

ANTONIO PUNZI*

Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale

ENGLISH TITLE

Defectiveness and Augmented Justice. Legal Experience and the Challenge of Digital Humanism

ABSTRACT

For some time now, the use of intelligent machines has radically changed the nature of the juridical experience. Algorithms have become common in courtrooms, in administration archives and in parliamentary assemblies, showing the effects of their formidable power.

This paper aims to show how, rather than resuscitating the Leibnizian dream of a mathematical certainty, artificial intelligence can allow a judge to weigh up the possible dynamics of the system and thus to take full responsibility for decisions which aim to guarantee the defence of increasingly full and inclusive rights.

KEYWORDS

Defectiveness – Augmented Justice – Digital Humanism – Experience – Intelligent Machines.

1. IL GIURISTA E L'INVASIONE DELLE MACCHINE INTELLIGENTI

Da qualche tempo l'invasione delle macchine intelligenti ha significativamente modificato il paesaggio dell'esperienza giuridica. L'algoritmo si è fatto spazio nelle aule dei Tribunali, negli archivi dell'amministrazione, nelle assemblee parlamentari, facendo sentire l'impatto della sua formidabile potenza.

Un impatto non privo di conseguenze per gli operatori del diritto.

I giudici e l'amministrazione avvertono la pressione non più solo di rigidi sistemi esperti, ma di intelligenze artificiali che, grazie a sistemi avanzati di

* Professore ordinario di Metodologia della scienza giuridica, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Luiss Guido Carli.

machine learning, sembrano capaci di ricostruire fatti, selezionare precedenti, assumere decisioni celeri, motivate e altamente prevedibili¹. Gli avvocati prendono atto che software come *Docracy*, *COiN*, *Luminance* o *Predictice* possono inquadrare la fattispecie, stimare le possibilità di successo di un'azione, redigere contratti e atti giudiziari². I notai vedono all'opera tecnologie come la *Blockchain* che, consentendo la creazione di registri distribuiti per la gestione di transazioni condivise tra i diversi nodi di una rete, sembrano svolgere quell'opera di documentazione, certificazione e conferimento di certezza ad alcuni atti nella quale, nella nostra tradizione, essi svolgono la funzione di pubblici ufficiali³.

Gli stessi diritti fondamentali dei cittadini sembrano messi in discussione dall'invasione di macchine intelligenti. Basta porre attenzione, nella navigazione telematica, al *banner* relativo all'acquisizione dei c.d. *cookies*, prescritto ai gestori dei siti web dal Garante italiano per la protezione dei dati personali⁴, per prendere atto che ogni attività in rete lascia tracce e che, con il nostro consenso (ma forse senza la necessaria consapevolezza), la rielaborazione algoritmica di tali dati consente di tracciare i nostri movimenti e di comporre

1. Carleo, 2019; Ruffolo, 2020. In termini critici, a partire da una rideclinazione delle forme simboliche di Ernst Cassirer, Garapon, Lassègue, 2018, cap. VI. Va segnalata la sentenza n. 2270/2019 del Consiglio di Stato che, confermando la pronuncia del Tar Lazio, Sez. III-bis, del 27 maggio 2019, n. 6607, ha escluso che possano essere demandati al software procedimenti nei quali sia richiesto l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Il Consiglio di Stato, peraltro, è tornato sul tema nella sentenza n. 881 del 4 febbraio 2020, in cui riconosce che l'attività amministrativa può trarre beneficio dall'uso degli algoritmi, in particolare per controversie seriali e in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost. Tale posizione è enunciata in termini teorici, da F. Patroni Griffi, in *La decisione robotica e il giudice amministrativo* (Carleo, 2019, p. 165 ss.). Nella citata sentenza, in ogni caso, viene sottolineato il necessario rispetto di tre principi: conoscibilità (diritto di conoscere l'esistenza di procedimenti automatizzati e la relativa logica); non esclusività della decisione algoritmica (art. 22 GDPR, Reg. UE n. 679/2016); non discriminazione. V. anche Pajno, 2020.

2. Il tema è molto studiato da Richard Susskind in *The Future of Law, The End of Lawyers* e da ultimo in *Tomorrow's Lawyers*. V. in particolare Susskind, 2017, §§ 6-12.

3. Per un quadro degli elementi di novità che coinvolgono la professione notarile, Palazzo, 2017; Laurini, 2020.

4. La normativa europea (Dir. 2009/136/CE che ha modificato la Dir. 2002/58/CE) recepisce con il D.Lgs n. 69 del 2012, nel prevedere solo l'obbligo di informativa ed imponendo di comunicare all'utente come disabilitare i cookies tramite browser, non entrava nel merito delle modalità dell'informativa né della manifestazione del consenso, rimandando ad una eventuale regolamentazione dei Garanti nazionali. L'8 maggio 2014 il Garante italiano ha emanato il Provvedimento "Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie" (G.U. n. 126 del 3 giugno 2014). Con provvedimento n. 255 del 26 novembre 2020, peraltro, il Garante ha avviato una consultazione pubblica sulle "Linee Guida per l'utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento", finalizzata ad un aggiornamento delle procedure già individuate, anche alla luce dell'entrata in vigore del GDPR.

un profilo della nostra identità, pronto ad essere ceduto a chi voglia inviarci comunicazioni personalizzate, commerciali o politiche che siano⁵.

I fenomeni qui richiamati a titolo esemplificativo suscitano inquietudine nella comunità dei giuristi, presso gli studiosi, nel consorzio civile, com'è inevitabile quando è in atto una rivoluzione antropologica.

