccettabili, elevati, limitati o nulli. Vale la pena far notare, qui, che l'allegato III, relativo all'art. 6, par. II, riguardante i sistemi di AI ad *alto rischio*, inserisce (al punto 8, lett. a) i sistemi: “destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e

³⁷ Lo segnala tra gli altri F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, pp. 415-433, per cui si tratta di sistemi che possono «analizzare grandi quantità di dati e, sulla base della conoscenza e dell'esperienza acquisita, adottare comportamenti intelligenti o proporre decisioni». Ivi, p. 415. Cfr., pure, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 102; A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, p. 8; J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, 2017.

³⁸ Cfr. H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, in *Washington L. Rev.*, 89, 2014, pp. 87-115.

³⁹ T. MITCHELL, *Machine Learning*, McGraw-Hill, 1997.

⁴⁰ *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, approvata il 14 giugno 2014 dal Parlamento europeo. Vale la pena segnalare, qui, che nella relazione al progetto, al punto 1.1 concernente i “*motivi e obiettivi della proposta*” si dichiara che «[l]’uso dell’intelligenza artificiale, garantendo un miglioramento delle previsioni, l’ottimizzazione delle operazioni e dell’assegnazione delle risorse e la personalizzazione delle soluzioni digitali disponibili» può condurre a risultati vantaggiosi in materia di «*giustizia*». C.vo mio. In merito cfr. A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecnologie e diritto*, 1, 2022, p. 1 ss. Sul processo di regolamentazione giuridica dell'IA si veda, pure, A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della intelligenza artificiale. Dimensioni e Governo*, in *BioLaw J.*, 2, 2021, pp. 411-417.

nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti". Da ciò se ne inferisce che, al netto di future modifiche in sede di normazione definitiva, l'utilizzo dell'AI per l'amministrazione della giustizia presenta un rischio alto, sì, ma non inaccettabile: segno evidente che non si dà alcuna preclusione all'ingresso di questa tecnologia nella fenomenologia del giudizio. E non vi sono certo rischi *alti* o *inaccettabili* nella diffusione di sistemi destinati ad assistere i professionisti legali nel loro mestiere (che essendo sistemi che interagiscono con gli utenti potrebbero rientrare al massimo in quelli catalogati a *rischio limitato*, di cui al provvisorio titolo IV), come pure i cittadini della *first-class*, che possono ora interfacciarsi con nuovi strumenti di guida al diritto, anche di tipo predittivo, ossia «programmati per prevedere o calcolare le probabilità che si verifichino comportamenti o eventi in futuro»⁴¹.

Gli algoritmi AI, com'è noto, avanzano una pretesa di *infallibilità*, ma non solo; promettono infatti anche altre assai suadenti qualità come la *neutralità* e l'*imparzialità* del risultato – pregi, questi, dal fascino irresistibile per il diritto. Ora, in tutta questa straordinaria potenza cognitiva si intravede lo scenario di una «epistemologia riduzionista» – per usare le parole di Casadei⁴² – «per cui ogni problema complesso può essere ridotto ad una serie ordinata e finita di problemi più semplici, in poche parole all'impiego di un algoritmo»⁴³. La decisione algoritmica, anche quella giuridica, si ammanta così di scientificità e predittività, tanto che parrebbe quasi *prima facie* concretizzarsi, oltre che la nota profezia di Leibnitz⁴⁴, anche quell'idea di “giurimetria” proposta decenni fa da Leo Loevinger nel saggio *Jurimetrics*, ove auspicava di supplire alla mancanza di certezza del discorso giuridico proprio con l'ausilio dell'informatica e della matematica⁴⁵. I sistemi *deep learning*, allora, «potrebbero aiutare a soddisfare quell'esigenza di

⁴¹ G. PISANI, *Piattaforme digitali e autodeterminazione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della "governamentalità algoritmica"*, Mucchi, 2023, p. 19.

⁴² T. CASADEI, *Istituzioni e Algoritmi tra strategie funzionali ed effetti collaterali*, in U. SALANITRO, *Smart: Persona e infosfera. Atti del Convegno 30 settembre-2 ottobre 2021*, Pacini, 2022, p. 241.

⁴³ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *BioLaw. J.*, 15, 2019, pp. 63-83, qui p. 67.

⁴⁴ Il quale notoriamente affermò che le parti, un giorno, di fronte ad una disputa, avrebbero potuto sedersi e procedere ad un calcolo. Cfr. G. LEIBNITZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, Hachette Livre, 1666.

⁴⁵ L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minn. L. Rev.*, 1949, pp. 456 e ss.

“calcolabilità del diritto”, segnalata da Max Weber e ripresa da chi ritiene indispensabile garantire l’affidamento del cittadino nella certezza del diritto»⁴⁶.

