

Il giudice algoritmico: a partire dal pensiero di Daniel Kahneman sulla difettosità del ragionamento umano

Lucio Franzese

1. Il problema del giudizio

Rumore è il titolo della *summa* di Daniel Kahneman, professore di psicologia a Princeton e Premio Nobel per l'economia per gli studi sui processi decisionali. L'opera, scritta insieme ad Olivier Sibony, esperto di pensiero strategico e al giurista Cass R. Sunstein,¹ è volta a sostenere l'intrinseca difettosità del ragionamento umano, esposto com'è a *bias* cognitivi.²

Il rumore, più precisamente, è l'errore nell'attività di giudizio dovuto, in ultima analisi, alla soggettività umana, al fatto che nessuno ragiona al modo dell'altro; anzi, la stessa persona non sempre ragiona allo stesso modo. Esso sarebbe ravvisabile in modo precipuo proprio in quegli ambiti in cui, per contro, è auspicabile il massimo di oggettività, come nell'ambito medico e in quello giudiziario; di qui la necessità di ricorrere in essi all'uso dell'Intelligenza Artificiale (AI da qui in avanti).

Intervistato da uno scrittore,³ Kahneman ha rivelato che le ricerche condotte insieme ai coautori del volume sono partite dallo studio dei comportamenti di una compagnia di assicurazione. «È stato chiesto a diversi *broker* di fissare un premio in dollari per un certo rischio. Ovviamente nessuno di noi, confida l'Autore, pensava che due *broker* diversi individuassero la stessa identica cifra. Ma quale percentuale di differenza prevedevano nelle loro valutazioni? I dirigenti della compagnia si aspettavano una variabilità intorno al 10 per cento. Più o meno tutti risponderrebbero qualcosa di simile. Bene, gli studi hanno dimo-

¹ DANIEL KAHNEMAN, OLIVIER SIBONY, CASS R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, UTET 2021.

² Cfr. DANIEL KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori 2012.

³ PAOLO GIORDANO, *Lo scandalo del rumore*, in «la Lettura. Corriere della sera», 5 settembre 2021, pp. 2-5.

strato che la differenza media era più del 50 per cento».⁴ Esperimenti simili, prosegue lo psicologo israeliano, sono stati condotti su giudici e su medici e sono state registrate condanne a pene detentive molto diverse per le medesime fattispecie criminose, così come è accaduto che uno stesso medico radiologo, esaminando una lastra a distanza di tempo sufficiente per non riconoscerla, si sia trovato in disaccordo con se stesso.

Sicché l'obiettivo dichiarato del libro è «rovesciare l'idea che gli uomini siano e saranno sempre migliori dell'intelligenza artificiale nel valutare gli altri umani. E così nell'infliggere pene, nel formulare diagnosi. Nel dare giudizi sul mondo».⁵ A tal riguardo, si osserva che quando nel 1997 Deep Blu, il super-computer dell'IBM, sconfisse l'allora campione del mondo negli scacchi Garry Kasparov, questi ebbe ad affermare che «la combinazione migliore sarebbe stata quella tra macchina ed essere umano, con l'essere umano a prendere la decisione finale. Si sbagliava. Ormai è molto chiaro: i computer non hanno alcun bisogno dell'essere umano».⁶

2. Il provvedimento amministrativo tra algoritmi e necessità etiche

La perentorietà della conclusione, invero molto inquietante, impone di abbozzare una qualche verifica nel campo giuridico, dove la cultura dominante sembra contraria al ricorso degli algoritmi per affrontare i problemi posti dalla convivenza umana,⁷ ma le decisioni automatizzate, assunte cioè a mezzo di algoritmi, rappresentano un fenomeno ormai cospicuo, in rapido aumento e su cui si appuntano tante speranze di razionalizzazione dell'agire umano, come testimonia la proposta di regolamento sull'AI elaborata dall'Unione europea nell'aprile del 2021.⁸

⁴ PAOLO GIORDANO, op. cit., p. 3.

⁵ PAOLO GIORDANO, op. cit., p. 5.

⁶ *ibid.*

⁷ Di «dittatura dell'algoritmo», che cancella l'umanità e con essa i diritti innati, fa parola STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Editori Laterza 2012, pp. 398 ss.

