

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ALESSANDRO MORELLI

**IL GIUDICE ROBOT E IL LEGISLATORE NAÏF
LA PROBLEMATICA APPLICAZIONE DELLE NUOVE
TECNOLOGIE ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PUBBLICHE**

6 AGOSTO 2020



Alessandro Morelli *Il giudice robot e il legislatore naïf*

La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche

SOMMARIO: 1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche. – 2. Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla [Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti](#) e dalle [Linee guida per un'IA affidabile](#) predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea. – 3. Il *legislatore naïf*: gli eccessi dell'irrazionalismo normativo. – 4. La qualità della normazione: la logica del *ciclo della regolazione* nella prospettiva dei cicli funzionali. – 5. Il mito del *giudice robot*, tra utopia e distopia.

1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche

L'impatto delle nuove tecnologie sulle dinamiche di funzionamento della democrazia è un tema su cui lo studioso al quale è dedicato il presente contributo ha offerto importanti riflessioni. Le trasformazioni istituzionali indotte dallo sviluppo della tecnica, le varie accezioni del concetto di *e-democracy* e le garanzie dei diritti fondamentali in Internet sono tra i temi sui quali si è maggiormente concentrata l'attenzione di Pasquale Costanzo¹.

Non manca mai, nelle analisi condotte dall'Autore su tali argomenti, la consapevolezza che tutti i più avanzati prodotti della tecnica impiegabili nel mondo del diritto o che, per la rilevanza sociale delle loro applicazioni, rivestono comunque una significativa importanza per i giuristi, sono e rimangono pur sempre *strumenti* a disposizione di attività e finalità umane. E degli strumenti, com'è noto, si può fare un uso buono o cattivo.

D'altro canto, l'idea che qualsiasi mezzo della tecnica, anche il più invasivo e pericoloso, possa trovare giustificazione nell'esigenza di raggiungere un fine superiore appare estranea all'ispirazione della democrazia pluralista, la cui sopravvivenza dipende dal mantenimento, nell'esercizio delle pubbliche funzioni, di una condizione di equilibrio tra i principi ispiratori dell'ordinamento, la libertà

¹ Tra i tanti scritti (alcuni dei quali davvero pionieristici) di P. COSTANZO, cfr. almeno, con riguardo all'impatto delle nuove tecnologie sulla democrazia, *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, in S. FLOGAITIS, U. KARPEN, A. MASUCCI (ed.), *EGovernment and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006, 251 ss.; *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss.

Sul concetto di democrazia elettronica (o *e-democracy*) v. soprattutto *La democrazia elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; cfr., inoltre, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 71 ss., nonché i contributi al *Forum su Le Sfide della Democrazia Digitale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 233 ss.

Sulla tutela dei diritti in Internet cfr., tra i diversi scritti dell'Autore, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 2/1996, 183 ss.; *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831 ss.; *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Le telecomunicazioni*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, 32 ss.; *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" su Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370 ss.; *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 347 ss.; *Internet e forme evolutive della libertà di comunicazione*, in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4/1999, 141 ss.; *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, III ed., t. I, Giuffrè, Milano, 2003, 53 ss.; *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nelle rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 691 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.; *La governance di internet in Italia*, in E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, 41 ss.; *Internet e libertà d'informazione dentro le mura carcerarie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 939 ss.; *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, UPI, Pisa, 2017, 17 ss.; *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017, 3 ss.

e l'eguaglianza, al cui contestuale sviluppo appare orientata l'organizzazione dello Stato costituzionale². Il fine, insomma, *non* giustifica mai i mezzi se questi ultimi determinano una compressione sproporzionata di diritti e principi fondamentali.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, l'applicazione delle nuove tecnologie nei più disparati ambiti della vita sociale non pone soltanto problemi relativi alla necessità di salvaguardare i diritti coinvolti ma tocca anche il tema della condivisione delle stesse tecnologie, spesso ostacolata dal *digital divide*, nel quale trova espressione una delle più penalizzanti disparità del nostro tempo (basti pensare a quanto ha pesato il divario digitale – che non consiste soltanto nelle diverse possibilità di accesso a Internet ma anche nelle differenti capacità d'uso delle *Information and Communication Technologies* – sul diritto all'istruzione durante il periodo del *lockdown* determinato dalla pandemia da Covid-19)³.