L’impiego dell’AI e dei processi *machine learning* nel diritto, nondimeno, può darsi con moltissime forme. L’uso classico, quello più paradigmatico e oggetto di discussione, è la possibilità di inserirla nelle dinamiche processuali per assistere o, addirittura, sostituire, il giudice umano e la sua fallibilità⁴⁷. Del resto, l’infallibilità dell’AI, unitamente alle pretese di *certezza* ed *efficienza*, sono tutte caratteristiche che suggeriscono, anzi premono per, l’impiego come decisore effettivo, sia per assumere determinazioni di carattere amministrativo⁴⁸, e sia, e soprattutto, come vero e proprio giudice, in questo ultimo caso dando sostanza al sogno vetero-positivista legato classicamente al paradigma del giudice *bouche de la loi*, fonte di una assoluta certezza sempre predicibile *ex ante*. La spersonalizzazione della

⁴⁶ Cfr. F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 417. In merito alle applicazioni giuridiche dell’AI, nel solco di un dibattito ormai sterminato, cfr., senza alcuna pretesa d’eshaustività, A. GARAPON, J. LASSEGUÈ, *La giustizia digitale: determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, 2021; V. FERRARI, *Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2020, pp. 9-32; M.G. LOSANO, *Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Einaudi, 1969; T. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e Sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid*, 3, 2020; U. RUFFOLO, G. ALPA, A. BARBERA, *Intelligenza Artificiale: Il Diritto, i Diritti, l’Etica*, Giuffrè, 2020; C.R. SUNSTEIN, *Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 8, 1, 2001, pp. 29-35. Per l’applicazione dell’IA nel diritto privato si vedano, tra gli altri, A. AMIDEL, M. MAGGIOLINO, *Intelligenza artificiale, dati digitali e proprietà intellettuale*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Vol. III, il Mulino, 2022, p. 53 ss.; G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in U. Salanitro (a cura di), *Smart: Persona e infosfera*, pp. 13-24. In ambito penalistico cfr., tra gli altri, V. MANES, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Giuffrè, 2020, pp. 547-567; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 4, 2020, pp. 75-89; P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 531-545; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 605-616.

⁴⁷ Si veda, tra gli altri, A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, 2019. Vedi pure LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, pp. 872-893; e A. PUNZI, *Decidere in dialogo con le macchine: la sfida della giurisprudenza contemporanea*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart*, cit., pp. 261-274.

⁴⁸ Vedi C. STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Il foro amministrativo*, n. 7-8, 2020, pp. 1591-1602.

“decisione algoritmica”⁴⁹, insomma, potrebbe impattare, da un lato, sulla fenomenologia istituzionale, costringendo ad un profondo ripensamento delle funzioni e, dall’altro, sulla concezione della giustizia, facendo sì che questa sia sempre più catturabile con l’endiadi, non sempre semanticamente precisa: *giustizia predittiva*⁵⁰. Su questo aspetto il dibattito è ormai sterminato per mole di voci e contributi⁵¹.

Un’altra possibile applicazione riguarda, poi, la capacità di questi strumenti di dirigere, conformare e persino determinare l’azione umana, prevenendo condotte non conformi e devianze comportamentali. Ciò sarebbe possibile grazie ai cosiddetti sistemi *Data-Driven Agency*: una peculiare forma di intelligenza artificiale in grado di percepirsi in un certo ambiente e agire su di esso, basandosi sull’elaborazione di *big data*⁵². Si parla di «onlife»⁵³ per indicare una situazione in cui sistemi cibernetici mobili e iperconnessi renderanno l’uomo connesso sempre o dovunque, in un impalcatura cyberfisica immersiva e totalizzante: l’«everywhere»⁵⁴. In un tale scenario, l’uso dell’IA potrebbe involgere la possibilità di controllare e indirizzare la condotta dei consociati attraverso modalità di conformazione deterministica e *tecnopratica*, impedendo la possibilità pratica di infrangere la regola (ora non più confezionata in via disgiuntiva), di modo che la coordinazione sociale sia sostanzialmente indotta, lasciando meno spazio possibile all’autonomia individuale. Se si preclude, infatti, la possibilità concreta di superare un limite di velocità, ovvero di non adempiere ad un contratto *smart self executive*, non si dovrà più discettare di responsabilità ex art. 2054 o 1218 c.c., rendendo più

⁴⁹ Si veda, sul punto, A. CARDONE, “Decisione algoritmica vs decisione politica”. *Ai, legge, democrazia*, Esi, 2021.

⁵⁰ Cfr., in proposito, la Tavola Rotonda: *La c.d. Giustizia Predittiva: esperienze e prospettive*, in U. Salanito (a cura di), *Smart*, cit., pp. 431-466.

⁵¹ Si vedano, tra gli altri, A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *BioLaw. J.*, 15, 2019, pp. 63-83; E. GABELLINI, *La Comodità del giudicare: la decisione robotica*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2019, pp. 1305 ss.

⁵² M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in *The Modern Law Review*, 79, 1, 2016, pp. 1-30, spec. p. 4. Si vedano pure A. GREENFIELD, *Everywhere. The dawning age of ubiquitous computing*, New Riders, 2006.

⁵³ Si veda L. FLORIDI (a cura di), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, 2014.

⁵⁴ A. GREENFIELD, *Everywhere*, cit., p. 1-2.

risicato lo spazio per controversie sull'interpretazione delle norme (sulle quali si darebbe, poi, una decisione algoritmica come risorsa di ultima istanza).

Alcuni studiosi colgono in questo processo inarrestabile i prodromi di una "morte del diritto", o almeno d'un mutamento radicale nella fenomenologia giuridica e nella modalità regolamentativa delle norme: lo pensano autorevolmente Roger Brownsword⁵⁵ e, pur con qualche perplessità, William Lucy⁵⁶. Altri vedono il pericolo di uno stravolgimento delle procedure democratiche di produzione normativa e la possibilità dell'instaurazione di una surrettizia ed invisibile *oligarchia* degli algoritmi⁵⁷, o una già patente dittatura degli stessi⁵⁸.