Nel vivace dibattito sviluppatosi su questi temi, notevole risonanza hanno avuto alcune recenti posizioni riconducibili ad una critica radicale della società digitale. Tali posizioni vedono nella massiccia presenza degli algoritmi nella vita individuale e sociale, una nuova forma di “governamentalità” che rideclina la biopolitica in chiave digitale⁶, un “capitalismo della sorveglianza” in cui il nuovo “Leviatano algoritmico”⁷ realizza una “espropriazione dei diritti umani fondamentali” e la “sovversione della sovranità del popolo”⁸. Il destino della società dell'ipercontrollo in cui, secondo queste posizioni, si compie il processo di “smartificazione” dell'esperienza, giunge fino a determinare una sorta di annientamento del sapere umano: “il capitalismo integralmente computazionale è, in questo senso, il compimento del nichilismo”⁹.

Si va formando una sorta di grande racconto sul destino infausto dell'integrazione tra noi e le macchine pensanti¹⁰. Ma in questo racconto, qualcosa non torna. Ed è proprio l'esperienza giuridica a darne evidenza.

2. LA SINDROME DI PROMETEO E LA LEZIONE DELL'ESPERIENZA COMUNE

A dispetto del fascino, anche letterario, che si rinviene nelle diagnosi formulate dagli alfieri di una critica radicale della società digitale, esse sembrano non cogliere appieno la posta in gioco nella nostra esistenza, ormai ambientata nell'infosfera¹¹.

Seguiamo anzitutto la lezione ermeneutica: la domanda sul nostro rapporto con l'intelligenza artificiale può essere oggi formulata solo a partire da un

5. Per tacere dell'impatto degli algoritmi su quello che De Kerckhove definisce “inconscio digitale”. De Kerckhove, 2011, p. 65 ss. Ove un'applicazione del tema voglia individuarsi nel sistema del c.d. *autocomplete*, possono richiamarsi Trib. Roma, sent. 13 marzo 2017 e Trib. Milano, ord. 23 giugno 2013.

6. Rouvroy, 2011; Rouvroy, Stiegler, 2016; Berns, Rouvroy, 2013.

7. Sadin (2018), trad. it. 2019, § 3.1.

8. Zuboff (2018), trad. it. 2019, § 9.

9. Stiegler, 2015, Introduction, § 8.

10. A scanso di equivoci terminologici e concettuali, può risultare utile un riferimento alla definizione di intelligenza artificiale fornita dal gruppo di esperti della Commissione europea in *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

11. Floridi, 2009.

orizzonte in cui già pensiamo grazie al quotidiano intreccio con le macchine. Il nostro domandare deve, dunque, farsi carico della propria storicità: prima di prendere distanza dal proprio orizzonte, stigmatizzato come latore di un destino di assoggettamento – come ieri esaltato per le sue sorti emancipative – il tempo va accolto come invio, come orizzonte di messaggi che chiedono una risposta¹².

D'altronde, se è vero che, per dirla con Heidegger, "il linguaggio parla"¹³, esso oggi parla anche attraverso le macchine intelligenti. Un linguaggio per molti oscuro, per altri mera sommatoria di segni numerici, e che pure si traduce in atti comunicativi che, se non vogliamo scivolare nella trappola della nostra superiorità ontologica, siamo chiamati ad ascoltare.

Proprio perché la critica radicale della società digitale mette tra parentesi la propria storicità, essa non conferisce adeguato rilievo al fatto che la potenza degli algoritmi è la forma in cui oggi si manifesta l'azione poietica dell'uomo¹⁴. E l'atteggiamento ambivalente, specie delle scienze sociali e umane, verso l'intelligenza artificiale, esprime proprio questo rapporto irrisolto con l'azione che fa la storia e con la potenza che in essa si cela. Questa ambivalenza verso la forma più sofisticata della tecnica nel nostro tempo, ripensando alla chiusa di *Introduzione alla cibernetica* di Norbert Wiener, può essere letta come una sorta di sindrome di Prometeo, scissa tra l'esaltazione dell'uomo "nello splendore della sua volontà, della sua attività, del suo genio"¹⁵ e la paura delle conseguenze che l'appropriazione indebita del *Pramathys* può provocare¹⁶.

Un rapporto irrisolto dell'uomo con la potenza del suo agire si manifesta emblematicamente nella fine meditazione di Heidegger sulla tecnica, da *Sein und Zeit*¹⁷ a *Die Frage nach der Technik*, da *Das Ende des Denkens in der Gestalt der Philosophie* fino a *Nur Noch ein Gott kann uns retten*. A risultare problematica, in particolare, è la sua scissione tra il fare e il pensare essenziale, tra lo strumento che si risolve nell'uso e l'opera d'arte che schiude un mondo, consentendo la messa in opera della verità¹⁸. E non può sorprendere che, ferme tali dicotomie, il pensatore di Messkirch si dicesse "spaventato" di fronte alle "fotografie della terra scattate dalla luna" e prendesse atto con rassegnazione

12. Viola, Zaccaria, 1990, p. 428.

13. Heidegger (1959), trad. it. 1990, p. 200.

14. Sul punto, v. Galimberti, 2002, p. 34 ss.

15. Mottini, 1945, p. 35.

16. Wiener (1950), trad. it. 1966, p. 266 ss.

17. "L'analitica esistenziale di *Essere e tempo* è l'impresa cui ogni pensiero resta tributario, che si tratti del pensiero dello stesso Heidegger o dei nostri pensieri". Nancy (1996), trad. it. 2001, p. 125.

18. Su ciò, inattese convergenze. "Sarebbe pertanto grave errore contrapporre puro fare e contemplazione pura". Cotta, 1968, p. 129. "L'antitesi, cara alle anime belle, fra umanesimo e tecnica, fra l'uomo che pensa e l'uomo che fa, è un capitolo del passato". Irti, 2019, p. 21.

che “la tecnica nella sua essenza è qualcosa che l’uomo di per sé non è in grado di dominare”.

