

CERTEZZA E INCERTEZZA DELLE REGOLE

Un dialogo interdisciplinare

a cura di
Antonio Banfi



Certezza e incertezza delle regole

Un dialogo interdisciplinare

a cura di
Antonio Banfi

Bologna
University Press

Pubblicazione realizzata con il contributo MUR nell'ambito del bando PRIN 2017 - progetto cod. 20177PXSMA dal titolo *La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna* - CUP F54I19000960001 - Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Fondazione Bologna University Press
via Saragozza 10 – 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882

info@buponline.com
www.buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISBN: 979-12-5477-581-3
ISBN online: 979-12-5477-582-0
DOI: 10.30682/9791254775820

In copertina: Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, part., 1338-1339, Sala della Pace, Palazzo Pubblico, Siena

Impaginazione: DoppioClickArt (Bologna)

Prima edizione: febbraio 2025

SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| <i>Premessa</i> | V |
| Introduzione <i>Aurelio Gentili</i> | 1 |
| Il problema della certezza del diritto in età greca ed ellenistica. L'originalità del pensiero di Epicuro <i>Antonio Banfi</i> | 17 |
| La regola si fa certa: la determinazione pecuniaria nelle logiche del processo formulare romano <i>Tommaso dalla Massara</i> | 35 |
| Incertezza del diritto e ruolo del giurista <i>Riccardo Cardilli</i> | 59 |
| Il <i>Corpus Iuris Civilis</i> come libro-dispositivo. Una ipotesi di lettura e di confronto <i>Paolo Cesaretti</i> | 83 |
| Dal mondo del pressappoco all'universo del certo: la 'rivoluzione' irneriana <i>Luca Loschiavo</i> | 107 |
| <i>Fides</i> , sicurezza, certezza: un percorso fra Antico Regime e scienza di polizia <i>Daniele Edigati</i> | 135 |
| La certezza del diritto nell'era degli algoritmi <i>Pieremilio Sammarco</i> | 167 |

| | |
|--|-----|
| La intrinseca incertezza della ‘certezza del diritto’ <i>Vincenzo Zeno-Zencovich</i> | 179 |
| Certezza del diritto e ‘regimi processuali’ <i>Roberto Pucella</i> | 185 |
| La certezza del diritto nell’ordinamento canonico tra straordinaria plasticità e rischio di abusi: considerazioni alla luce delle recenti evoluzioni della normativa ecclesiale <i>Geraldina Boni</i> | 209 |
| Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni <i>Giorgio Spangher</i> | 267 |
| Il mito della certezza come mito <i>Massimo Luciani</i> | 275 |
| La certezza delle regole nel diritto commerciale <i>Enrico Ginevra</i> | 283 |

LA CERTEZZA DEL DIRITTO NELL'ERA DEGLI ALGORITMI

Pieremilio Sammarco
Università degli Studi di Bergamo

I. LA CERTEZZA NEL DIRITTO TECNOLOGICO

Nell'età romana il diritto era sinonimo di certezza e stabilità; con il brocardo cicero-niano *omnia sunt incerta, cum a iure discesseris*, si faceva riferimento al diritto come punto fermo nella società civile e il discostarsi da esso significava affidarsi alla mutevolezza che equivale all'incertezza.

La certezza del diritto si traduce sia nell'esigenza per un membro di una collettività di conoscere appieno le norme presenti nell'ordinamento cui appartiene e che ha l'obbligo di osservare, così da poter poi consapevolmente indirizzare la propria condotta e sia nella pretesa che, in caso di deviazione dal precetto normativo, vi sia una risposta da parte del sistema ordinamentale che sia indubbia e coerente. Sono i due aspetti che compongono il diritto certo e ciascuno di essi è intimamente connesso all'altro e rispondono entrambi ad un bisogno collettivo¹.

Ma questa concezione del diritto come garante della certezza è ancora valida in una società contemporanea caratterizzata da una incontenibile e aumentata complessità?

In un mondo contemporaneo dominato dalla precarietà e caducità delle cose, in cui tutto scorre incessantemente e il tempo deforma i contorni di ogni entità, il diritto mantiene la sua naturale aspirazione a farsi presidio di certezza. Ma in un contesto sociale ed economico dominato dalle nuove tecnologie, segnatamente dall'informatica e dalla digitalizzazione di ogni aspetto della vita, anche il diritto odierno subisce delle trasformazioni per conformarsi necessariamente alla nuova realtà tecnologica.