⁸ Per un primo commento alla proposta di regolamento europeo sull'AI, che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale), si

Il *diritto algoritmico* è già tra noi, appartiene all'*esperienza giuridica*⁹ e possiamo con facilità trascoglierne degli esempi concreti, sui quali avviare qualche spunto di riflessione sul fenomeno. Si pensi, come fat-tispecie elementari:

- erogazione di un mutuo da parte di una banca in base ad una procedura automatizzata;
- erogazione di un servizio sociale, l'asilo ai bambini, da parte di un Comune in forza di un algoritmo.

In entrambi i casi le decisioni, che si articolano in procedimenti lo-gico-deduttivo e conducono a un sillogismo e, quindi, a un algoritmo, incidono su diritti costituzionalmente rilevanti:¹⁰ rispettivamente sulla libertà di intrapresa economica e su quella all'istruzione, per cui viene in rilievo la tutela apprestata dall'art. 22 del regolamento europeo per la protezione dei dati personali, secondo cui non si può essere sottopo-sti a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatiz-zato dei dati personali. Negli esempi prospettati, la decisione di conce-dere o meno il mutuo comporta comunque l'intervento del direttore della banca richiesta di erogare il prestito, che è responsabile personal-mente della decisione assunta dall'istituto di credito; così come deve intervenire anche il dirigente comunale dei servizi per l'infanzia per ammettere o meno un bambino all'asilo.

Un esempio particolarmente noto di ricorso all'intelligenza artifi-

possono vedere gli articoli in «i-lex –Journal of Law, Cognitive Science and Artificial Intelligence», vol. XIV, n. 2, 2021, *Regulation of AI* e, più in generale, sulla gestione dei dati e su istituzioni e regolamenti al fine di aumentare trasparenza, sicurezza e re-sponsabilità, cfr. SUSANNA POZZOLO, FEDERICO CABITZA, ANDREA ROSSETTI (a cura di), *Governare l'intelligenza artificiale*, «Ragion pratica», II, 2021.

⁹ Si veda, ad esempio, «Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica», I, 2021: *Algoritmi ed esperienza giuridica* (ivi in particolare WOODROW BARFIELD, GIUSEPPE ZACCARIA, ANTONIO PUNZI e SALVATORE AMATO); e «Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy», 1, 2019, Focus, a cura di ELVIO ANCONA, su *Soggettività, responsabilità, normati-vità 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale* (con scritti di ANDREA SIMONCINI/SAMIR SUWEIS, AGATA C. AMATO MANGIAMELI e GABRIELE DE ANNA).

¹⁰ Cfr. ANDREA SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in Stefano Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, Pacini Giuridica 2020, pp. 37-66.

ziale per l'adozione di un provvedimento amministrativo è rappresentato dalla vicenda della buona scuola, cioè del reclutamento, assunzione e destinazione territoriale degli insegnanti della scuola media superiore mediante l'implementazione di un algoritmo. Si tratta di una procedura amministrativa complessa, involgente la considerazione di una pluralità di elementi, che si è svolta tramite un algoritmo, e che ha condotto il giudice amministrativo, segnatamente il Consiglio di Stato, all'annullamento della procedura, per violazione dei criteri che presidiano la legittimità della gestione amministrativa. Per tal modo, gli utenti del servizio e la stessa pubblica amministrazione che commissiona l'espletamento della procedura a mezzo di macchine e sistemi intelligenti non si trovano esposti al pericolo di una 'una scatola nera':¹¹ l'algoritmo che conforma la procedura, infatti, deve essere conoscibile e prima ancora comprensibile dai soggetti interessati, e anche dall'amministrazione che ha commissionato l'elaborazione e l'implementazione dell'algoritmo utilizzato. Nessuna forma di opacità, quindi, è del tutto inevitabile e bisogna esigere trasparenza sulle scelte tecniche alla base dei sistemi addestrati per prendere decisioni che influiscono sulla vita del singolo e della collettività.

Questa posizione evoca il ruolo esercitato dall'*autoregolamentazione soggettiva* e dall'*etica* nella predisposizione dell'algoritmo in base al quale si sviluppa la procedura,¹² riconoscendosi alle istituzioni un compito *sussidiario* allorché gli automatismi utilizzati ledano la persona umana, la sua dignità perché, ad esempio, si nutrono di pregiudizi razziali, come è accaduto, ad esempio, per il famigerato *software* Compass con cui negli Stati Uniti d'America viene spesso valutata la pericolosità sociale degli imputati. L'idea di un diritto che accompagni lo sviluppo dell'AI, utilizzando il diritto privato e valorizzandone in particolare la matrice romanistica, senza che si avverta l'esigenza di integrare

¹¹ L'efficace espressione è di FRANK PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge (MA), Harvard University Press 2015; e ora FRANK PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, Roma, LUISS University Press 2021.