4. Un accesso democratico e *intelligente* alla conoscenza giuridica?

L'insostenibile stupidità delle informazioni algoritmiche

Al di là delle applicazioni, utopistiche o distopiche, dell'intelligenza artificiale nella sostituzione del giudice umano e, persino, nella gestione tecno-deterministica della condotta umana, si danno diversi usi già operativi che riguardano il problema dell'accesso epistemico al diritto da parte dei cittadini appartenenti alla *first-class* pepperiana. Su questo aspetto peculiare il dibattito è meno acceso, probabilmente perché si tratta di un fenomeno dai tratti apparentemente non troppo rivoluzionari, ma che può incidere, sin da subito, sulla fenomenologia dell'accesso cognitivo al diritto e, di conseguenza, sul modo in cui questo esercita controllo sociale e guida pratica sui consociati.

In realtà, il mondo dei servizi legali, tra cui soprattutto l'accesso all'informazione giuridica, è oggi già profondamente mutato da quello di cui scrivevano Holmes e Hart. Da tempo sono disponibili sistemi IA che offrono ausilio nella costruzione di argomenti difensivi, nella previsione degli esiti dei giudizi oppure nella risoluzione di problemi giuridici. Si pensi, per citare qualche esempio, all'algoritmo sviluppato

⁵⁵ Cfr. R. BROWNSWORD, *In the Year 2061: from Law to Technological Management*, in *Law, Innovation and Technology*, 7, 1, 2015, pp. 1-51.

⁵⁶ W. LUCY, *La morte del diritto. Ancora un necrologio*, a cura di M. La Torre, Esi, 2023.

⁵⁷ Cfr. L. LESSIG, *Code: Version 2.0*, Basic Books, 2006.

⁵⁸ Si veda S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti quali i vincoli*, Laterza, 2014.

dall'University College of London in grado di predire le decisioni della Corte EDU sulla violazione degli articoli 3, 6 e 8 della Carta, con una attendibilità del 79%⁵⁹. Oppure, si pensi ancora all'algoritmo Compas, in grado determinare il rischio di reato o recidiva in certi soggetti⁶⁰ – il cui impiego è stato ritenuto compatibile con i principi costituzionali statunitensi con la decisione *State vs Loomis*⁶¹ –, o gli assai pubblicizzati *Watson* e *Project debater*, capaci di suggerire le migliori strategie difensive. Ma nella ormai ricca panoplia degli algoritmi pensati per la prassi giuridica, la comunissima e generalista ChatGPT può avere applicazioni, e un impatto, notevoli, soprattutto per il problema dell'accesso epistemico al diritto da parte dei consociati *laici*. Questo chatbot, com'è noto, non è stato progettato per un uso professionale legale, non è quindi in grado di fornire specifici apporti di giustizia predittiva; è però capace di formulare previsioni in merito all'applicazione di certe sanzioni, ed è anche in grado di risolvere alcuni quesiti legali comuni, per certi versi finanche spiegare “*come sistemare certe faccende*” legalmente. Insomma, dall'uso di ChatGPT potrebbero ritenersi soddisfatti tanto un *bad man*, interessato a prevedere ed evitare i rischi dell'impatto con la forza pubblica; quanto un *puzzled man*, che magari vorrebbe obbedire al diritto per servirsene nella sua vita quotidiana. Ed entrambi avrebbero risposte senza dover passare da un legale, come invece pensavano Holmes e Hart.

Nel panorama accademico c'è chi guarda con entusiasmo a questi sviluppi tecnologici. Un recente rapporto dell'Università neozelandese di Otago, per esempio, che ha testato l'efficacia dell'impiego di certi legal chatbot (*Rentbot* e *Workbot*) per l'accesso alle informazioni legali riguardanti diritto del lavoro e locazioni, ha evidenziato dati *prima facie* confortanti⁶². Le informazioni offerte da questi chatbot, infatti, sono risultate accurate e precise, e giudicate tali sia utenti, sia

⁵⁹ F. DONATI, *intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 428.

⁶⁰ Cfr. E. BLAND, *Software Predicts Criminal Behaviour: Program helps law enforcement determine who is most likely to commit crime*, su <http://abcnews.go.com/Technology/software-predicts-criminal-behavior/story?id=11448231&page=1>.

⁶¹ 881 N.W.2d 749 (2016). Cfr. K. FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *N.C. J.L. & Tech.*, 18, 5, 2016, pp. 75-106.

⁶² Cfr. B. TOY-CRONIN, M. PIRINI, D. TURNER, D. DUNCAN, *An Evaluation of Legal Information Chatbots: Useability, Utility, and Accuracy*, Otago, 2020.

professionisti legali, soprattutto riguardo alle suggestioni offerte su come far fronte a certe problematiche concrete: un vero e proprio servizio di *legal counseling*⁶³.

