

Diritto e tecnica nell'era digitale. Appunti per una riflessione di diritto antidiscriminatorio

Report di sintesi a margine del *Second ELaN PhD Seminar* con Serena Vantin

11.03.2022

Le nuove tecnologie, con caratteristiche sempre più strutturate, hanno portato alla creazione di una *lex informatica* che sfida l'ordine monistico fondato su un ordinamento normativo unico, ovvero sul diritto statuale-legislativo (come lo definisce Norberto Bobbio) come la sola fonte per la regolamentazione del comportamento sociale, costruendo, inoltre, un nuovo concetto di normatività. La tecnica, chiaramente, produce effetti anche sul diritto, in quanto, sovente, gli interpreti lo plasmano e lo modificano con riferimento ad essa. Alla base, vi è un tipo di razionalità di matrice economica, come sinonimo di imparzialità, di certezza o di merito.

Secondo recenti studi di teoria critica dei dati, questo affidamento alla logica del calcolo sta generando una forma *algocrazia* che sfugge a uno stretto controllo, nonostante gli algoritmi sembrino *prima facie* affidabili parametri di valutazione. In effetti, la formalizzazione e la modellizzazione hanno permeato anche i nuclei essenziali della giuridicità, come ad esempio le decisioni giudiziarie, dando vita a una sorta di diritto computabile, a cui recenti e numerosi studi si dedicano. Già in un saggio del 1969, Mario G. Losano affermava che il problema della algoritmizzazione del diritto porti inevitabilmente alla semplificazione della realtà giuridica, selezionando soltanto suoi determinati aspetti rilevanti. Losano parte proprio dalla domanda giusfilosofica fondamentale, ovvero cosa *sia* il diritto. Nel suo lavoro "Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto", egli affermava che il diritto è un processo logico che presenta un 'fiuto giuridico', caratteristica che rende l'approccio computazionale applicabile ad esso solo entro certi limiti.

La tecno-regolazione, infatti, non appare sufficiente là dove vi siano scelte prettamente politiche da effettuare, nonché qualora siano coinvolti valori e mezzi afferenti a decisioni "complesse", relativi anche alla sfera giudiziaria, in cui vi siano da contemperare libertà individuali e diritti soggettivi, oppure in cui si richiami la terzietà per via delle caratteristiche polisenso delle parole, o si richieda il "senso comune", l'*id quod plerumque accidit* derivante dall'esperienza umana. Ogni volta, quindi, in cui l'interpretazione o l'applicazione delle norme risulti a vario titolo complessa, questo approccio sconta dei limiti. Diverso è il caso degli atti reiterativi, tipici del rito, replicabili in base a standard, o in presenza di fattispecie "seriali", o ancora nei casi in cui l'elemento numerico sia determinante per la pronuncia. Si pensi, in aggiunta, a funzioni di spoglio o di stralcio. Al riguardo, Mariarosaria Novelli cita a titolo esemplificativo l'ambito dell'infortunistica stradale, le opposizioni alle liquidazioni degli onorari per gratuito patrocinio, le ingiunzioni di pagamento *et similia*. Proprio le analisi critiche avverso una forma di algocrazia ammoniscono su come andrebbe evitata la cristallizzazione delle decisioni basate esclusivamente su algoritmi, poiché essa potrebbe inibire, da ultimo, l'evoluzione della stessa giurisprudenza.