Se si affronta, poi, il tema dell'applicazione dell'intelligenza artificiale – la più affascinante e promettente frontiera delle nuove tecnologie – all'esercizio delle pubbliche funzioni (su cui verteranno prevalentemente le osservazioni che seguono), emerge quanto sbilanciato sia l'impatto di tale fenomeno, il quale tende a favorire forme di concentrazione e di privatizzazione del potere, a discapito delle esigenze di certezza del diritto e soprattutto di controllo democratico degli stessi detentori del potere istituzionale e delle altre forme di potere – quello economico privato – che sfuggono ai vincoli e ai limiti propri dello Stato costituzionale.

2. *Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla [Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti](#) e dalle [Linee guida per un'IA affidabile predisposte dall'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence della Commissione europea](#)*

Nelle idee che circolano intorno all'applicazione dell'intelligenza artificiale al mondo del diritto e, in particolare, alle modalità di svolgimento delle funzioni pubbliche, si riscontra un paradosso.

Riprendendo la definizione proposta nel *Glossario* in appendice alla [Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi](#), adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia, nel dicembre del 2018, l'Intelligenza artificiale (IA) consiste in un «insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani»⁴. Un'analoga definizione è stata fornita, più di recente, dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione UE: nel *Glossario* contenuto negli [Orientamenti etici per un'IA affidabile](#), si legge che l'IA si traduce in «sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso

² Cfr. R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 2000, trad. it. ID., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, 139; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 43 ss. e 85 ss. Di «coppia assiologica fondamentale» parla, a proposito dei principi di libertà e di eguaglianza riconosciuti e garantiti dagli artt. 2 e 3 Cost., A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2015, spec. 15 ss., e [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine](#), 2015/III, spec. 784 ss.,

³ In tema, cfr., in generale, L. SARTORI, *Il digital divide. Internet e le nuove diseguaglianze*, Il Mulino, Bologna, 2006; J. VAN DIJK, *The digital divide*, Cambridge, Medford, Polity press, 2020.

Sul *digital divide* nell'emergenza da Covid-19 cfr., per tutti, S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad Internet all'epoca del Covid-19*, in [SIDIBlog](#), 20 aprile 2020; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 285 ss.

⁴ [Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, Appendice III: Glossario](#), adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel corso della sua 3^a Riunione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018), 47.

l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente»⁵. In poche parole, gli sforzi in campo di IA parrebbero mirare a creare macchine quanto più possibile simili agli esseri umani. D'altro canto, si cerca negli strumenti dell'IA risorse utili ad assicurare la perfetta prevedibilità o anche solo una maggiore prevedibilità e certezza delle decisioni e degli esiti delle funzioni svolte dai pubblici poteri, soprattutto da quello giudiziario, allo scopo di far fronte al diffuso soggettivismo interpretativo e all'ipercreatività di giudici e Corti, di cui da tempo si denunciano gli eccessi⁶. Se, dunque, da un lato, si tende a creare macchine sempre più simili agli uomini, che sappiano interagire con situazioni nuove, imparando dalle stesse, dall'altro lato, si pretende di far fronte all'eccessivo soggettivismo della giurisdizione attraverso il ricorso agli strumenti dell'intelligenza artificiale, sopperendo ai difetti umani riscontrabili nell'esercizio della funzione.

L'apparenza del paradosso si rivela subito, tuttavia, se si considera la premessa da cui si è partiti: l'IA, come ogni tecnologia, fornisce *mezzi* impiegabili per diversi *fini* e differenti sono appunto gli scopi cui tendono i promotori di tale tecnologia. Alcuni aspirano a porre limiti più stringenti al potere, mentre altri, al contrario, hanno in mente proprio il rafforzamento del potere; alcuni tendono a una maggiore certezza delle decisioni pubbliche, altri al conseguimento di un più alto grado di giustizia, qualsiasi cosa s'intenda con questo termine così evocativo.