Il modo classico di accesso al diritto, insomma, starebbe radicalmente e rapidamente cambiando⁶⁴. La situazione paradigmatica nella tradizione dell'esperienza giuridica, che vede il consociato laico recarsi dall'avvocato per conoscere cosa il diritto gli chieda di fare, o garantisce in determinate situazioni – di cui ne è ipostatizzazione letteraria Renzo che si reca dall'Azzecagarbugli per avere lumi in diritto (ed anche Holmes e Hart, come s'è visto, hanno in mente una scena simile) –, potrebbe, in un futuro prossimo, non appartenere più alla fenomenologia della pratica del diritto. Nel nuovo mondo tecno-pratico un consociato, infatti, potrà avere informazioni, ma anche previsioni, legali, e persino sapere come *sistemare le proprie faccende*, semplicemente compulsando il proprio smartphone, diventando così – almeno secondo certi studiosi – più consapevole e attivo nella dimensione giuridica, sbarazzandosi della costosa e frustrante dipendenza dai professionisti legali⁶⁵. Alcuni autori AI-entusiasti sottolineano, pure, che la diffusione capillare di *medium* cognitivi AI – sia *General legal advice chatbot* sia *Dispute resolution chatbot* – potrebbe condurre a «democratizzare l'accesso alle informazioni legali, offrendo soluzioni convenienti e di facile utilizzo a soggetti che non hanno le risorse per consultare un professionista legale»⁶⁶. Tali strumenti avrebbero l'innegabile pregio di essere accessibili in qualsiasi momento e offrire informazioni in tempo reale, così incidendo in modo notevole su tempi e costi della conoscenza legale. Quest'ultima verrebbe poi egualmente distribuita tra gli utenti, evitando differenze sociali determinate dall'esistenza di individui che non possono consultare un esperto legale o non possono garantirsi i migliori esperti⁶⁷.

⁶³ Ivi, p. 28.

⁶⁴ Cfr. H. CHAKRABORTY, *Revolutionizing the Legal Landscape: How AI is Transforming the Legal Industry*, in *International journal of law management & humanities*, 6, 2, 2023, pp. 3161-3167. Si veda anche, in argomento, L. PALAZZANI, *Tecnologie dell'informazione e intelligenza artificiale. Sfide etiche del diritto*, Studium, 2020.

⁶⁵ H. PRAKKEN, *AI & Law, Logic and Argument Schemes*, in *Augmentation*, 19, 2006, pp. 303-316.

⁶⁶ H. CHAKRABORTY, *Revolutionizing the Legal Landscape*, cit., p. 3163, trad. mia.

⁶⁷ Ivi, p. 3164.

I mutamenti nella prassi sembrano così profondi che alcuni, come Susskind, preconizzano l'emergere di nuove figure professionali del settore legale: gli «ingegneri della informazione e conoscenza giuridica»⁶⁸. Si tratta di informatici che saranno impiegati in attività di standardizzazione e formalizzazione del linguaggio giuridico, così da «riorganizzare e ristrutturare la conoscenza giuridica in una forma che possa essere incorporata nei sistemi più avanzati», e ciò sia per l'utilizzo da parte dei professionisti legali, sia per l'accesso cognitivo dei soggetti *first-class*⁶⁹. Con l'impiego in campo giuridico dei mirabolanti algoritmi *machine learning* – pensa Susskind – i classici ostacoli che impediscono ai cittadini un accesso diretto alla conoscenza giuridica, e originano la situazione di dipendenza cognitiva e operativa dai professionisti del settore, svaniranno completamente⁷⁰. In uno scenario del genere – aggiunge Hildebrandt – ben pochi professionisti legali potrebbero mantenere il ruolo di consulente di fiducia, e la maggior parte assumerà le vesti d'un tecnico dell'informazione giuridica⁷¹.

Nondimeno, non tutti guardano con ottimismo alla possibilità di affidare all'AI il compito di consentire ai consociati *bad* e *puzzled* accesso alla conoscenza giuridica. C'è chi, come Ian Kerr, si chiede polemicamente se Holmes avrebbe potuto guardare con fiducia al proliferare di algoritmi che promettono strabilianti capacità predittive in merito a ciò “che i tribunali faranno effettivamente”, prospettandosi come nuovi, ora infallibili, oracoli della legge⁷². Differentemente dall'approccio cognitivo/predittivo di Holmes, la cui teleologia era di far luce sulla natura del diritto, ripulendo quest'ultimo dalle pesanti incrostazioni concettuali morali, e spostando il prisma d'analisi verso la prospettiva dei cittadini comuni (chè questi sono gli *uomini cattivi*), queste moderne tecnologie predittive – nota Kerr – tendono

⁶⁸ R. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, OUP, 2010, p. 7, trad. mia. Si veda pure., *The Future of Law*, OUP, 1996.

⁶⁹ Ivi, p. 8.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in *The Modern L. Rev.*, 79, 1, 2016, pp. 1-30, spec. p. 28.

⁷² I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption. The path of law after the computational turn*, in M. HILDEBRANDT, K. DE VRIES (a cura di) *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, pp. 92-120, spec. p. 92.

ad «offuscare il punto di vista legale del cittadino»⁷³. E ciò per una ragione molto semplice: esse prospettano un concetto del diritto senza alcuna giustificazione e senza possibilità di contestazione dialettica⁷⁴. Inoltre – si potrebbe aggiungere qui – non danno alcun accesso a quello che Hart chiamava *aspetto interno* delle norme, rendendo l'informazione giuridica ermeticamente assertiva e di difficile uso. È vero che per Holmes il compito dei giuristi era solo di rendere consapevoli le persone su quali casi, e fino a quale punto, rischiavano di scontrarsi con la forza pubblica⁷⁵ – attività, questa, teleologicamente concepibile come una intrapresa di gestione del rischio⁷⁶. Nondimeno, Holmes stesso chiarisce bene che tali predizioni, anche se fatte da professionisti legali, devono essere comunque formulate dalla prospettiva del cliente, in merito a ciò che ha effettivamente impatto nella vita di quest'ultimo⁷⁷. Concentrandosi eminentemente sulla prospettiva *bad* holmesiana, e assumendo la possibilità che si dia davvero un *Computational Turn* nella fenomenologia della prassi legale, Kerr evidenzia aspetti critici: per esempio in merito a chi possa essere il soggetto concreto che assume il compito di fornire tali predizioni algoritmiche e, soprattutto, da quale punto di vista (quello del *bad man* ovvero – si aggiunga qui – del *puzzled?*); nonché per quali specifici propositi (evitare i *rischi della forza pubblica* ovvero *sistemare le faccende* dell'interrogante?)⁷⁸.