Il vero è che, ben prima che con le produzioni tecniche, parte significativa della filosofia novecentesca ha un rapporto irrisolto proprio con il sapere scientifico. Eppure, basterebbe rileggere Paul Ricoeur per comprendere che un nuovo umanesimo può nascere solo dalla riattivazione del dialogo tra filosofia e scienza¹⁹.

A suggerire un più maturo atteggiamento verso la scienza sono anche alcune pagine di Giuseppe Capograssi. Il filosofo di Sulmona, invero, intravedeva il rischio che l’evoluzione della scienza e della tecnica, specie nella società di massa, portasse ad un “individuo automatizzato”, ridotto a “complesso di istinti educabili e addomesticabili con processi meccanici”, reso “omogeneo all’automatismo dell’esperienza organizzata”²⁰. Eppure, l’inquietudine del filosofo di Sulmona, non a caso attento lettore di Vico, non scivola mai in una resa di fronte alla storia. Le sue sono, come in un suo celebre titolo, “incertezze sull’individuo”: l’orizzonte dell’umanità non è segnato, perché “la storia non è che il preciso riflesso di noi stessi”. Se “c’è una tendenza in noi alla distruzione della vita”, “c’è pure una tendenza di verità”; se l’individuo sembra lasciarsi ridurre a “complemento tecnico di un immenso meccanismo”, c’è in lui anche la tensione verso “il rapporto umano, il rapporto che non ha altro fine che se stesso”; e il suo mondo, che “sembra così esteriore”, è “tormentato e consolato da un bisogno ardente, sebbene indeterminato, di speranza”²¹.

Ecco che Capograssi non attribuisce la responsabilità della crisi alle pretese epistemiche della scienza. Il problema non è la scienza – sulla scia di Poincaré, egli invoca “fede nella scienza, libertà intera e assoluta della scienza”²² – quanto il diffondersi di una visione dell’uomo come “pura potenzialità”, la sua riduzione ad ente “creabile”, dunque a “materiale di esperimento”²³. È la tecnoscienza come ideologia, dunque rovescio nichilistico della scienza, a trascinare l’uomo sul crinale dell’abisso. La scienza in quanto tale, per converso, è una “grande opera che ha in sé” “la capacità di rendere migliori gli uomini e non ha bisogno altro che di libertà, come la poesia”.

La lezione di Capograssi è cristallina: di fronte all’incerto destino di una società sempre più dominata dalla tecnica, il vero pericolo è il regresso cognitivo, il disprezzo della ragione e scienza. E, soprattutto, il venir meno della

19. Magistrale il suo approccio nel celebre dialogo *Changeux*, Ricoeur, 1999.

20. *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, in Capograssi, 1959, vol. V, p. 254 ss.

21. *Su alcuni bisogni dell’individuo contemporaneo*, ivi, p. 526 ss.

22. Risposta all’inchiesta sulla ‘Responsabilità dello scienziato’, ivi, pp. 473-482.

23. *Il diritto dopo la catastrofe*, ivi, p. 155 ss.

consapevolezza che “la storia” è “il preciso riflesso di noi stessi”²⁴ e che, dunque, spetta al consorzio umano assumersi la responsabilità della decisione²⁵.

Ma è proprio questo il motivo per il quale il nostro tempo, trascorsi molti anni dalla lezione di Capograssi, è attraversato da una profonda inquietudine. L'avanzare delle macchine intelligenti ci interroga, ci chiede cosa sia la natura umana e in cosa pensiamo che debba essere protetta. E tali domande ci mettono a disagio perché abbiamo perso l'orientamento, finendo per ridurre il fecondante pluralismo delle visioni etiche ed antropologiche a rango di opaco (e un po' ipocrita) relativismo. Ad essersi smarrita è la capacità di cogliere, capograssianamente, che il valore dell'uomo si esprime attraverso la sua azione²⁶, che l'uomo è azione, ma che, al tempo stesso, ha in sé l'intelligenza per governare il proprio agire, per darsi una regola²⁷.

L'azione è potenza che si oggettiva nell'attualità e continuamente trascende le proprie concrezioni; si fa prodotto aprendosi all'ulteriore produzione di realtà e di senso; prosegue l'opera misteriosa della creazione. E in ciò sta la grandezza della sua opera salvifica e il pericolo della sua autodistruzione²⁸.

3. L'ESPERIENZA GIURIDICA DAL CONTROLLO DELLA POTENZA ALLA PROTEZIONE DELLA DIFETTIVITÀ

La migliore risposta all'ansia che la potenza possa sfuggire al controllo dell'agente non è l'individuazione di una linea di resistenza in questo o quel valore, conservativamente fissato come non negoziabile, ma l'umile interrogazione dell'esperienza²⁹.

Ed è proprio l'esperienza giuridica³⁰, in specie quella del xx secolo, ad offrire utili spunti di riflessione. Si pensi alla funzione di contenimento della potenza esercitata dal diritto. In una parte della teoria generale di marca normativistica, tale funzione assume un ruolo primario, fino ad entrare nella definizione stessa del diritto come regola della forza. Una definizione che,

24. *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, ivi, pp. 526-529.

25. Irti, 2007, p. 45.

26. Si veda Zaccaria, 1976.

27. Con il rischio che avendo “ben poca coscienza di ciò che vuole” l'uomo finisca per accettare “la superiore abilità delle decisioni prese dalla macchina”. Wiener (1950), trad. it. 1966, p. 227.

28. Si veda Magatti, 2018, *Introduzione*.

29. “Il rinascimento dell'uomo nell'età tecnologica” “ripropone così il problema di una analisi dell'esperienza umana in quanto esperienza comune”. Frosini, 1986, p. 10.