Altri recenti studi hanno proposto l'applicazione della *fair division theory* alla tematica, aprendo alla riflessione su come algoritmi e nuove tecnologie possano portare alla produzione di nuovo tipo di diritto, attraverso algoritmi equitativi che superino i 'conflitti' con una sorta di 'accordo' tra le parti. Ciò consente una

ripartizione in base al diverso valore che ciascun partecipante conferisca ai beni in generale. Per esempio, utilizzare una metodologia che consenta di raggiungere il concetto economico di *Pareto-efficienza*, soluzione finale che non può essere migliorata con una scelta che sia altrettanto buona o migliore per almeno uno dei partecipanti, rispettando al contempo le scelte soggettive e soddisfacendo maggiormente il senso di equità dei partecipanti stessi. Questo approccio esclude, infatti, una scelta valoriale di partenza, privilegiando la giustizia del caso singolo. Gli studi empirici effettuati partendo da questa base teorica hanno confermato, in ogni caso, che una simile prospettiva si presti sicuramente a circostanze in cui siano coinvolti beni materiali, ma svela i propri limiti in situazioni delicate (es. affidamento dei figli in una causa di divorzio). La *fair division theory* applicata al diritto si fa portatrice di innovazioni, per così dire, limitate, ma il suo punto di forza consterebbe proprio nel non imporre una visione autoritativa, valorizzando le plurali prospettive individuali.

La tradizionale differenza tra informatica del diritto e diritto dell'informatica cede il posto, quindi, a una realtà più sfaccettata, anche e soprattutto attraverso l'intelligenza artificiale. I principali impieghi e le funzioni più diffuse concernono la digitalizzazione del diritto, e in particolare l'archiviazione di dati, la telematizzazione dei processi, l'uso di operatori logici e la decisione predittiva su base probabilistica.

Il primo aspetto fa sì che sia possibile utilizzare la tecnica con funzioni di conservazione, consultazione e reperimento, o ricerca divulgativa di informazioni giuridiche, con lo scopo di aumentare la conoscibilità delle leggi, l'accesso alla giustizia, nonché di favorire l'interconnessione tra database. Estremamente utile ciò risulta, ad esempio, per mettere in comunicazione i diversi uffici giudiziari. Il secondo aspetto ha ricevuto un riscontro complessivamente positivo, per ciò che concerne l'esperienza italiana della digitalizzazione del processo, soprattutto quello civile, amministrativo e tributario. Lo snellimento del supporto cartaceo in determinate fasi del procedimento, ad eccezione di alcune fasi in cui prevalga l'oralità, oppure la smaterializzazione dello stesso processo portano a una maggiore efficienza della macchina giudiziaria. La difficoltà più insidiosa riguarda proprio l'impiego della logica booleana applicata alle norme, attraverso un linguaggio binario, che con iniziali aspirazioni verso la "certezza" del diritto, porta poi, in realtà, a procedimenti complessi, a scapito dell'efficacia dello strumento. Per ciò che concerne il quarto aspetto in rilievo, proprio l'affiancamento alla professione di avvocato o di giudice è il tema su cui più si dibatte in ambito gius-filosofico. Vittorio Frosini notava già come un supporto algoritmico, oltre a generare un nuovo feticismo nei confronti delle macchine, potrebbe irrigidire il ragionamento concettuale stesso dei giuristi, limitando la *responsabilità* personale e intaccando al contempo la *libertà* di giudizio. Il giudice, infatti – come, di nuovo, sottolineava Frosini – potrebbe rischiare di essere indebitamente influenzato da un diritto esclusivamente 'automatizzato'. Se per Leibniz l'ambizione ad analizzare tutta la realtà esistente come *calcolabile* aveva un fondamento metafisico, oggi la questione è decisamente più complessa. È nota la sua posizione in "Discussione inaugurale sui casi perplessi in diritto", per cui tutte le questioni possano essere risolte facendo ricorso al 'mero' diritto.