La metamorfosi è riscontrabile in tutti i formanti del diritto: a partire da quello primario, il formante legislativo, che subisce le incontenibili forze tecnologiche saldate a quelle economiche che producono incessanti modelli di regolazione in cui

¹ Nella letteratura giuridica, sul tema della certezza del diritto, sono numerosi i contributi della dottrina; senza pretesa di completezza, LOPEZ DE OÑATE 1942; CARNELUTTI, 1943 e 1950; BOBBIO 1951; LONGO 1958; CORSALE 1988; GIANFORMAGGIO 1988; ALPA 2006; GROSSI 2014.

la regola astratta e il linguaggio puro del diritto perdono terreno per accogliere fattispecie dominate dalla moderna specificità settoriale. In un siffatto contesto, come è stato definito, di disagio per il giurista, «costretto a disimparare vecchi nomi e concetti per apprenderne in fretta di nuovi [...] per avere a che fare con cose in perenne movimento e nemmeno ben definite per via della complessità stessa dei fenomeni e processi cui si riferiscono»², la spinta dell'innovazione tecnologica contribuisce in buona parte non solo a disgregare il modello di normazione basato essenzialmente sul monopolio statale della legge, ma anche ad accelerare ed accrescere il processo 'multilivello' di produzione normativa, soprattutto con riferimento alla regolamentazione di quei settori in cui la tecnica assume un ruolo preponderante ed è soggetta a mutazioni ed evoluzioni continue.

Le nuove tecnologie informatiche e telematiche hanno prodotto un micro-sistema, dotato di una propria unità ed autonomia logica, in cui viene incessantemente travasato nel linguaggio giuridico un numero indefinito di locuzioni di natura tecnica o gergale. Emergono con forza, sia nel lessico del legislatore che in quello degli operatori del diritto, locuzioni e neologismi principalmente di marca anglosassone che riflettono le soluzioni tecniche proprie della materia regolata. In particolare, il linguaggio tecnico, dotato di una sua propria logica ed una sua semantica, si integra – in qualche caso fino a plasmarli – con i linguaggi giuridici della tradizione. La lingua del settore tecnologico di riferimento penetra nel linguaggio giuridico portando con sé i suoi termini tecnici ed i suoi neologismi. E, dopo questo primo passaggio, i codici linguistici propri del settore tecnico in questione irrompono nella terminologia adottata dal legislatore che li contempla per descrivere le soluzioni tecnologiche, i beni o le operazioni su di essi.

In questo modo, attraverso la spinta delle nuove tecnologie informatiche, si produce una uniformità lessicale planetaria che rimane intatta in ogni contesto territoriale in cui è richiamata. In qualunque spazio giuridico nazionale, nell'individuazione di una soluzione tecnica o di un bene proprio dell'economia digitale, si fa ricorso al medesimo neologismo, il quale non muta il suo carattere semantico, neanche se trasferito in un contesto giuridico territorialmente diverso.

Questo processo di innovazione tecnologica che attraversa anche il diritto produce come risultato una riduzione dei margini di incertezza interpretativa, laddove anche negli ordinamenti giuridici nazionali diversi, i principi e le regole di questo micro-ordinamento dotato di una sua ormai connotata autonomia, sono sostanzialmente i medesimi, come la giurisprudenza delle corti evidenzia. Questa uguaglianza non riguarda solamente le fonti normative, i singoli beni o le soluzioni tecniche e le loro interpretazioni, ma si riscontra anche negli schemi negoziali o nelle operazioni

² IRTI 1979. Il fenomeno della decodificazione, così come l'aveva tracciato l'Autore nei suoi scritti, ha assunto ora una dimensione più ampia e considerevole e abbraccia tutte le aree del diritto che sono costantemente oggetto di innovazioni e modifiche legislative che progressivamente ne minano i loro tradizionali principi, ne cambiano le sembianze ed i destinatari a secondo dell'appartenenza a specifici gruppi o a definite categorie di interessi.

contrattuali che hanno ad oggetto tali beni o che prevedono l'erogazione di servizi a contenuto tecnologico. Ugualmente per la previsione e la sanzione di fattispecie illecite realizzate per mezzo della tecnica, che è il solo strumento attraverso il quale la condotta si può attuare.