30. Intesa *lato sensu*, come “un discorso che rende esplicito ciò che è implicito in una norma giuridica, nella sentenza di un giudice, nelle scelte di un parlamento”. Canale, 2017, p. VIII.

sulla scia di Weber, si ritrova in Kelsen³¹ e poi in autori come Ross, Olivecrona e Hart, ed efficacemente descrive il modo in cui gli ordinamenti, mediante norme secondarie, assoggettano al principio di legalità l'azione dei pubblici poteri. Qui non interessa, evidentemente, se tale idea renda appieno la ricchezza dell'esperienza giuridica³², bensì se il ricorso ad essa costituisca un indice dell'autopercezione del genere umano nel secolo trascorso.

Un dato è certo: si avverte l'esigenza di governare la forza mediante un sempre più complesso apparato di regole perché quella forza ha una tendenza a superare ogni limite e, dunque, un potenziale distruttivo. La lezione della storia insegna che non basta attribuire allo Stato il monopolio della forza, ma bisogna determinare in puntuali fattispecie i modi in cui essa può venire utilizzata³³.

Questa trasformazione del diritto in una gabbia dalle maglie sempre più fitte costituisce, al contempo, un atto di umiltà e insieme di coraggio: di umiltà, perché l'uomo si riconosce fallibile, sensibile al fascino della potenza che trascende ogni limite, e dunque appresta ingranaggi idonei a mettere in sicurezza la vita propria e altrui dal delirio della ragione; ma è anche un atto di coraggio, perché in tal modo l'uomo si assume la responsabilità di signoreggiare la potenza, di fissare i limiti entro i quali essa può dispiegarsi. Alla potenza, che abbandonata a se stessa tende ad assurgere a principio motore della storia, egli non esita ad opporre il primato della volontà ordinatrice: il potere va definito giuridicamente, differenziato, avvolto in una rete idonea a contenerlo. La posta in gioco è alta, giacché, al di là della qualificazione giuridica del potere su cui Kelsen battagliò con Schmitt, attiene alla pretesa dell'uomo di inscrivere il proprio segno nell'eterno conflitto tra *τάξις* e *δύναμις*.

Ma il contenimento della potenza non è più sufficiente quando l'ordinamento inizia a perseguire il rispetto della persona e della sua dignità. E le costituzioni del dopoguerra, al di là della maggiore o minore vocazione solidaristica o dell'apertura post-liberale all'intervento pubblico in economia, rispondono proprio a questa esigenza di volgere lo sguardo non solo al soggetto astratto, ma all'uomo comune e alle sue condizioni di indigenza, sofferenza,

31. "Il diritto è un determinato ordinamento (o organizzazione) della forza". Kelsen (1934), trad. it. 1984, p. 102. Autorizzando l'impiego della forza "soltanto da parte di determinati individui e soltanto in determinate circostanze", "il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace". Kelsen (1945), trad. it., 1952, p. 21.

32. In termini sin troppo critici, peraltro, si pronunciarono filosofi del diritto, pur finissimi, come Bruno Leoni, in *Freedom and the Law* e Giuseppe Capograssi, in *Impressioni su Kelsen tradotto*.

33. "È certamente lecito dire che un ordinamento diventa giuridico quando si vengono formando regole per l'uso della forza (si passa dalla fase dell'uso indiscriminato a quella dell'uso limitato e controllato della forza)". Bobbio, 1960, p. 67.

manca di *chance*. La protezione della difettività assurge così a parametro del governo della vita pubblica.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione e certo non solo dal punto di vista giuridico e politico: l'attenzione alla difettività, infatti, conferisce rilevanza civile alla conoscenza sull'uomo nel frattempo acquisite dalla migliore cultura del Novecento³⁴. Si pensi alla psicanalisi che, nel portare alla luce l'inconscio che trascende la volontà e le intenzioni, apre una finestra proprio sulla difettività della nostra coscienza³⁵. O all'ermeneutica filosofica che toglie al soggetto interpretante il potere di sottrarsi al proprio orizzonte temporale. O alla filosofia della mente³⁶ e da ultimo alle neuroscienze, che valorizzano il ruolo delle emozioni nel processo cognitivo e decisionale e l'irriducibilità dell'uomo alla razionalità calcolante³⁷.

Pur nel rispetto delle diverse prospettive e metodologie, dunque, il messaggio della cultura del Novecento è inequivocabile: l'uomo è un animale ontologicamente difettivo, gettato nel tempo, emotivamente connotato, impossibilitato a guadagnare una piena e trasparente autocoscienza. E la novità del "secolo breve"³⁸ sta nell'aver colto, in questa incompiutezza, non solo la radice dell'unicità dell'uomo, ma il nucleo profondo della sua dignità. Ed è proprio di questa difettività che, a partire da carte costituzionali come quella repubblicana, comincia a farsi carico l'ordinamento giuridico, sempre più bilanciando il rispetto delle forme con l'individuazione di soluzioni (principi, clausole generali, argomentazioni consequenzialiste, modelli rimediali) atte a garantire l'effettività delle tutele³⁹.

L'analisi dell'esperienza conferma che l'odierna civiltà giuridica, sopravvissuta alle decostruzioni⁴⁰ del postmodernismo, al funzionalismo sistemico, al nichilismo variamente declinato, ha un riferimento chiaro ed inequivocabile: il valore della difettività.

34. "Il fondamento dell'esistere è la difettività". Piovani, 2010.

35. "Al termine di questo processo, destinato a dissolvere le pretese evidenze della coscienza, da parte mia non saprò più cosa significano oggetto, soggetto, neppure pensiero". Ricoeur (1965), trad. it. 1966, p. 465. Sul punto, con riferimento a Lacan, Palombi, 2019, p. 216 ss.