L'A., per rendere l'idea, prende ad esempio i più comuni algoritmi predittivi che sfruttano processi di *data mining* per proporre previsioni agli utenti in merito a gusti musicali, persone affini e simili, oppure i sistemi predittivo-comportamentali in uso agli aeroporti. Si tratta di algoritmi che danno «previsioni preferenziali» e «pre-emptive»⁷⁹ – ossia previsioni in merito alle conseguenze possibili che possono derivare dal non consentire certi comportamenti – più che vere e proprie «previsioni consequenziali», che Kerr non prende in considerazione perché la sua

⁷³ Ivi, p. 93, trad. mia.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., p. 57.

⁷⁶ I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption*, cit., p. 95.

⁷⁷ Ivi, p. 97.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Ivi, p. 102. Cfr. pure L. FEINSTEIN, A. SLAUGHTER, *Duty to Prevent*, in *Foreign Affairs*, 83, 2004, pp. 136-50.

analisi non può involgere gli sviluppi più recenti del *deep learning*. Nondimeno, molti spunti critici di quell'analisi possono ancora valere. In tutti questi algoritmi, infatti, anche nei più sofisticati *deep learning*, è sempre difficile comprendere *chi* sia a fare la predizione e sulla base effettiva di quali dati, soprattutto se si ipotizza un utente che ha necessità di accesso cognitivo *sogettivamente efficace*, come lo sono i nostri individui *bad* e *puzzled*. E questo ragionamento vale soprattutto se dagli algoritmi semplici si passa a quelli *deep learning*, in grado di offrire profezie non prevedibili nemmeno da chi ha impostato gli algoritmi di struttura. Il che pone un evidente problema di autorialità e autorevolezza⁸⁰.

Per Holmes, si ricorderà, la predizione è una attività finalisticamente connessa al punto di vista dei soggetti per il cui conto sono effettuate le previsioni. Ciò involge necessariamente l'attività dei professionisti legali, i quali devono assumere la prospettiva dei propri clienti al fine di promuoverne gli interessi, indipendentemente dalla loro posizione morale, e rispetto ai quali hanno obblighi deontologici e fiduciari. Per i fornitori dei programmi di previsione computazionale su casi legali i "clienti" non sono tali, o meglio non nel senso che tale espressione trova uso nella prassi legale; piuttosto sono *utenti* o *consumatori*⁸¹. Nella situazione interazionale che si dà tra utente e anche il più performante dei *chatbot* le parti non si conoscono, né l'una protegge davvero l'altra. Ne deriva – nota Kerr – che il cliente, che per lui è il cittadino *bad man* (ma che potremmo però anche concepire *puzzled*), è in realtà poco più che un interessato, la cui prospettiva effettiva non viene mai presa in considerazione.

Il problema può essere meglio approcciato e snocciolato se si mette in evidenza che il ragionamento degli algoritmi *deep learning* è sempre di tipo induttivo⁸². Questi algoritmi sono in grado di ricavare in modo autonomo schemi e modelli rilevando automaticamente *pattern* d'analisi sempre nuovi, man mano che i dati arrivano e si arricchisce il *set* dei dati di partenza, il cosiddetto *training set*. Il predicato "intelligente" va qui inteso in senso funzionalistico: un sistema lo è quando, in un

⁸⁰ Ivi, p. 100.

⁸¹ Ivi, p. 97. Trad.mia.

⁸² H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, cit., p. 94.

certo senso, si programma da solo nel tempo, ricavando nuove regole per portare a termine i propri compiti da un flusso immenso e continuo di dati che arricchisce, in modo dinamico, il bagaglio esperienziale di base (non è “intelligente”, invece, un sistema programmato con una serie di regole predeterminate fisse e immutabili)⁸³. Un esempio banale, ma assai funzionale, proposto da Surden, è dato dai sistemi “modestamente” intelligenti di rilevamento delle mail *spam*, che possono ricavare in modo dinamico, autonomo ed evolutivo gli indici rilevatori in senso probabilistico della natura *spam* di un messaggio di posta elettronica. Ovviamente, il processo cognitivo implicato è assai diverso da quello che sarebbe impiegato da un agente umano, che normalmente procederebbe a decodificare semanticamente i segni linguistici e contestualizzare il messaggio, a cui poi applicherebbe il concetto astratto di “spam”⁸⁴. Si tratterebbe, insomma, di dare corso ad un processo cognitivo di tipo semantico-interpretativo, assai diverso dal modo in cui l’algoritmo può giungere allo stesso risultato, laddove quest’ultimo non si occupa mai del senso (la semantica) degli enunciati di testo, ossia non ragiona su concetti astratti come “e-mail” o “spam”; piuttosto, è in grado soltanto di «rilevare *proxy* statistici che gli consentono di prospettare una certa euristica senza impegnarsi mai nella comprensione del significato o del senso delle parole dell’e-mail»⁸⁵. Questa strategia non-semantica può funzionare operativamente laddove risultino funzionali approssimazioni statistiche predittive proprie d’una euristica *proxy-based*⁸⁶, ma non potrebbe certo trovare impiego nell’approccio a problemi cognitivamente complessi (dal punto di vista semantico e teleologico), come quelli che i giuristi affrontano quotidianamente per soddisfare richieste cognitive

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ivi*, p. 91 ss.