Per la versatilità di tali strumenti, le varie, possibili applicazioni dell'IA sollevano importanti questioni etiche, che si riflettono anche nella sfera giuridica. I principi enunciati nella [Carta etica europea](#) e quelli espressi negli [Orientamenti etici per un'IA affidabile](#), predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea, rivelano tutta la complessità del quadro e la necessità di un'attiva collaborazione da parte dei vari operatori istituzionali (nazionali ed europei) per evitare pericolosi abusi nell'impiego di tali tecnologie.

La [Carta etica](#) riconosce, in particolare, cinque principi.

Il primo è quello del *rispetto dei diritti fondamentali*: il trattamento dei dati e delle pronunce giudiziarie deve essere funzionale a scopi chiari e deve avere luogo nel pieno rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dalla Convenzione sulla protezione dei dati personali.

Il secondo principio è quello di *non discriminazione*. Negli Stati Uniti d'America, il ricorso a sistemi di valutazione automatizzata di predizione del rischio di recidiva (*risk assessment tools*) ha suscitato forti dubbi in merito ai rischi che applicazioni degli strumenti di IA a tale ambito possano finire con il veicolare pregiudizi razziali o sociali. Nel noto caso Loomis, l'utilizzo di uno strumento di valutazione automatizzata di predizione della recidiva è stato contestato per la possibilità che le valutazioni di rischio funzionali alla determinazione della pena o alla possibilità di fruire di benefici penitenziari fossero condizionate in senso discriminatorio⁷.

⁵ Cfr. [Orientamenti etici per un'IA affidabile del Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale](#), istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, 45.

⁶ Cfr., sul tema, con particolare riguardo alla tematica in esame, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 872 ss.

⁷ Sul caso Loomis cfr. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in [Giurisprudenza Penale](#), 24 aprile 2019.

Più ampiamente, in tema, C. CASONATO, [Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro](#), in questo [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), 13 gennaio 2020; A. CELOTTO, [Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?](#), [ivi](#), 27 marzo 2020; E. STRADELLA, [Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale](#), [ivi](#), 30 marzo 2020; A. VEDASCHI, [Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale](#), [ivi](#), 17 febbraio 2020; P. ZUDDAS, [Intelligenza artificiale e discriminazioni](#), [ivi](#), 16 marzo 2020; F. DONATI, [Intelligenza artificiale e giustizia](#), in [Rivista AIC](#), 1/2020, 415 ss., C. NAPOLI, [Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria](#), [ivi](#), 3/2020, 318 ss.

Il terzo principio è quello di *qualità e sicurezza* e prescrive che, nel trattamento di decisioni e di dati giudiziari, occorre utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati in modo interdisciplinare, in un ambiente tecnologicamente sicuro.

Il quarto principio è quello di *trasparenza, imparzialità ed equità* e prevede che occorra rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzando anche verifiche esterne.

Il quinto principio è, infine, quello del *controllo da parte dell'utilizzatore*, secondo cui è necessario precludere un approccio prescrittivo, assicurando che gli utilizzatori siano attori informati e che abbiano il controllo delle loro scelte. Si tratta di un obiettivo piuttosto ambizioso, che implica un'alfabetizzazione tecnologica diffusa, non certo agevole da conseguire.

Non meno impegnative appaiono le indicazioni fornite dagli [*Orientamenti etici per un'IA affidabile*](#), che richiedono il mantenimento della necessaria sorveglianza umana; la robustezza e la sicurezza degli algoritmi, utili ad affrontare eventuali errori durante le diverse fasi di vita dei sistemi d'intelligenza artificiale; l'assicurazione ai cittadini del pieno controllo dei propri dati e della protezione da ogni possibile uso dannoso o discriminatorio degli stessi; la salvaguardia della trasparenza nell'uso dei sistemi di IA, la cui tracciabilità deve sempre essere garantita; la tutela delle diversità, il divieto di ogni discriminazione e la salvaguardia dell'equità; l'impiego di tali sistemi allo scopo di promuovere lo sviluppo sociale e agevolare la sostenibilità ecologica del progresso; la garanzia di meccanismi idonei a far valere le responsabilità connesse al funzionamento e ai risultati dei sistemi d'IA.