36. Peccarisi, 2008, parte I, p. 19 ss.

37. Boella, 2008, § 5, p. 53 ss. Farano, 2018, p. 17 ss.

38. Hobsbawm (1994), trad. it. 1995.

39. Grossi, 2017; Vettori, 2020. Emblematica la recente esperienza pandemica in cui le misure di contrasto – al di là delle doglianze di taluno, usualmente ispirate a Agamben (2003), circa la pretesa sospensione di garanzie costituzionali – sembrano intese proprio a garantire la protezione del debole, così chiudendo la triste pagina novecentesca intitolata *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, come il macabro titolo dell'opera di Karl Binding e Alfred Hoche.

40. Sul termine, Andronico, 2002, p. 149 ss.

4. LA POTENZA DISINCARNATA DELLE MACCHINE INTELLIGENTI

Può apparire singolare che la riflessione sul rapporto tra esperienza giuridica e intelligenza artificiale, dopo aver tematizzato la potenza che sprigiona dall'azione, sia approdata alla difettività. Eppure viene da chiedersi se non sia proprio la difettività, che ci connota in senso sia ontologico che assiologico, a poterci guidare nell'interazione con quelle macchine intelligenti che noi stessi abbiamo creato, da un lato aprendoci alla contaminazione con esse, dall'altro sottraendoci al pericolo di un assoggettamento alla loro potenza⁴¹.

Sulla contaminazione con l'intelligenza artificiale, peraltro, bisogna intendersi. I teorici del transumanesimo⁴² auspicano che l'uomo raggiunga performance simili a quelle delle macchine pensanti, implementando artificialmente la propria debole costituzione biologica. Simili progetti di ibridazione biotecnologica finiscono però per tradire proprio il valore della difettività: misurando l'intelligenza umana con il solo metro della capacità di calcolo e di elaborazione dei dati⁴³, infatti, i fautori dello *human enhancement*⁴⁴ riducono la difettività a *difettosità*, a deficit performativo di una macchina umana troppo poco implementata tecnicamente.

Eppure l'animale difettivo, che certo soccomberebbe in una guerra delle intelligenze con l'algoritmo⁴⁵, ha abilità e attitudini di cui l'intelligenza artificiale è priva. È utile, in tal senso, rovesciare la prospettiva: l'intelligenza artificiale, se è consentito un banale gioco di parole, è *troppo* intelligente. Il suo punto debole è proprio la mancanza di debolezza: eccelle in operazioni che l'uomo, nella migliore delle ipotesi, può solo maldestramente imitare, eppure è priva dell'intelligenza emotiva in cui anzitutto si manifesta la nostra ontologica difettività⁴⁶. Questo è uno dei motivi per cui la macchina non sbaglia, ma è anche il motivo per cui essa non esperisce affettivamente la propria condizione⁴⁷. Quando viene programmata per manifestare stati emotivi, ed eventualmente comportarsi come se fosse in empatia con quelli altrui, sappiamo

41. Romano, 2018, p. 27.

42. V. ad esempio Kurzweil (2005), trad. it. 2008.

43. D'altronde "confondere la misurazione con la valutazione condanna alla perdita del senso della misura". Supiot (2010), trad. it. 2011, p. 62.

44. Sull'antropologia *biotech* sottesa a tali posizioni, Rifkin (1998), trad. it. 2000; Sfez (2001), trad. it. 2002; D'Avack, 2017; Palazzani, 2017.

45. Alexandre (2017), trad. it. 2018, cap. IV, p. 75 ss.

46. Asserzione condivisa, pur muovendo da premesse del tutto diverse, da Castelfranchi, Stock, 2000. Sull'affettivo come specifico umano, Heritier, 2013, p. 50 ss.

47. Moro, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in Ruffolo, 2020, p. 58 ss.

che sta simulando. O, meglio, sta eseguendo un programma di cui non coglie il significato perché il suo logos è disincarnato.

Ecco che la perfetta e disincarnata funzionalità della macchina pensante apre uno scorcio sulla potenza della nostra difettività e, dunque, sull'opportunità di aprirsi con fiducia all'idea di una codeterminazione tra l'intelligenza naturale e quella artificiale. D'altronde, è proprio in ragione della sua difettività che l'uomo, nel tempo, ha composto poemi, esplorato terre ignote e, appunto, progettato macchine intelligenti. E ancora: rivendicato diritti, lottato per la giustizia, conferito un significato sempre più inclusivo a parole come libertà, eguaglianza, dignità.

È in ragione della medesima difettività che, nella giurisprudenza, il contributo dell'animale povero di silicio non può mancare, specie se, dialogando con l'intelligenza artificiale, imparerà ad accettare i propri limiti e insieme ad imprimere la giusta direzione alla propria potenza.

6. IL GIURISTA IN DIALOGO CON LE MACCHINE: LA MAIEUTICA DEL NOTAIO IN AMBIENTE DIGITALE

Tutto ciò non significa sottovalutare l'impatto dell'intelligenza artificiale sul futuro delle professioni giuridiche. Sotto questo profilo Richard Susskind non ha torto: per alcune attività, le funzioni cognitive e decisionali degli operatori del diritto sono fungibili da macchine pensanti, tanto più se addestrate ad imparare⁴⁸. Ma il punto è che non tutte le attività sono fungibili e, soprattutto, che quelle delegabili ad un programma sono strettamente intrecciate a quelle nelle quali è richiesto, proprio perché 'difettivo', il contributo umano.

E questo vale finanche per le tradizionali professioni della giurisprudenza, che nel mondo di ieri incarnavano la figura del giurista per eccellenza.

Si pensi ai notai, della cui attività, in un contesto sempre più abitato da macchine intelligenti, sarebbe sin troppo facile profetizzare l'inessenzialità, muovendo dall'ingannevole assunto secondo cui, se si tratta di documentare, la macchina può farlo in modo più sicuro ed economico. Un assunto ingannevole perché, come già insegnava Carnelutti, il notaio non è solo documentatore, ma anzitutto interprete: ascolta le richieste delle parti, valuta le figure in cui il richiesto assetto di interessi può essere formalizzato, formula consigli, esprime giudizi⁴⁹.