In questo passaggio, il legislatore, sempre più contaminato da queste nomenclature tecniche, nella sua produzione normativa, perde il suo connotato di astrattezza e generalità, frutto di soluzioni linguistiche ampie e ricercate, per scendere di livello ed abbracciare la specificità propria della realtà materiale e del singolo caso concreto. Oramai, la legislazione speciale, in modo particolare quella che regola fattispecie proprie di un settore economico in cui la tecnologia esercita un ruolo essenziale e dominante, tende a regolare il fenomeno nei suoi aspetti più minuziosi e circostanziati, rinunciando all'intento di introdurre principi generali e di regolare casi più ampi.

In questo modo, però, il legislatore, scegliendo una formulazione non generale, aumenterà la sua già spiccata tendenza a far continuamente ricorso ad ulteriori interventi legislativi speciali per regolamentare i sopraggiunti casi analoghi a quello specificamente previsto dalla normativa precedente, alimentando quel criticato fenomeno della iperproduzione normativa.

In quest'ottica, si può constatare un indebolimento del diritto, una *weak law*, contaminata e dunque per questo indebolita, questa volta non da culture giuridiche diverse o da formulazioni incerte, ma dalla forza della tecnica³.

E il risultato che si ottiene è un diritto diverso, meno astratto e dogmatico e più ancorato al mero dato tecnico e, per coloro che conoscono l'aspetto tecnologico, più semplice nell'interpretazione.

2. IL DIRITTO DELLA DATASFERA

Il progresso tecnologico ha prodotto un nuovo ecosistema giuridico chiamato data-sfera fatto di miliardi di miliardi di dati prodotti dalla collettività. In questa entità affluiscono senza sosta e in ogni istante milioni di dati mediante flussi non governabili⁴. Nello specifico, i dati vengono immessi attraverso tre modalità:

- a) forniti volontariamente da un utente del servizio;
- b) acquisiti automaticamente dalle attività poste in essere dagli utenti o dalle apparecchiature informatiche;
- c) acquisiti automaticamente attraverso l'elaborazione, la trasformazione e l'aggregazione delle due tipologie di modalità di acquisizione precedentemente esposte.

Inoltre, la digitalizzazione del mondo reale con i suoi oggetti ne ha prodotto una sua duplicazione, tradotto in dati, che possono essere utilizzati da qualsiasi luogo ed in qualsiasi momento. Si sostiene che gli oggetti, una volta datificati, abbiano

³ Sia consentito il rimando a SAMMARCO 2008.

⁴ Sul tema, cfr. ZENO-ZENCOVICH 2018a e 2020.

una seconda vita, quella dello spazio fisico e quella dello spazio digitale in costante comunicazione tra loro⁵.

Anche l'essere umano, oltre ad essere una persona fisica in carne ed ossa, viene rappresentato o identificato in milioni di dati che lo contraddistinguono, che sono attinenti alla sua storia personale, alle sue scelte, alle sue abitudini e stile di vita. E durante il suo ciclo di vita produce incessantemente altri dati che aumentano esponenzialmente in base alle continue ed inevitabili relazioni o interazioni che sviluppa con altri individui. Se poi aggiungiamo a questo enorme volume di dati, quelli prodotti dall'Internet delle cose, il fenomeno acquista una dimensione ancora maggiore forse incalcolabile dalla mente umana.

E a chi appartengono questi dati? alle persone che li hanno generati, al proprietario del bene che li produce? A chi li raccoglie e li organizza? Vi è una fondata incertezza che genera delle dispute che non trovano una soluzione interpretativa univoca o certa.

Di certo c'è solo la consapevolezza che si tratta di forme di appartenenza lontane dalla tradizione romanistica di proprietà quale diritto assoluto, per avvicinarsi, alla stregua della categoria dei beni immateriali, al diritto della *common law*, che contempla titolarità di diritti e facoltà con specifici limiti e rimedi⁶.

Ma non trovando riconoscimento quali beni giuridici tipici e dunque dotati di una specifica regolazione che ne accordi protezione, possono ricevere tutela solo indirettamente attraverso la disciplina della concorrenza sleale, dei segreti d'impresa, delle clausole negoziali, della responsabilità civile, del patrimonio aziendale⁷.

Ma siamo certi che questa mole di dati possa essere oggetto di concreta protezione, che si traduce nella non rivalità (cioè che più soggetti non possano contemporaneamente farne uso) e quindi che vi sia uno *ius excludendi alios* in termini di assolutezza?