⁸⁵ *Ivi*, p. 97, trad. mia.

⁸⁶ Sul cambio di paradigma e l’adesione ad approcci statistici, si veda soprattutto A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 4, 1, 2022, pp. 93-101, la Studiosa fa opportunamente notare che «nell’era della crescita esponenziale di dati, il paradigma logico-deduttivo cede il passo all’approccio statistico, che tra i vari scopi (ad esempio: fare previsioni, verificare delle ipotesi e suggerirne di nuove, facilitare l’analisi dei dati e ridurre la loro mole) ha quello fondamentale di raggruppare gli oggetti in classi, il più possibile omogenee, e di determinare il numero e le caratteristiche delle classi» (*ivi*, p. 96).

specifiche, anche minimaliste o orientate al mero calcolo del rischio di impatto con la forza pubblica di un qualsiasi *bad man* holmesiano⁸⁷. Insomma, il celebre esperimento mentale di Searle della “stanza cinese”⁸⁸ – in cui si ipotizza che un soggetto, rinchiuso in una stanza, riesca comunque a fornire risposte a domande formulate in cinese semplicemente seguendo certe istruzioni (in inglese) che gli spiegano come abbinare gli ideogrammi del foglio con le domande con quello delle risposte, senza mai comprendere però il significato dei simboli –, ideato per criticare il test di Alan Turing⁸⁹ e il computazionalismo in generale, è ancora di grande forza critica, nonostante le mirabilie del *machine learning*. Per il quale, comunque, rimane non necessario (e ancora non possibile) comprendere semanticamente il linguaggio, essendo sufficiente una mera lettura formale/sintattica dei dati, da cui poi il sistema potrà ricavare nuova *sintassi*, ma mai *semantica* effettiva. Per tale motivo, alla stato attuale, un chatbot non potrebbe scrutinare il reale contenuto delle richieste degli utenti, come farebbe un legale nel tentativo, intellettualmente assai complesso, di capire che tipo di “faccende” un *puzzled man* voglia davvero sistemare. Su certe cose, alla fine dei conti, rimane tangibile una certa ineludibile cifra di stupidità artificiale⁹⁰.

Pur potendo interagire con gli utenti, e persino superando *prima facie* il test di Turing, come fanno appunto i moderni chatbot, nessun algoritmo ha ancora la sensibilità umana e l’esperienza pratica per capire, per esempio, se il cliente, nel descrivere la situazione di cui chiede l’informazione giuridica soggettivamente rilevante, sta omettendo dati importanti, o fuorviandone altri per la percezione etica degli stessi⁹¹. Se il cliente indossa un «cappello bianco», il professionista legale

⁸⁷ H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, cit., p. 98.

⁸⁸ J.R. SEARLE, *Is the Brain’s Mind a Computer Program?*, in *Scientific American*, 1, 1990, p. 262 ss. (Id., *La mente è un programma?*, in *Le scienze*, 259, 1990). In merito è utile il confronto con D.C. DENNETT, *L’atteggiamento intenzionale*, trad. it., il Mulino, 1992.

⁸⁹ In base al quale, com’è noto, se un ipotetico sperimentatore, chattando dietro ad un monitor, non riesce a rendersi conto che interagisce con una macchina, allora questa supera il *Test* e può predicarsi intelligente.

⁹⁰ Vedi N. CHOMSKY, *The False Promise of ChatGPT*, in “*The New York Times*”, 8 Marzo 2023.

⁹¹ H. CHAKRABORTY, *Revolutionizing the Legal Landscape*, cit., p. 3165.

– spiega Holmes⁹² – sa che si tratta d’una circostanza di cui non dover farne menzione, perché irrilevante per l’applicazione della forza pubblica. Ma sa anche che potrebbe dover interrogare più volte il cliente per far emergere dettagli che egli, *bad* o *puzzled* che sia, potrebbe pensare di non dover raccontare perché ritenuti, a torto, privi di influenza; del resto, è pur sempre un laico rispetto alla *jurisprudencia*. Anche se restio a rispondere, il cliente potrebbe poi decidere di farlo allorchè incalzato dal professionista, e confortato da un possibile e auspicabile rapporto fiduciario. E il professionista deve condurre tali investigazioni perché, come mossa preliminare, è chiamato a discernere quale sia lo scopo della consulenza, che il più delle volte, assumendo la costitutività delle regole giuridiche, può essere hartianamente “*il voler sistemare determinate faccende*”, più che ottenere previsioni sui rischi di impatto con la forza pubblica. Scopo, nondimeno, che va spesso distillato da racconti che muovono da informazioni spesso prive di un costrutto giuridico o da precomprensioni del tutto errate. Una volta, poi, accertato il *telos* della consulenza, ma sempre dalla prospettiva che ha valore per il cliente, l’esperto potrà costruire la predizione/offrire l’informazione giuridica, che sarà sempre *client-centered*. A differenza dei professionisti legali, i sistemi di previsione computazionale o i chatbot di informazione, come sopra evidenziato, non generano mai rapporti di fiducia (al netto della fiducia riposta dall’utente nella pretesa infallibilità dell’algoritmo) e quindi non comportano particolari obblighi di diligenza nel senso tradizionale, deontologico, del termine⁹³.