Si tratta, com'è evidente, di principi riconducibili al patrimonio costituzionale comune europeo⁸, rappresentandone anzi la traduzione nella dimensione tecnologica.

Tali dichiarazioni d'intenti tracciano l'orizzonte di senso entro cui devono trovare definizione gli interventi volti a promuovere uno sviluppo dell'IA coerente con i principi ispiratori delle democrazie che hanno dato vita all'organizzazione sovranazionale europea. È evidente, però, che esse non bastano, essendo necessari sforzi concreti e interventi attivi diretti a creare le condizioni necessarie a tale sviluppo. Proprio sul piano dell'effettività, si riscontrano, infatti, le carenze maggiori.

Se, in particolare, si pone attenzione al tema delle potenzialità applicative degli strumenti d'IA nell'ambito di esercizio delle funzioni pubbliche, si può notare come a difettare siano le precondizioni indispensabili a uno sviluppo di tali tecnologie coerente con le esigenze di un ordinamento liberaldemocratico.

3. Il legislatore naïf: *gli eccessi dell'irrazionalismo normativo*

Una prima osservazione che può essere fatta, al riguardo, è che se appare piuttosto avanzato il dibattito pubblico intorno all'applicazione dell'IA alla giurisdizione, molto meno sviluppata risulta essere la riflessione intorno all'uso di tale tecnologia all'attività di produzione normativa, come se si potessero conseguire progressi nello svolgimento della prima a prescindere dalla riorganizzazione e dal perfezionamento delle modalità di esercizio della seconda.

Si afferma spesso l'esigenza di razionalizzare l'organizzazione della giustizia e l'esercizio della funzione giurisdizionale, della quale si denunciano il carattere episodico e imprevedibile e l'eccessiva creatività, senza tenere conto del fatto che tale funzione non si esercita nel vuoto ma dipende anche, e soprattutto, dal modo d'essere del sistema normativo vigente, il quale, dal canto suo, soffre degli

⁸ Su cui cfr., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002 e, con particolare riguardo agli strumenti di giustizia costituzionale utili a tutelare tale patrimonio, i contributi pubblicati in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2012. In tema v. anche L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, spec. 101 ss.

interventi spesso irrazionali di un legislatore *naïf*, ben poco incline a sottomettersi a misure di controllo della qualità della regolazione.

L'assetto delle fonti del diritto e il "sistema" normativo (che, in verità, hanno oggi ben poco di "sistematico") appaiono pervasi da una forte connotazione irrazionalistica. Dal livello più alto – quello delle fonti costituzionali – a quello della normazione regolamentare, risulta evidente la sovrapposizione di discipline difettose e tra loro incoerenti. Si pensi soltanto alla fisionomia dell'attuale Titolo V della Parte II della Costituzione, riscritto dalle leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, che sembra ispirarsi a modelli di rapporti tra centro e periferia differenti e non facilmente conciliabili e che presenta vistose carenze redazionali (per tutte, si vedano quelle dell'art. 116, comma 3, Cost., che prevede il meccanismo di acquisizione dell'"autonomia differenziata"⁹). Una riforma costituzionale, quest'ultima, che, se, da un lato, in base a un'altra ricorrente pratica delle odierne dinamiche di produzione normativa, è stata anticipata da una riforma legislativa, materialmente costituzionale ma approvata a Costituzione invariata (la c.d. riforma "Bassanini), dall'altro lato, non è stata seguita da un'adeguata attuazione legislativa ma, al contrario, da qualche tentativo, peraltro fallito, d'introdurre discipline costituzionali di segno opposto. Più di recente, si è tentato ancora di anticipare alcuni contenuti di un'altra riforma costituzionale, quella promossa dal Governo Renzi e bocciata nel *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016, con leggi ordinarie, come la n. 56 del 2014, relativa all'assetto degli enti locali.