Quanti esercitano la professione notarile possono testimoniare che le parti, quando si presentano al loro cospetto, talora non si sono determinate a compiere un determinato atto. E dunque non vi è in capo ad esse, una infor-

48. Romeo, 2002, p. 33 ss.

49. Palazzo, 2017; Pastore, 2019. Sulla funzione di consulenza del notaio, ad esempio Cass. civ., 16 dicembre 2014, n. 26369; Cass. civ., 15 giugno 1999, n. 5946.

mata volontà che un'intelligenza artificiale possa limitarsi a documentare e a tradurre nella stipula di un atto. Di qui la domanda: è in grado, un software, di attivare e guidare il processo maieutico di chiarificazione della volontà delle parti, finalizzato all'individuazione del modello più idoneo a dar forma all'affare che esse intendono compiere?

Ad assumere rilievo, al fine di vagliare l'ipotesi di un'integrale fungibilità del notaio con macchine intelligenti, non è solo la capacità del notaio di svolgere, nel dialogo, un'azione maieutica, ma la stessa sua attitudine al ragionamento pratico. Il vero è che una macchina in cui venissero inserite le disposizioni, i precedenti, i modelli tipici e atipici della prassi, e che venisse persino addestrata ad osservare e imitare l'attività del notaio, proprio in ragione della sua potenza disincarnata non riuscirebbe a simulare quelle arti 'difettive' dell'interpretazione, del consiglio e dell'invenzione, che fanno, di questa professione, un'arte.

La consapevolezza che l'umana difettività è irrinunciabile, d'altronde, è la premessa per aprirsi senza timore, anche in relazione alla professione notarile, ad una reciproca contaminazione tra l'uomo e l'intelligenza artificiale. Una contaminazione nella quale le prestazioni cognitive del notaio possono essere potenziate e al contempo sorvegliate dalla capacità della macchina, da un lato di raccogliere e processare dati e di prospettare soluzioni, dall'altro di monitorare il percorso seguito dal notaio in vista della redazione dell'atto, per segnalarne lacune, incongruenze, contrasti rispetto ad atti vergati in casi simili ecc. Di qui, se è consentita l'espressione, un vero e proprio dialogo tra il professionista e la macchina, che tanto più riuscirà, e sarà professionalmente proficuo, quanto più l'uomo saprà attivare una fusione con l'orizzonte della macchina pensante⁵⁰.

L'atto notarile compiuto in ambiente digitale, in tal senso, non sarà né solo del notaio né solo della macchina. Certo, l'ultima parola potrà continuare ad essere quella del notaio – che controlla l'intero procedimento, ne valuta il risultato e le conseguenze, assumendone la responsabilità – ma ad una condizione: che egli si accinga a pronunciarla, dunque ad imprimere il sigillo sull'atto, solo dopo essersi messo davvero in ascolto del linguaggio delle macchine.

7. IN DIALOGO CON LE MACCHINE: IL GIUDICE VERSO UNA GIUSTIZIA AUMENTATA

L'ombra dell'intelligenza artificiale incombe, oggi, ancor più minacciosa sull'attività del magistrato. Ciò non a caso: nell'età dell'incertezza, l'idea di una

50. Tanto più che il processo computazionale "rivela (o nasconde) significati strani, imprevedibili o controintuitivi, oltre a un grado di efficacia e di intenzionalità capace di modificare i principi della scienza o il modo stesso in cui vediamo il mondo". Zellini, 2010, p. 365.

decisione robotica assume una funzione rassicurante, promettendo celerità della sentenza e prevedibilità – se non certezza *ex ante* – del suo contenuto.

Ma la fuga dall'incertezza, così come dall'umana difettività, è illusoria⁵¹. La scoperta della complessità ha messo in crisi la fiducia delle stesse *hard sciences* di poter guadagnare certezze: prevedere non è più anticipare un futuro che deve necessariamente accadere, bensì identificare lo spazio delle alternative compatibili con lo stato e il divenire dei fenomeni. La previsione diviene razionalizzazione dell'incertezza.

Nel consorzio sociale, d'altronde, un contributo al governo dell'incertezza è richiesto proprio al giudice. Un'opera che sembrerebbe titanica, ma nella quale un aiuto prezioso può essergli fornito proprio dall'intelligenza artificiale. Ciò a diversi livelli.

Il primo è quello della giustizia predittiva, utilissima a fini conoscitivi, non solo per le parti coinvolte nella controversia ed i legali che vogliano ponderare le *chance* di successo di un'azione. La giustizia predittiva, però, rivolge sempre lo sguardo al passato e ben può indurre il giudicante a ripeterlo, con tutto il bagaglio di errori e pregiudizi che rischiano di essere tramandati.

Il secondo livello è quello di una giustizia tecnologicamente assistita, in cui la macchina offra un sostegno al giudicante, senza ambire a sostituirlo⁵². Si pensi, ad esempio, all'intelligenza artificiale che prospetti al giudice una decisione per casi seriali o comunque di estrema semplicità o che suggerisca un modello di motivazione pertinente al caso (fatto salvo, naturalmente, un controllo da parte del giudicante sull'accettabilità della decisione finale e sulla motivazione proposta dalla macchina⁵³). Come già per la contaminazione tra macchine intelligenti e notariato, una funzione di controllo l'intelligenza artificiale può svolgere, sia in rito che nel merito, anche sul magistrato che sta decidendo un caso: segnalando vincoli logici e/o procedurali da rispettare, avvertendo dell'esistenza di precedenti in senso contrario⁵⁴, aiutandolo a liberarsi dai "paraocchi della mente"⁵⁵. Vincoli che – ad evitare che il giudicante finisca comunque soggiogato dalla macchina intelligente – dovrebbero poter essere forzati, con adeguata motivazione.