Gli algoritmi IA non consentono neppure di avere accesso cognitivo ai processi mediante i quali la previsione è costruita: non esiste infatti alcun “aspetto interno” dell’algoritmo che possa rendersi intellettualmente accessibile ai fruitori. Altre limitazioni cognitive strutturali possono minare, poi, la bontà (e l’utilità) dell’informazione legale. Gli algoritmi AI, infatti, analizzano una mole elefantica di flussi di dati per ricavare, continuamente, nuove regole generalizzabili in futuro, per scenari mai visti prima. Nondimeno, tale classe di casi futuri dovrebbe

⁹² O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., p. 58.

⁹³ H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, cit., p. 101.

presentare comunque un qualche elemento in comune con i dati precedentemente analizzati e posti nel *training set* iniziale, ossia nel bagaglio esperienziale da cui l'algoritmo ricava i suoi schemi predittivi. Tuttavia, i nuovi casi che si prospettano ai giuristi, com'è noto, spesso sono privi di caratteristiche "consuete", e ciò potrebbe rendere le tecniche di apprendimento automatico per la predizione futura del tutto inservibili o, peggio, fuorvianti⁹⁴. Non va poi sottodimensionato il pericolo che diversi algoritmi possano vagliare dati di partenza differenti, scegliere elementi di arricchimento esperienziale diversi, e giungere a previsioni distoniche. Questo potrebbe generare a cascata problemi di induzione per enumerazione semplice o generalizzazione indebita (*overgeneralization*) allorchè il set di dati di addestramento contenga elementi idiosincratici⁹⁵, o *bias* cognitivi (Surden fa l'esempio del filtro *spam* che potrebbe dedurre dalla circostanza che le mail spam del suo *training set* arrivino sempre da un certo paese il pregiudizio predittivo che le mail spam provengano solo da quel luogo⁹⁶). Vi sono poi diversi fattori sottili e sfumati, o conoscenze di prassi effettive, che sono rilevanti per la previsione legale, e che gli avvocati utilizzano abitualmente nelle loro valutazioni professionali, ma che possono essere difficili da catturare in dati formali e analizzabili giacché frutto dell'esperienza sul campo (cosa che potrebbe interessare molto l'utente *bad*)⁹⁷.

Si dà poi un ulteriore aspetto che vale la pena di porre sotto prisma. La relazione consociato first-class/professionista legale potrebbe intendersi come espressiva di una autorità epistemica, mutuando qui la concezione di Joseph Raz. Nell'argomentare la *Normal Justification Thesis*⁹⁸, il compianto filosofo israeliano sostiene che l'argomento usuale, banale, per giustificare l'autorità di qualcuno sta nel fatto che le direttive di costui rappresentano delle «ragioni escludenti», di secondo livello, per non agire sulla scorta di quelle ragioni individuali, di primo livello, che guidano la condotta pratica di ciascuno, riducendo la complessità

⁹⁴ Ivi, p. 105.

⁹⁵ Sui pregiudizi in cui può incappare un algoritmo AI cfr. A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, cit., p. 96.

⁹⁶ H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, cit., p.105.

⁹⁷ Ivi, p. 107.

⁹⁸ J. RAZ, *Practical reason and norms*, cit. p. 53.

pratica del mondo. L'autorità, nondimeno, può declinarsi in pratica/politica o teoretica/sapienziale. Un'autorità sapienziale, o teoretica, è tale se possiede certe conoscenze specifiche su una determinata materia o ambito cognitivo. Se la persona che riceve il parere non ha mezzi cognitivi né strumenti epistemici per validarne la bontà, allora potrà decidere di seguirlo o di non fidarsi, ma lo farà verosimilmente *al buio*, senza potersi esprimere sul contenuto proposizionale del parere. Nondimeno, allorché si valida un giudizio *prima facie* in base al quale si ascrive autorità epistemica ad un certo soggetto, ne deriva che le direttive o anche i pareri di costui funzioneranno come *ragioni escludenti*, ossia ragioni per non dover più sindacare il merito del «giudizio autorevole»⁹⁹. Ora, la pretesa di infallibilità e certezza che sta dietro gli algoritmi IA potrebbe condurre a giudicarli autorità epistemiche assolute, senza nondimeno riflettere sulla possibilità che siano stati indirizzati dall'utente (talora inconsapevolmente) verso una certa risposta, che questi dipendono epistemicamente da cosa gli si chiede e, soprattutto, dai dati inseriti rispetto al caso da analizzare¹⁰⁰. Se è vero che, perché si dia autorità epistemica, occorre una certa asimmetria cognitiva tra due soggetti – e soprassedendo, qui, sul nodo problematico della soggettività dell'algoritmo – nella relazione utente-chatbot la disimmetria cognitiva involge anche i processi deliberativi algoritmici, rendendo del tutto insondabile e incontrollabile il modo in cui l'algoritmo giunge alle decisioni¹⁰¹; di conseguenza l'ascrizione di autorità epistemica sarebbe ancora più “al buio”¹⁰².