A proposito della tendenza ad approvare riforme costituzionali che non rispondono a esigenze ampiamente condivise di riorganizzazione istituzionale bensì alle inclinazioni di maggioranze politiche contingenti, intenzionate a farsi una legge fondamentale "a propria immagine e somiglianza", si è parlato di un «uso congiunturale della Costituzione»¹⁰, ma forse, in una prospettiva più ampia, potrebbe discorrersi di un *uso congiunturale di tutti gli strumenti di produzione normativa*, riscontrabile non soltanto nell'ambito della materia costituzionale, ma anche in diversi altri settori dell'ordinamento. Basti pensare, ad esempio, alla copiosa produzione legislativa simbolica che ha coinvolto, soprattutto negli ultimi anni, il diritto penale, con la frequente creazione di nuovi reati, in base a una prassi funzionale ad alimentare una propaganda che fa leva sulle pulsioni giustizialiste dell'opinione pubblica¹¹. Anche in questo caso, l'introduzione d'inedite fattispecie sanzionatorie non ha tenuto conto dell'impatto che l'innovazione avrebbe prodotto sul sistema.

Il culmine dell'irrazionalismo normativo sembra essersi raggiunto, però, di recente, in occasione dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19: il profluvio di decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, provvedimenti ministeriali e ordinanze contingibili e urgenti di Regioni e Comuni ha prodotto, in breve tempo, una condizione caotica, nella quale è apparso estremamente difficile, se non, in alcuni casi, del tutto impossibile orientarsi, a causa della contestuale introduzione di previsioni normative tra loro contraddittorie. La situazione emergenziale parrebbe

⁹ Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in [Diritto pubblico europeo, Rassegna on-line](#), n. speciale 2/2019, 18 ss., e, più ampiamente, *Le relazioni istituzionali*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 114 ss..

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9 luglio 2001; ID., *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovvero sia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, [ivi](#), 24 aprile 2003; ID., *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 43 ss.; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 147 ss.

¹¹ Sul *diritto penale simbolico* si rinvia, per tutti, a E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Giappichelli, Torino, 2009, 201 ss.; i contributi al dibattito su [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#), tratti da [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2016; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

giustificare solo in parte l'insostenibile livello di confusione determinatasi, avendo essa, in realtà, accentuato per lo più fenomeni e tendenze già presenti nell'ordinamento¹².

4. *La qualità della normazione: la logica del ciclo della regolazione nella prospettiva dei cicli funzionali*

Il tema della qualità formale e sostanziale della regolazione è stato ampiamente approfondito in dottrina, tanto riguardo alla produzione normativa dell'UE quanto a quella nazionale¹³. Non mancano, inoltre, le disposizioni (statali e regionali) che prescrivono l'applicazione delle tecniche di *better regulation* ai procedimenti di produzione normativa, ma, com'è noto, si tratta di previsioni di scarsa effettività.

Se si guarda alle esperienze nazionali, l'irrazionalismo continua ad essere la cifra dominante della normazione a tutti i livelli istituzionali. Il che dipende, con tutta probabilità, dal fatto che l'applicazione di tali strumenti implica un controllo sull'attività degli organi di produzione normativa al quale questi ultimi appaiono pervicacemente refrattari. A supporto di tale insofferenza, peraltro, continua a predicarsi talora una rappresentazione della legge come atto totalmente libero nel fine, a ben vedere incompatibile con i paradigmi della democrazia costituzionale, che pone limiti e obiettivi anche al legislatore, oltre che a tutti gli altri pubblici poteri.

La logica ispiratrice degli strumenti di garanzia e di promozione della qualità della normazione è quella per cui quest'ultima non si traduce mai in un atto isolato ma si colloca, acquisisce senso e può aspirare all'effettività soltanto all'interno di un complessivo «ciclo della regolazione», che include anche la fase di verifica e di controllo degli effetti prodotti da ogni atto normativo¹⁴. Quest'ultima fase dà avvio, a sua volta, a un ulteriore ciclo di regolazione, alla cui dinamica non può rimanere estranea la stessa giurisdizione, le cui pronunce, del resto, sono parametri di cui tenere conto soprattutto nell'analisi tecnico-normativa, che mira proprio a verificare la compatibilità dell'intervento normativo in preparazione con il diritto vigente, compreso quello giurisprudenziale.