51. Benedetti, 2020, p. 137 ss.

52. Emblematica, in tal senso, la sentenza della Corte Suprema del Wisconsin che decise il caso *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis* il 13 luglio 2016, fissando limiti precisi all'utilizzo del software *Compas* in sede di quantificazione della pena.

53. Sui limiti della capacità motivazionale dell'algoritmo, v. Novelli, 2020, p. 146.

54. "L'alternativa al processo decisionale automatizzato non sono le decisioni perfette ma le decisioni umane con tutti i loro difetti e le loro imperfezioni. (...) La sfida per il futuro è trovare le migliori combinazioni tra intelligenza umana e artificiale". Sartor, Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in Ruffolo, 2020, p. 81.

55. Forza, Menegon, Rumiati, 2017, p. 141 ss.

Vi è, infine, un terzo livello, che va al di là tanto di una giustizia predittiva quanto di una giustizia assistita, in direzione di un modello di giustizia aumentata, in cui la macchina costituisca un supporto affinché il giudicante possa, da un lato orientarsi nel labirinto di un ordinamento multilivello, dall'altro garantire la più piena, efficace e meglio motivata tutela dei diritti.

Pensiamo ai nostri ordinamenti costituzionali, in cui il giudice contribuisce alla concretizzazione e all'armonizzazione tra diritti fondamentali scritti secondo una sintassi inclusiva⁵⁶. Ecco che, se nel mondo di ieri la ricerca della regola da applicare era ritenuta, almeno dalla dottrina tradizionale, tendenzialmente ap problematica, oggi non solo la regola va trovata, ma va spesso creata, orientandosi in un labirinto di disposizioni non sempre coerenti, provenienti da fonti diverse se non addirittura prive di una fonte⁵⁷, di orientamenti giurisprudenziali distribuiti nel dialogo tra le corti⁵⁸, un dialogo che spesso si fa dialettica, considerata l'altalena tra rivendicazioni di primati e opposizione di controlimiti.

È forse proprio questo il contributo "alto" che l'intelligenza artificiale può offrire al giudicante: non solo aiutarlo a decidere casi seriali o a discrezionalità ridotta; bensì supportarlo nel delineare lo scenario, se non addirittura l'ambiente digitale in cui prende forma la decisione. In un tale ambiente, ad esempio, l'intelligenza artificiale potrebbe evidenziare i significati delle disposizioni rilevanti nel caso, come declinati da Tribunali e Corti di giustizia, nonché i diritti e principi in gioco; potrebbe altresì operare alcune simulazioni di interazione tra tali componenti, al limite prospettando delle ipotesi di soluzione del caso; tutto ciò beninteso, mai sostituendo il giudice, anzi, nel pieno rispetto della "Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari"⁵⁹, mettendolo in condizione di assumere in prima persona la decisione in un ambiente informato e, se del caso, di introdurre nuove tutele rispetto alla giurisprudenza consolidata.

In tal modo, in piena coerenza con la vocazione profonda di un umanesimo digitale, l'intelligenza artificiale potrebbe sia potenziare l'apertura dell'ordinamento giuridico al nuovo, sia costituire l'alter ego di una piena consapevolezza ermeneutica del giudice-interprete, offrendogli gli strumenti per esibire eventuali ragioni di discontinuità rispetto all'orientamento dominante nello scenario che l'ambiente digitale gli rappresenta.

56. Grossi, 2017, p. 114 ss.

57. Andronico, 2012, p. 12 ss.

58. Zaccaria, 2007, p. 36 ss. Pastore, 2014, p. 30 ss.

59. Nonché di alcuni tra i documenti più significativi in tema di etica e intelligenza artificiale, come la Dichiarazione sull'Intelligenza Artificiale, Robotica e Sistemi Autonomi predisposta dal Gruppo Europeo sull'Etica nella Scienza e Nuove Tecnologie (EGE) del 12 marzo 2018 o il "Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia" pubblicato dalla Commissione europea il 19 febbraio 2020.

Lungi dal resuscitare il sogno leibniziano di una certezza declinata in senso matematico, dunque, l'intelligenza artificiale può mettere il giudice in condizione di misurare le potenziali dinamiche del sistema e così, di assumere la piena responsabilità di una decisione intesa a garantire una tutela dei diritti sempre più piena e inclusiva.

E chissà che, acquisendo familiarità nel dialogo con macchine perfette e disincarnate, l'uomo difettivo non prenda finalmente sul serio l'invito dell'oracolo di Delfi: "diventa ciò che sei".

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Agamben, G. (2003). *Stato di eccezione*. Bollati Boringhieri.
- Alexandre, L. (2018). *La guerra delle intelligenze. Intelligenza artificiale contro intelligenza umana* (trad. it. M. Nappi). Edt.
- Andronico, A. (2002). *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*. Giuffrè.
- Andronico, A. (2012). *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*. Giappichelli.
- Benedetti, G. (2020). *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*. Giappichelli.
- Berns, Th., Rouvroy, A. (2013). Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation? *Réseaux*, 1, 163-196.
- Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Giappichelli.
- Boella, L. (2008). *Neuroetica. La morale prima della morale*. Cortina.
- Canale, D. (2017). *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*. Laterza.
- Capograssi, G. (1959). *Opere*. Giuffrè.
- Cardon, D. (2015). *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure des big data*. Seuil.
- Carleo, A. cur. (2019). *Decisione robotica*. Il Mulino.
- Castelfranchi, Y., Stock, O. (2000). *Macchine come noi. La scommessa dell'intelligenza artificiale*. Laterza.
- Changeux J.-P., Ricoeur, P. (1999). *La natura e la regola* (trad. it. M. Basile). Bollati Boringhieri.
- Cotta, S. (1968). *La sfida tecnologica*. Il Mulino.
- D'Avack, L. (2017). *Il dominio delle tecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*. Giappichelli.
- De Kerckhove, D. (2011). L'inconscio digitale. In *Il sapere digitale. Pensiero ipertestuale e conoscenza connettiva*. Liguori.
- Farano, A. (2018). *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*. Cacucci.
- Floridi, L. (2009). *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*. Giappichelli.
- Forza, A., Menegon, G., Rumiati, R. (2017). *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*. Il Mulino.
- Frosini, V. (1986). *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'età planetaria*. Spirali.
- Galimberti, U. (2002). *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*. Feltrinelli.