Durante il novecento, inoltre, la possibilità per la matematica di risolvere ogni dubbio è stata definitivamente superata. L'attuale ricerca sullo sviluppo tecnologico generalmente adotta un metodo scientifico, che procede

per tentativi ed *errori*. Ciò, risulta inaccettabile dal punto di vista della norma, soprattutto dal punto di vista della correttezza *morale*. Come suggerisce Tommaso Greco, infatti, nel tecnodiritto il nesso di imputazione di natura kelseniana di fatto viene sostituito dal nesso di causalità, o dal mero nesso di associazione. Quindi il dover essere, il *sollen* tipico della norma, viene fagocitato da un essere ipertrofico, anche mediante un “pasto bulimico” e inaccurato di grandi moli di dati. Queste ultime sono sempre situate sul piano dell’*essere*, facendo sfumare il piano tipicamente normativo del *dover essere*. Marco Cossutta, poi, ha messo in guardia contro l’apoteosi del ragionamento apodittico, che si esplica tramite principi primi inconfutabili da cui dedurre verità espressi in *bit* o in *byte*. Ma la cristallizzazione dei dati non può non fare i conti con delle imprecisioni strutturali e costitutive: rumore, bias, variante, incompletezza, distorsione, incertezza sono alcuni dei termini con cui vengono definite. Queste imprecisioni generano inevitabili discriminazioni dirette e indirette che rafforzano le già presenti discriminazioni strutturali. Il caso più noto è quello del bias, ovvero del modo in cui un modello viene costruito – si pensi al *machine learning* o allo stesso *data set* – rispetto al *come* gli algoritmi vengano “allenati” per produrre risultanze, degli ‘output’. Questo è rilevante perché il contesto di dati e di *training* dell’algoritmo tendenzialmente sarà uno specchio di quei pregiudizi strutturali, radicati e costitutivi della nostra società più ampiamente intesa. Se attribuiamo, cioè, a questi risultati una valenza *prescrittiva* dovrebbe esserci la consapevolezza che quel sistema nasca già viziato da pregiudizi strutturali su cui si continua a fare affidamento per generare ulteriori prescrizioni. Questo produce una funzione che Serena Vantin chiama *veridittiva*, cioè di *validazione* di precedenti pregiudizi, verificati e cristallizzati dalla procedura algoritmica, che li rende quindi nuovamente validi. Ma anche *predittiva*, perché l’affidamento ad essi ha come conseguenza quella di cristallizzare e conservare i nostri stessi pregiudizi che, a loro volta, diventeranno la base per convalidare ulteriori scelte, implementando, sostenendo e avvalorando quei pregiudizi stessi. Inoltre, la modalità classificatoria attraverso cui gli algoritmi producono risultati può rivelarsi altamente sfavorevole verso determinate classi di persone che eventualmente non siano immediatamente ed efficacemente protette dagli strumenti del diritto antidiscriminatorio, dell’Unione in particolare, ovvero verso gruppi che non risultino immediatamente tutelabili agli “occhi” del diritto antidiscriminatorio. Ciò, in quanto vi sono discriminazioni strutturali pervasive – basate sul genere o sull’origine etnica, ad esempio – che producono a loro volta discriminazioni *specifiche*, ammantate da pretesti probabilistici o da semplici errori di archiviazione. Ad esempio, anche l’errore di digitazione che sembrerebbe essere neutrale in realtà non è tale, può non esserlo e può verificarsi più frequentemente per alcune classi o gruppi di persone. Si pensi al caso delle donne che sposandosi cambiano cognome e si immagini una ricerca online, considerando la frequenza degli errori relativi a cognomi già difficili da digitare correttamente, che poi sono anche soggetti a cambiamento. Così anche i pregiudizi statistici, di alta predittibilità del modello, o i giudizi per connessione: in modo paradigmatico, le donne e la loro rappresentazione sul web. Una simile ricerca pone un problema sia in termini quantitativi (le donne sono meno rappresentate), ma anche qualitativi (come le donne vengano raffigurate).