La pretesa appropriativa in esclusiva appare, per le dimensioni della massa dei dati raccolta, comunque illusoria e questo anche perché la loro circolazione e duplicazione è estremamente facile da realizzare e senza particolari oneri. Si pensi alle attività automatizzate di raccolta di dati sulla rete (*web scraping* o *data mining*) che, benché contrarie ai termini di uso di natura negoziale, sono sostanzialmente impossibili da impedire⁸.

Dunque, non essendo una risorsa scarsa, il valore economico di tali dati è pressoché pari a zero e risiede unicamente nelle apparecchiature informatiche che analizzano e classificano questa enorme mole di dati e solo chi dispone di tali mezzi e programmi informatici può utilizzarli in modo produttivo. E dunque la privativa,

⁵ Se poi si considera l'ambiente digitale del c.d. metaverso, si ha una ulteriore dimensione dello spazio digitale e dei dati che lo compongono.

⁶ In tal senso ZENO-ZENCOVICH 2018a, p. 100.

⁷ Così ZENO-ZENCOVICH 2018b.

⁸ SAMMARCO 2020 e 2022.

vale a dire la tutela si sposta inevitabilmente sui programmi informatici e gli algoritmi che vengono impiegati per compiere tali attività⁹.

3. QUALE DIRITTO APPLICABILE?

Le regole del mondo fisico non possono applicarsi alla datasfera. In primo luogo non è dato comprendere con certezza quali regole possano definirsi per sovrintendere a procedimenti automatizzati di acquisizione e gestione di dati e poi vi è una incertezza su quale diritto nazionale sia applicabile, perché vi è anche poca conoscenza sul luogo ove i dati sono effettivamente conservati e se poi sono conservati in uno unico spazio.

Nel mondo fisico, il diritto internazionale privato ha tracciato dei criteri di collegamento di ausilio per l'interprete per l'individuazione della legge applicabile, ma questi principi non possono essere esportati in questo diverso contesto digitale, dove finora è stato prevalente il diritto pubblico con il suo impianto regolatorio, circoscritto però al suo stretto ambito territoriale e dunque difficilmente esportabile in altri ordinamenti.

Ma l'elemento differenziale che incide maggiormente è rappresentato dal fatto che la datasfera è interamente governata da strumenti tecnologici, i quali sono asserviti a ferree regole di natura tecnica fondate per lo più su algoritmi e procedura di auto-apprendimento. Così, la tecnica si fa norma e quindi la regola è il codice; i due concetti si fondono fino a diventare un tutt'uno¹⁰.

Le norme comportamentali sono scandite dalle tecnologie digitali che, solamente se seguite alla lettera, consentono o non consentono di pervenire ad un determinato risultato (l'esempio più semplice è quello dei campi digitali da riempire all'interno di una maschera per una qualunque operazione attraverso la connessione alla rete). E la procedura non è certamente imposta dal legislatore, ma da chi ha realizzato il modulo, definendone preventivamente tutti gli snodi.

Nei contesti in cui risiedono procedure automatizzate l'intervento umano non è contemplato nella fase attuativa e l'intero processo operativo è governato dagli algoritmi che conducono in via autonoma la raccolta dei dati e la loro analisi a fini descrittivi, prescrittivi e predittivi. Nel primo caso forniscono risultati per lo più statistici dello specifico ambito in cui gli algoritmi hanno operato; nel secondo caso, gli algoritmi elaborano regole di condotta sempre per quello specifico ambito e, nell'ultimo caso, invece prevedono comportamenti o decisioni umani, o eventi.

⁹ L'algoritmo è una sequenza di istruzioni che consente di risolvere un quesito o di calcolare un risultato di un problema matematico. La sua esecuzione deve portare ad un risultato univoco (si parla di effettività) in un tempo definito. Dunque, l'utilizzo di algoritmi, nelle scienze matematiche – e ora informatiche – garantisce una certezza in ordine di risultato e di tempo.

¹⁰ Si ha così un riscontro effettivo a quell'acuta intuizione di LESSIG 1999, secondo cui *code is law*.

4. LE DECISIONI BASATE SUI DATI

Gli algoritmi vengono oggi sempre di più utilizzati nell'ambito dell'elaborazione dei dati per:

- a) ispirare scelte da compiersi;
- b) prevedere, cioè calcolare in anticipo, comportamenti futuri posti in essere da terzi;
- c) fondare decisioni automatizzate.