- Garapon, A., Lassègue, J. (2018). *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*. Presses Universitaires de France.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Laterza.
- Heidegger, M. (1987). *Ormai solo un dio ci può salvare. Intervista con lo 'Spiegel'* (trad. it. a cura di A. Marini). Guanda.
- Heidegger, M. (1990). *In cammino verso il linguaggio* (trad. it. a cura di A. Caracciolo). Mursia.
- Heritier, P. (2013). *Affectio iuris*. Dalla 'svolta linguistica' alla 'svolta affettiva'. *Teoria e critica della regolazione sociale*, 7, 37-62.
- Hobsbawm E.J. (1995). *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi* (trad. it. B. Lotti). Rizzoli.
- Irti, N. (2007). *Il diritto nell'età della tecnica*. Editoriale Scientifica.
- Irti, N. (2019). Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica). In A. Carleo (cur.), *Decisione robotica*. Il Mulino.
- Kelsen, H. (1934). *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it. R. Treves). Einaudi.
- Kelsen, H. (1952). *Teoria generale del diritto e dello stato* (trad. it. G. Treves, S. Cotta). Edizioni di Comunità.
- Kurzweil, R. (2008). *La singolarità è vicina* (trad. it. V.B. Sala). Maggioli.
- Laurini, G. (2020). Quale notaio per il futuro? *Notariato*, 3.
- Magatti, M. (2018). *Oltre l'infinito. Storia della potenza dal sacro alla tecnica*. Feltrinelli.
- Masullo, A. cur. (1984). *Difettività e fondamento*. Mursia.
- Montani, P. (2014). *Tecnologie della sensibilità. Estetica e immaginazione interattiva*. Cortina.
- Mottini, G.E. (1945). *Mitologia greca e romana*. Mondadori.
- Nancy, J.-L. (2001). *Essere singolare plurale* (trad. it. D. Tarizzo). Einaudi.
- Novelli, C. (2020). La giustizia all'epoca della sua riproducibilità tecnica. Gli algoritmi predittivi e il processo. In M. Taroni, M. Ubertone, *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*. Giappichelli.
- Pajno, A. (2020). Intelligenza artificiale e sistemi di tutela giurisdizionale. *Astrid-online.it*, Rassegna 3.
- Palazzani, L. (2017). *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*. Giappichelli.
- Palazzo, M. (2017). *La funzione del notaio al tempo di internet*. Giuffrè.
- Palombi, F. (2019). *Jacques Lacan*. Carocci.
- Pastore, B. (2014). *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*. Cedam.
- Pastore, B. (2019). Complessità del diritto e autonomia privata. In Fondazione italiana del Notariato, *Autonomia privata e fonti del diritto*. Giuffrè.
- Patroni Griffi, F. (2019). *La decisione robotica e il giudice amministrativo*. In A. Carleo (cur.), *Decisione robotica*. Il Mulino.
- Peccarisi, L. (2008). *Il miraggio del "conosci te stesso". Coscienza, linguaggio e arbitrio*. Armando.
- Piovani, P. (2010). *Oggettivazione etica e assenzialismo*. Morcelliana.
- Ricoeur, P. (1966). *Della interpretazione. Saggio su Freud* (trad. it. E. Renzi). Il Saggiatore.
- Rifkin, J. (2000). *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era* (trad. it. L. Lupica). Baldini & Castoldi.

- Romano, B. (2018). *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*. Giappichelli.
- Romeo, F. (2002). *Il diritto artificiale*. Giappichelli.
- Rouvroy, A. (2011). Technology, Virtuality and Utopia: Governmentality in an Age of Autonomic Computing. In *Law, Human Agency and Autonomic Computing: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*. Routledge.
- Rouvroy, A., Stiegler, B. (2016). Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto. *La Deleuziana*, 3.
- Ruffolo, U., cur. (2020). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*. Giuffrè.
- Sadin, É. (2019). *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità* (trad. it. F. Bononi). Luiss University Press.
- Sfez, L. (2002). *Il sogno biotecnologico* (trad. it. a cura di G. Celli). Paravia-Bruno Mondadori.
- Stiegler, B. (2015). *La société automatique. I. L'avenir du travail*. Fayard.
- Supiot, A. (2011). *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*. Et.al/edizioni.
- Susskind, R. (2013-2017). *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future*. Oxford University Press.
- Vettori, G. (2020). *Effettività tra legge e diritto*. Giuffrè.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione*. Laterza.
- Wiener, R. (1966). *Introduzione alla cibernetica* (trad. it. D. Persiani). Bollati Boringhieri.
- Zaccaria, G. (1976). *Esperienza giuridica, dialettica e storia. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*. Cedam.
- Zaccaria, G. (2007). *La giurisprudenza come fonte del diritto*. Editoriale Scientifica.
- Zellini, P. (2010). *Numero e Logos*. Adelphi.
- Zuboff, S. (2019). *Il capitalismo della sorveglianza: Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (trad. it. P. Bassotti). Luiss University Press.