In simile contesto, si può anche riscontrare un’opacità di fondo. Il *data mining* equivale in realtà a “torturare i dati finché non confessano”. Inoltre, non sempre risulta agevole ricostruire l’iter logico di produzione degli output, non sempre l’algoritmo, cioè, è in grado di spiegare il risultato che esso stesso genera. In altri casi, è

possibile indurlo a dare una spiegazione logica comprensibile, ma *a posteriori* e che non necessariamente coincide con il percorso che l'algoritmo aveva seguito in prima battuta. In questo scenario, già nel 1948, il padre fondatore della cibernetica, Norbert Wiener, aveva ritenuto fondamentale affiancare allo sviluppo delle tecnologie, i cc.dd. "grandi principi di giustizia": le tecnologie, quindi, devono essere guidate *eticamente*, attraverso i principi di libertà, di uguaglianza, di benevolenza verso il prossimo. Il modello europeo oggi ha cercato di raccogliere questa esigenza, almeno per ciò che concerne l'AI. Negli orientamenti etici per una AI affidabile si fa riferimento a *non discriminazione* ed *equità*, in linea anche con quanto stabilito dalla Commissione europea in merito alla creazione di una "fiducia" verso una AI antropocentrica. Può citarsi, ancora, la Carta etica europea sull'utilizzo dell'AI per l'efficienza della giustizia, principio riaffermato anche dal Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale. Da ultimo, si richiama anche la proposta di regolamento della Commissione europea del 2021 che auspica un approccio europeo integrato alle implicazioni etiche dell'intelligenza artificiale, prevedendo regole dedicate. Esso si basa sul *rischio* di violazione dei diritti fondamentali implicati nell'uso dell'AI e sul principio di non discriminazione, differenziando alla luce di esso, gli usi e le funzioni delle tecnologie considerati *inaccettabili* – e quindi vietate – da quelli che producono un rischio "alto", "basso" o "minimo", sottoposti rispettivamente a un diverso regime di regolazione. In aggiunta, viene assicurata la coerenza con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con il dritto derivato dell'Unione, soprattutto in materia di gestione dei dati, tutela dei consumatori, ma anche di non discriminazione e parità di genere. Nella proposta di regolamento, l'intero fattore di rischio è costruito sulla capacità che i sistemi di AI presentano di violare i diritti fondamentali, diventando essa il criterio dirimente che può anche giustificare il divieto della commercializzazione, produzione e sviluppo di alcune funzioni o servizi di AI che si rivelerebbero, altrimenti e potenzialmente, troppo nocivi. Ed è considerata promettente la via dell'incorporazione *by design* e *soft law* e *soft ethics* diventano parti integrate di una precisa strategia normativa. È innegabile, d'altro canto, che il ricorso sempre più massiccio alla tecnoregolazione e alla digitalizzazione del diritto stia producendo un effetto trasformativo che investe la cultura giuridica e i suoi concetti fondamentali. Del resto già Martin Heidegger rilevava come l'essenza stessa della tecnica non sia, in fondo, qualcosa di 'tecnico'. Bisognerebbe, allora, riflettere su strumenti che siano conformi alla legge *by design*, oppure che siano in grado di produrre delle forme di co-regolazione, adattabili e modulabili attraverso la *soft law and soft ethics*. Particolarmente rilevanti sono i rischi prodotti in termini di discriminazione dall'AI, in base alle loro strutturali capacità di funzionamento. Sorprende che il diritto sia ancora così restio ad accettare queste dinamiche e quindi a proporre delle soluzioni, magari all'interno di un quadro che fornisca delle coordinate e dei principi generali, che poi rimandino a specifici soggetti la *responsabilità* di applicare quelle stesse disposizioni nelle situazioni concrete. Forse è giunto il momento che l'attività complessa di regolazione dell'AI si ponga *fino in fondo* il problema delle discriminazioni. Ma, d'altro canto, questa può rappresentare un'occasione preziosa anche per lo stesso diritto antidiscriminatorio, al fine di mettere in discussione alcune caratteristiche dell'impianto ad oggi formulato. Proprio le tecnologie e il loro modo di funzionare potrebbero, infatti, mostrare elementi che lo stesso diritto antidiscriminatorio può aver indebitamente trascurato.

Giovanna Spanò