Per il primo caso, si pensi a quei programmi informatici, chiamati 'app' che suggeriscono al suo utente, visitatore di una certa località turistica, determinati luoghi da vedere, o esercizi commerciali dove recarsi, o il tragitto per raggiungere uno specifico luogo costellato di indicazioni e proposte.

In questo contesto, sono messe in atto sempre più sofisticate tecniche di profilazione dell'individuo, che, per mezzo di queste analisi automatizzate, non viene più considerato quale soggetto titolare di dati personali a cui competono diritti o facoltà riconosciute dal corposo assetto normativo di matrice europea, ma come il prodotto di dati anonimi che sono il risultato del suo tracciamento di condotte, movimenti reali o virtuali, da egli posti in essere. Così configurato l'individuo trascende dalla tutela legislativa perché perde il riferimento dell'identità e diviene un dato anonimo e obiettivo di società commerciali che hanno il solo intento di annoverarlo quale cliente dei propri beni o servizi.

Non vi sono leve normative che possano ostacolare tali processi ricostruttivi perché essi sono anonimizzati, ma può intervenire la sanzione unicamente nel caso in cui vi fossero algoritmi preventivamente predisposti per compiere discriminazioni tra categorie di soggetti, quali ad esempio quelle di genere, di razza, di età. Ma tale verifica tecnica, in verità, si mostra estremamente complessa da accertare in concreto.

Nella seconda ipotesi, gli algoritmi, con i dati raccolti e analizzati, svolgono una funzione predittiva, cioè di anticipare quelle che saranno i modelli comportamentali di una determinata categoria o cerchia di soggetti preventivamente individuata in base a specifiche caratteristiche ed ai dati raccolti. Queste previsioni sono molto utili perché possono essere fatte in qualsiasi ambito: economico, sociale e giuridico.

Nella terza ipotesi, i dati processati dagli algoritmi sono alla base di decisioni automatizzate sia in ambito privato che in ambito pubblico e naturalmente hanno rilievo giuridico. In questo caso, ai fini della correttezza del processo decisionale è indispensabile verificare la qualità dei dati e la metodologia della loro raccolta e la logica sottostante alla loro elaborazione. Su questo tema, però, non esistono regole condivise, né codici di condotta che possono essere imposti, ma ci si affida a rare forme di autodisciplina.

Nell'ambito della pubblica amministrazione si sta affermando l'adozione di provvedimenti amministrativi all'esito di un processo decisionale basato sugli algoritmi, collegato ad esigenze di speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa. La

decisione affidata alla sola tecnologia riguarda per lo più quegli atti c.d. a bassa discrezionalità, richiedenti accertamenti tecnici, rispetto ai quali è prevedibile una limitata gamma di soluzioni a partire da specifici e predefiniti presupposti.

La giurisprudenza amministrativa, al riguardo, ha comunque precisato che

le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo.

Questo perché la procedura amministrativa non può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati. Infatti, gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche. Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale¹¹.

Il Consiglio di Stato, invece, nell'affermare l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti informazioni, ne sottolinea i numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, sog-

¹¹ Così, Tar Lazio, 13 settembre 2019, n. 10964.

getto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere¹².

Ed al fine di evitare di incorrere nel vizio dell'illegittimità, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti assumono rilievo fondamentale due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica:

- a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati;
- b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. Ed il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In proposito, va ribadito che, la caratterizzazione multidisciplinare dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e soprattutto comprensibile.

4.1. L'algoritmo per la politica del diritto

Il diritto, in tutti suoi formanti, alla stregua di ogni altro fenomeno sociale e scientifico, può essere considerato come un insieme di dati da raccogliere e analizzare attraverso le tecnologie basate sugli algoritmi. Attraverso questa pratica, l'operato-

¹² Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Si veda anche Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7981.

re del diritto (sia esso magistrato, avvocato, legislatore, ricercatore o studente) può condurre ed ottenere dei risultati informativi che migliorano la comprensione di un istituto nella sua interpretazione ed il suo grado di efficienza e di effettività. L'output informativo prodotto dall'analisi dei *legal big data* è dunque uno strumento che si rivela molto utile come ausilio sia per lo studioso del diritto e sia per il decisore politico che, in base ai dati ottenuti, può fondare la scelta di introdurre una nuova previsione normativa o di modificarne una preesistente.