Si tratta di una prospettiva che, in ambito teorico, riecheggia la concezione della separazione dei poteri come teoria dei «cicli funzionali», una ricostruzione in base alla quale a caratterizzare gli ordinamenti liberaldemocratici non sarebbe la pretesa di distinguere in modo definitivo i titolari delle funzioni pubbliche, bensì quella di evitare pericolose concentrazioni di potere all'interno di ciascun ciclo funzionale, ferma restando la fungibilità dei ruoli quando esigenze di efficienza e di efficacia dell'intervento pubblico richiedano la sostituzione di un organo all'altro¹⁵.

¹² Sul punto sia consentito rinviare al mio *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](#), Forum su *La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 2/2020, 518 ss.

¹³ Mentre le tecniche di garanzia della qualità formale della normazione (*drafting*) curano le modalità espressive dei testi normativi, gli strumenti di promozione della qualità sostanziale (come le analisi preventive e successive dell'adeguatezza dei testi normativi agli interessi sociali e ai contesti socio-economici) mirano ad assicurare la rispondenza degli interventi normativi alle esigenze della collettività e l'effettività degli stessi. In tema cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna 2011; i contributi pubblicati in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012; e quelli in M. CAVINO-L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Novara, 15-16 novembre 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; nonché E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Seconda edizione interamente rivista e aggiornata, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

¹⁴ Sul «ciclo vitale della regolazione» v. M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., 50.

¹⁵ La teoria dei «cicli funzionali» si deve, com'è noto, a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1984, spec. 245 ss.; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 ss. e spec. 710 ss.; dello stesso A. v. anche, per alcune implicazioni di tale teoria, *La parabola della sovranità. Ascea, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., anche in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, 9 ss. Su tale teoria cfr. ora G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria*,

Il ciclo della regolazione come ciclo funzionale appare coerente con i principi costituzionali liberaldemocratici nella misura in cui riesca a mantenere ferma la distinzione tra *controllore* e *controllato*, ma può trovare uno sviluppo soddisfacente per le esigenze di funzionalità del sistema istituzionale soltanto a patto che gli attori in esso coinvolti agiscano in uno spirito cooperativo (di *leale collaborazione*, come si usa dire).

5. Il mito del giudice robot, tra utopia e distopia

Se la razionalizzazione tecnica dell'attività normativa è un obiettivo idealmente auspicato dai più ma, di fatto, non perseguito dagli attori istituzionali per i vincoli e i controlli che essa comporta alla loro attività, l'immagine del "robot legislatore" corrisponde, invece, a una prospettiva ritenuta incompatibile con i paradigmi dello Stato costituzionale, a cominciare dal principio di sovranità popolare¹⁶.

Sul versante della funzione giurisdizionale, invece, l'idea del "giudice robot" è vista da taluni come il paradigma di una prospettiva distopica, immagine emblematica di un mondo disumanizzato e dominato dalla tecnica; da altri, invece, come «un buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo», un «modello», una «prospettiva di orientamento [...] cui occorre volgersi non per ragioni ideo-logiche, ma logiche e giuridico-positive: perché occorre identificare un confine fra *legis-latio* e *iuris-dictio*, se alla distinzione fra le due funzioni si vuole dare ancora un senso, evitando di affogarle nella rigorosa, ma irrealistica, indistinzione kelseniana della nomopoiesi; perché quel confine è presupposto dalle norme costituzionali che disegnano l'assetto istituzionale della Repubblica»¹⁷.