¹² Una serie di webinar su *Intelligenza artificiale tra diritto ed etica* è stata organizzata nell'autunno del 2020 da BILL Luiss School of Law. Sulla sfida etica posta dagli automi, in particolare, cfr. FABIO FOSSA, VIOLA SCHIAFFONATI, GUGLIELMO TAMBURRINI, *Automi e persone. Introduzione all'etica dell'intelligenza artificiale e della robotica*, Roma, Carocci 2021.

legislativamente il diritto vigente per non intralciare lo sviluppo delle tecniche digitali, si distingue dalla prospettiva di una regolazione protettiva a difesa del singolo, secondo un orientamento umanocentrico a fronte dei rischi derivanti dalle innovazioni tecniche.¹³

3. Giustizia predittiva ed esigenze di politica del diritto

La più controversa applicazione dell'AI al fenomeno giuridico è rappresentata dalla pretesa di pervenire a una *giustizia predittiva*, che garantirebbe efficienza e trasparenza a un settore scarsamente efficiente e affidabile, oltre che uniformità e certezza nell'applicazione del diritto. Del resto, già l'illuminismo concepiva il giudice come mera «bocca che pronuncia le parole della legge»,¹⁴ nel senso che l'applicazione del diritto sarebbe un'operazione meccanica che non abbisogna di una previa interpretazione della norma, per cui il giudice robot, che l'AI lascia intuire se non addirittura preconizza, sarebbe il compimento del processo di desoggettivazione del giudizio teorizzato e auspicato a partire dall'illuminismo giuridico.

Sennonché, la cultura giuridica osta all'implementazione degli algoritmi nell'ambito processuale.¹⁵ È l'idea stessa di processo, incentrata com'è sul *contraddittorio* tra le parti, guidato e stimolato dal giudice, che lo rende refrattario ad ogni automatismo decisionale.¹⁶

Al fine di pervenire alla soluzione della controversia, il giudice è attento alla specificità del caso, alla concreta situazione per cui è causa, ossia dei fatti della lite, alle reciproche rappresentazioni delle parti, in

¹³ Cfr., diversamente orientati, UGO RUFFOLO, a cura di, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre 2020; GUIDO ALPA, a cura di, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, Pacini Giuridica 2020.

¹⁴ Riferimenti, da ultimo, in VINCENZO FERRARI, *Note socio-giuridiche introduttive per una discussione su diritto, intelligenza artificiale e big data*, in «Sociologia del diritto», 2021, pp. 9-31.

¹⁵ Si vedano le acute *Conclusioni* di Nicolò Zanon al convegno online “AI ANTOLOGY. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale”, 19-20 aprile 2021, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri e trasmesso in streaming sul canale del Garante della Privacy.

¹⁶ Cfr. ANTOINE GARAPON, JEAN LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, il Mulino 2021, trad. a cura di Maria Rosaria Ferrarese.

modo da poter fare leva su quanto le accomuna rispetto a quanto le differenzia. La giustizia predittiva, per contro, polarizzerebbe l'esito della lite su quanto deciso in passato, impedendo al diritto di evolversi per corrispondere alle necessità palesate dalla concreta relazione umana, sulla quale il giudice è chiamato a decidere. Gli aspetti positivi, invece, sarebbero rappresentati dalla rapidità con cui viene assunta la decisione, il superamento dell'arbitrio giudiziale e il tendere a una risposta oggettiva, al di là dei condizionamenti soggettivi.

Il ricorso all'AI, in definitiva, possibile e auspicabile per la raccolta ed elaborazione dei dati necessari all'istruttoria processuale, sembra invece precluso rispetto al giudizio che è attività *eminente umana*, involgendo il contributo soggettivo delle parti, anche nel caso di liti seriali la cui soluzione implica comunque la partecipazione attiva dei litiganti in vista della loro pacificazione.¹⁷ L'unico modo per risolvere veramente le liti è invero l'attribuzione a ciascuno del suo, il riconoscimento cioè del proprio di ciascuno mediante la loro conciliazione, secondo la lezione di Salvatore Satta.¹⁸

¹⁷ Per tale orientamento si rinvia, per tutti, a ELIO FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in «Enciclopedia del diritto», XXXV, Milano, Giuffrè 1986; ELIO FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1989, pp. 1 ss.

¹⁸ SALVATORE SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in «Rivista di diritto processuale», 1939, p. 204 ss.