Potrebbe, poi, darsi un ulteriore scenario sul piano della traduzione operativa delle informazioni giuridiche. Un individuo, dopo aver consultato un chatbot e ottenuto una certa predizione, o indicazioni su come sistemare certe faccende, potrebbe recarsi da un legale perché questo spieghi una certa azione o intraprenda un determinato giudizio, forte del fatto che egli ormai sa bene come sistemare le

⁹⁹ Ivi, pp. 63-64.

¹⁰⁰ Cfr. A. PERLMAN, *The implications of chatgpt for legal services and society* (December 5, 2022), p. 21, consultabile su SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4294197>.

¹⁰¹ Si veda G. FIORIGLIO, *La società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, pp. 53-67.

¹⁰² M. HILDEBRANDT, *Law as information*, cit., p. 29; I. KERR, *Prediction, pre-emption, presumption*, cit., p. 92.

faccende, o come evitare l'impatto con forza pubblica. E potrebbe insistere caparbio, giacché un chatbot infallibile gli ha garantito la ragione. Ora, non è troppo difficile ipotizzare che il professionista, considerando una serie di variabili non tenute in conto dall'algoritmo o da quest'ultimo non conosciute, né conoscibili senza la sensibilità umana, possa pensarla diversamente, sconsigliando al cliente l'intrapresa di quella specifica azione giudiziaria, ovvero prospettare previsioni diverse. Con tale esperimento mentale si ipotizza, insomma, un *contrasto teoretico* tra lo specialista legale umano e quello artificiale – un conflitto tra autorità epistemiche, insomma –, che potrebbe andare a discapito del primo, che certo non può vantare quelle promesse di certezza e infallibilità che rendono gli algoritmi assai più accattivanti e *autorevoli* agli occhi di chi non è avvezzo a fare i conti con la natura interpretativa e controversa del diritto. In definitiva, e come è stato acutamente osservato, non si dà intelligenza che non debba passare attraverso un contatto o un interscambio umano¹⁰³.

Un ulteriore rilievo involge, poi, la distinzione tra la prospettiva del *bad man* e del *puzzled man*. Tali prospettive, come s'è detto, non sono altro che proiezioni del concetto del diritto che si adotta, per cui se si sposa una concezione realista si presupporrà, necessariamente, un utente del tipo "*bad*", interessato a previsioni sul futuro comportamento dei giudici. Prospettiva, questa, che non soddisfa il positivismo riformato di Hart e il suo idealtipo di consociato, che è consapevole della natura anche costitutiva delle regole giuridiche. Offrire una informazione giuridica richiede, allora, l'assunzione d'una previa concezione del diritto e una predeterminazione del *senso* della prassi giuridica, che si può assumere, però, solo con la prospettiva del partecipante a una tale prassi. Partecipante che non può essere certo un chatbot, per quanto intelligente, il quale, poi, per scegliere che tipo di informazione dare, e discriminare tra le prospettive classiche qui menzionate, dovrebbe adottare una certa concezione del diritto, senza che possa nondimeno comprendersi quale questa sia (e che comunque sarebbe una scelta iniziale del

¹⁰³ L. DI MAJO, *Le incognite sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel processo costituzionale in via incidentale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2, 2023, pp. 17- 62.

programmatore ovvero una induzione da dati giurisprudenziali assunti in modo sintattico e a-critico).

Eradicare la dipendenza cognitiva dei consociati *first-class* dai professionisti legali affidandosi alla pretesa di democratizzazione dell'accesso all'informazione legale garantita dall'IA presenta non pochi rischi, soprattutto dalla prospettiva degli utenti. Un tale passaggio potrebbe rivelarsi poco utile per l'utente hartiano che vuole *sistemare le proprie faccende*, a cui sarà precluso non solo l'accesso all'aspetto interno delle norme, ma anche ai processi di ragionamento giuridico, rendendo difficile poter scrutinare se il sistema abbia davvero chiaro che tipo di faccenda, ossia interesse giuridicamente significativo, l'utente voglia sistemare. Ma il passaggio potrebbe anche essere sconveniente pure per un riduttivista e holmesiano *bad man*, che potrebbe ottenere predizioni fuorviate, o fortemente condizionate, dai dati da lui prospettati al sistema. Anche per ottenere una mera predizione futura su cosa potranno decidere i giudici su una certa problematica specifica, o evitare i rischi della forza pubblica, occorre sempre comprendere dapprima quale sia davvero la questione sottesa e capire, inoltre, se la problematica ha i confini creduti *prima facie* dell'utente ovvero va prospettata sotto una diversa luce. A conti fatti a poco serve chiedere ad un chatbot percentuali sulle decisioni delle corti in merito ad un certo fatto se non s'è dapprima distillata la questione concreta e l'interesse giuridico, ma umano, sotteso. E si tratta di una intrapresa, questa, che sfugge, s'è visto, alle pur mostruose potenzialità di calcolo dell'AI.

Va da sé che se le previsioni di Brownsword e Lucy sulla *morte del diritto* e la gestione tecnopratica preventiva della condotta umana cogliessero nel segno tutti questi problemi "minori" verrebbero inevitabilmente meno¹⁰⁴. Ma verrebbero del pari meno tante altre questioni sui cui si arrovellano i giuristi da sempre e sarebbe, allora, tutta una altra storia giusfilosofica da scrivere.

¹⁰⁴ Vedi *supra* nota 57.