Oscillante tra utopia e distopia, il modello del "giudice robot" appare però difficilmente realizzabile, ponendo tutta una serie di problemi giuridici, prima ancora che tecnici, di non agevole risoluzione: dal tema del modo in cui potrebbero essere decise le numerose questioni dubbie, che richiedono l'esercizio di margini più o meno consistenti di discrezionalità, ai problemi inerenti ai possibili "errori" commessi dalle macchine chiamate a giudicare su uomini, delle connesse responsabilità e dei rimedi azionabili¹⁸.

La trattazione di temi tanto complessi esula dalle finalità di queste brevi notazioni. Quel che si vuole qui sottolineare è che una proficua applicazione delle nuove tecnologie e dei più avanzati strumenti dell'IA all'esercizio delle funzioni pubbliche non può adottare una prospettiva, per così dire, "monofunzionale" ma deve necessariamente guardare alla totalità delle attività di normazione, di esecuzione e di controllo, considerando tutte le fasi di ogni singolo ciclo di regolazione e le interconnessioni esistenti tra le stesse. Ammesso che sia una prospettiva auspicabile, non può realisticamente pensarsi di ottenere quanto di buono vi sia, in termini di maggiore certezza e giustizia delle prestazioni, nel modello idealtipico del "giudice robot", mantenendo e perfino esaltando le presunte virtù di un legislatore *naïf*, magari sulla base di visioni populiste della rappresentanza e della sovranità popolare, che individuano nell'irrazionalità degli organi di produzione normativa il riflesso della stessa volontà dei rappresentati¹⁹. Le incertezze della giustizia dipendono, in misura non

globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri), in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 1132 ss.

¹⁶ Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 891. Più ampiamente, sul tema, v. i contributi pubblicati in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹⁷ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 881.

¹⁸ Su tali problemi si rinvia ancora a M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 883 ss.

¹⁹ Sulle concezioni populiste della rappresentanza sia consentito rinviare ai miei *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018 e *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in Atti del Convegno di Studi 'La sovranità in Europa' Catania-Siracusa 27-28 aprile 2018, curati da M. BLANCATO e G. DI ROSA, *Notabilis*, Numero Speciale, giugno 2019.

irrilevante, dalle carenze riscontrabili nell'assetto delle fonti normative, i cui effetti deleteri si ripercuotono sugli stessi interessi dei rappresentati.

Resta sullo sfondo la questione dei rischi di degenerazione tecnocratica della forma di Stato. Tema non nuovo, né risolto, che non può essere affrontato con i soli strumenti della scienza giuridica, presupponendo un'indagine sulle condizioni fattuali (e, innanzitutto, culturali) di sopravvivenza della democrazia pluralista. Com'è noto da tempo, ogni forma ordinamentale poggia su presupposti extragiuridici (politici, economici e sociali). Tra questi propri della democrazia, un ruolo decisivo ha certamente il grado di diffusione della conoscenza: una società che voglia beneficiare in misura notevole dei vantaggi offerti dalla tecnica, se, al contempo, vuole mantenere un'organizzazione autenticamente democratica, non può prescindere da un elevato livello di cultura e di consapevolezza in merito al funzionamento e all'impiego degli stessi strumenti tecnologici. Oltre a ciò, occorre l'adozione di adeguati paradigmi culturali, in base a un processo al quale non possono rimanere estranei i giuristi e i cultori del diritto costituzionale. Di notevole interesse, in tal senso, è la proposta di promuovere un nuovo «costituzionalismo tecnologico» (e non tecnocratico), avanzata da Pasquale Costanzo, un costituzionalismo che, sul piano istituzionale, solleciti «i parlamenti a votare sull'impiego e sullo sviluppo delle diverse tecnologie, senza limitarsi a decidere soltanto sul loro finanziamento, in un dibattito continuo, pubblico e trasparente con il ceto degli scienziati, realizzandosi, pertanto, reciproci contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche», mentre, sul piano dei diritti, definisca «un quadro di principi orientati alla razionalità globale, con lo scopo di dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»²⁰. In tale prospettiva, il costituzionalismo può effettivamente aspirare a far valere, anche negli attuali contesti sociali dominati dalla tecnologia, la sua originaria e più autentica aspirazione a limitare il potere con gli strumenti del diritto.

²⁰ P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 81.