4.2. L'algoritmo in funzione predittiva

Naturalmente, l'analisi dei dati legali si rivolge principalmente ai prodotti giudiziari delle corti – dunque alla giurisprudenza – e consente di avere risultati obiettivi che l'interprete scevro da pregiudizi soggettivi può riscontrare¹³.

Un ulteriore aspetto significativo è da ricercarsi nell'analisi dei dati giudiziari per prevedere la soluzione di casi analoghi, attività già in fase avanzata nel mondo anglosassone (previsioni azzeccate quasi all'80% per le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo). Siamo di fronte ad una razionalizzazione modernizzata dell'antico principio dell'*id quod plerumque accidit*, che si compie per mezzo di un ragionamento probabilistico che si fonda sull'analisi di tutti i casi che presentano *a priori* tratti caratteristici comuni.

4.3. L'algoritmo per l'applicazione automatica del diritto

Si ipotizza che in un prossimo futuro vi sarà l'applicazione automatizzata delle regole giuridiche nei confronti di gruppi di soggetti accomunati da medesimi requisiti: ad esempio, qualifica professionale, età, fascia di reddito, ecc., che, a vario titolo, hanno relazioni con la pubblica amministrazione, o nei rapporti tra privati. Le norme saranno operanti in modo automatico unicamente per quella specifica categoria di soggetti – e quindi non anche per la generalità dei consociati – preventivamente identificati dal trattamento automatizzato dei loro dati personali che il soggetto che definisce la regola già possiede.

¹³ Sono note le riflessioni di P. CALAMANDREI, in *Processo e democrazia*, sulla non prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sul ripudio della concezione meccanicistica delle sentenze emesse dai giudici, influenzate dall'intuizione e dal sentimento umano che intaccano il principio di legalità; secondo l'Autore, «il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che in vitro si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno di compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. [...] bisogna persuadersi che ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l'ispirazione individuale è decisiva». Secondo l'Autore, dunque, ridurre la funzione del giudice a un «puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla» (CALAMANDREI 2019, p. 647).

Si parla, secondo una definizione che ci viene consegnata dagli Stati Uniti, di norme granulari, cioè di regole giuridiche che, anziché rivolgersi alla collettività, si indirizzano con la loro efficacia verso una sola classe di destinatari¹⁴. Il diritto granulare è una versione atomistica di una materia composita quale è il diritto generalmente inteso.

Così come gli algoritmi sono in grado di personalizzare le offerte commerciali in relazione ai destinatari del messaggio pubblicitario, o di personalizzare le cure mediche di un paziente affetto da una specifica patologia, possono anche definire norme personalizzate per i singoli destinatari.

È una tendenza che si scontra con la secolare tradizione kelseniana secondo cui legiferare significa generalizzare, in quanto le norme sono formulate da regole impersonali ed astratte idonee a coprire il più vasto campo di singoli casi. Con il diritto granulare, invece, la società e gli individui che la compongono vengono scomposti e suddivisi in molteplici ed ordinate categorie che racchiudono dati omogenei.

Si passa dunque da un diritto impersonale che non tiene in minimo conto delle differenze soggettive degli individui, ad un diritto settoriale, cioè delimitato, che si indirizza verso una cerchia di soggetti preventivamente individuati e che possiedono caratteristiche comuni.

In questo modo, il concetto o il precetto giuridico contenuto nella norma perde la sua astratta purezza per scendere di livello perché dal punto di vista formale subisce una specificazione, che però le attribuisce una maggiore applicabilità pratica.

Si dice che attraverso questa personalizzazione delle norme per mezzo della tecnologia algoritmica verrebbe riequilibrato il rapporto tra equità del diritto (individuale) e certezza del diritto. In sostanza, si creerebbe un diritto più equo che tiene in considerazione le specificità soggettive dei suoi destinatari, differenziandoli dalla collettività indistinta che soggiace alle norme di portata generale.

Il progetto di un diritto personalizzato può trovare una sua applicazione nel prossimo futuro nell'area del diritto civile e soprattutto nel campo della responsabilità civile; in questa branca, specialmente negli ordinamenti di *common law*, come noto, vige il criterio della *standard of care*, vale a dire un livello di diligenza media che l'agente, compiendo una specifica attività, deve osservare per non incorrere in responsabilità in caso di evento dannoso.

Si pensi, ad esempio, al guidatore di un veicolo, che, in base alla disciplina generale, deve rispettare lo standard di diligenza medio percorrendo la strada ad una velocità consentita dalla legge per quella strada; ma se il guidatore è affetto da una specifica patologia che lo porta ad avere un rallentamento dei riflessi, i cui dati ed effetti sono noti al creatore dell'algoritmo, dovrà attenersi ad una velocità ridotta rispetto al valore consentito dalla regola generale imposta al guidatore 'medio'. E,

¹⁴ Cfr. sul tema, BUSCH, DE FRANCESCHI 2021, contenente, fra gli altri, ZENO-ZENCOVICH 2021.

in caso di incidente, qualora non si fosse attenuto a quello specifico e personalizzato obbligo di condotta imposto dalla norma granulare, anche se tutte le disposizioni del codice della strada fossero state rispettate (ad esempio sulla precedenza), concorrerebbe nella produzione dell'illecito.

In altri termini, si verrebbe a configurare un illecito personalizzato basato non sul criterio del *reasonable man* o dell'uomo con media diligenza, ma fondato sulla persona in concreto con le sue particolarità, la cui condotta è specificatamente presa in considerazione.

Secondo questa impostazione, si garantirebbe così una applicazione più equa della responsabilità civile che tratta invece indistintamente allo stesso modo situazioni e condotte diseguali.

Se la personalizzazione delle norme giuridiche sia auspicabile o meno è una questione aperta, anche sotto il profilo etico. Ovviamente, la legge personalizzata offre non solo vantaggi, ma è anche associata ad aspetti che devono essere attentamente esaminati: oltre al costo necessario per allestire l'infrastruttura tecnologica per la raccolta ed il trattamento di una mole così grande di dati, ai sistemi di sicurezza contro la perdita dei dati e il loro accesso non autorizzato, vi sono ragioni che coinvolgono principi e diritti fondamentali dell'ordinamento, quale *in primis* quello dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge che bandisce trattamenti discriminatori e quello del rispetto dei dati personali (art. 22, par. 1 del Regolamento CE 679/2016, c.d. GDPR secondo cui «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»).

Peraltro, con l'ingresso nel nostro ordinamento e in quello unionale del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, viene espressamente vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di intelligenza artificiale per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità (art. 5).

Ciò sta a significare che seppur appare suggestiva l'ipotesi delle norme giuridiche personalizzate, vi sono insormontabili ostacoli normativi a presidio del principio di uguaglianza dell'individuo di fronte alla legge.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA 2006 = G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006.
- BOBBIO 1951 = N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.* (1951), p. 146 ss.
- BUSCH, DE FRANCESCHI 2021 = C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI (a c. di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, München 2021.
- CALAMANDREI 2019 = P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in ID., *Opere giuridiche. Problemi generali del diritto e del processo*, vol. I, rist., Roma 2019.
- CARNELUTTI 1943 = F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.* (1943), p. 81 ss.
- CARNELUTTI 1950 = F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 5 (1950), p. 115 ss.
- CORSALE 1988 = M. CORSALE, *Certezza del diritto I. Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma 1988.
- GIANFORMAGGIO 1988 = L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 274 ss.
- GROSSI 2014 = P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.* (2014), p. 921 ss.
- IRTI 1979 = N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979¹.
- LESSIG 1999 = L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York 1999.
- LONGO 1958 = G. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino 1958, p. 125.
- LOPEZ DE OÑATE 1942 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942.
- SAMMARCO 2008 = P. SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf.* (2008), p. 711 ss.
- SAMMARCO 2020 = P. SAMMARCO, *L'attività di web scraping nelle banche dati ed il riuso delle informazioni*, in *Dir. inf.* (2020), p. 219 ss.
- SAMMARCO 2022 = P. SAMMARCO, *Il trasferimento di dati da una banca dati all'altra mediante l'attività dei motori di ricerca*, in *Dir. inf.* (2022), p. 383 ss.
- ZENO-ZENCOVICH 2018a = V. ZENO-ZENCOVICH, *La “datasfera”. Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in L. Scaffardi (a c. di), *I profili del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino 2018, p. 99 ss.
- ZENO-ZENCOVICH 2018b = V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws* (2018), 2, p. 32 ss.
- ZENO-ZENCOVICH 2020 = V. ZENO-ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a c. di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna 2020, p. 13 ss.
- ZENO-ZENCOVICH 2021 = V. ZENO-ZENCOVICH, *“Smart Contract”, “Granular Norms” and Non-Discrimination*, in BUSCH, DE FRANCESCHI 2021, p. 264 ss.