

INFORMATICA GIURIDICA
collana del CIRSFID

9

Direttori

Monica PALMIRANI
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Giovanni SARTOR
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Comitato scientifico

Agata Cecilia AMATO MANGIAMELI
Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Alberto ARTOSI
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Luisa AVITABILE
“Sapienza” Università di Roma

Raffaella BRIGHI
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Donato LIMONE
Università Telematica Unitelma Sapienza

Ugo PAGALLO
Università degli Studi di Torino

Francesco ROMEO
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Antonino ROTOLO
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Giovanni ZICCARDI
Università degli Studi di Milano

INFORMATICA GIURIDICA collana del CIRSFID

La collana ha l'obiettivo di accogliere scritti scientifici che affrontino temi di informatica giuridica con originalità, innovazione, interdisciplinarietà. Ospiterà lavori dedicati ai diversi aspetti del rapporto tra discipline informatiche e diritto, spaziando dalle tecnologie informatiche per il diritto, alla logica giuridica e al diritto dell'informatica. I lavori possono comprendere riflessioni — di teoria del diritto e dell'argomentazione, bioetica, sociologia e filosofia del diritto — sugli impatti delle tecnologie dell'informazione sul sistema giuridico e sull'attività del giurista.

CIRSFID
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Classificazione Decimale Dewey:

340.028563 (23.) DIRITTO. INTELLIGENZA ARTIFICIALE

FABRIZIO CORONA

GIUSTIZIA PREDITTIVA
QUANDO GLI ALGORITMI PERVADONO IL DIRITTO





©

ISBN
979-12-218-0715-8

PRIMA EDIZIONE
ROMA 24 MAGGIO 2023

INDICE

- 9 *Presentazione*
- 15 **Capitolo I**
La giustizia predittiva: il rapporto tra diritto e scienza
1.1. Diritto e giustizia: un tempo di incertezze, 15 – 1.2. L’oracolo digitale per analizzare il passato e conoscere il futuro, 26 – 1.3. La riproduzione artificiale della mente umana, 30 – 1.4. Cognitivismo e connessionismo: fondamenti teorici, 34 – 1.5. Lo sviluppo e la struttura delle reti neurali, 41
- 55 **Capitolo II**
Dall’intelligenza artificiale verso la creazione di un “io digitale” dei sistemi cognitivi digitali
2.1. L’intelligenza giuridica artificiale e i sistemi esperti legali, 55 – 2.2. L’Intelligenza Artificiale applicata al diritto nell’ordinamento italiano, 61 – 2.2.1. La legimatica e altri possibili usi dei sistemi esperti legali, 65 – 2.3. Dall’intelligenza artificiale verso la creazione di un “io digitale”: sviluppo di una mente artificiale cosciente, 73 – 2.4. L’intelligenza artificiale applicata al diritto: verso la creazione di strumenti di giustizia predittiva, 79

89 **Capitolo III**

L'universalità dell'intelligenza artificiale e del diritto: il loro inevitabile rapporto

3.1. La pervasività del diritto nella società e i suoi limiti, 89 – 3.2. Il rapporto tra diritto e tecnica, 95 – 3.3. Il ruolo dei Big Data e dell'AI nei processi decisionali, 99 – 3.3.1. Il ciclo di vita dei dati, 105 – 3.3.2. Estrarre valore dai dati: il rischio di discriminazioni, 107 – 3.3.3. La trasparenza del ragionamento algoritmico, 112 – 3.4. Verso una giustizia algoritmica, 115 – 3.5. Il soggettivismo della decisione: il rapporto tra logica e diritto, 122 – 3.6. Ostacoli applicativi all'utilizzo della giustizia predittiva, 128

137 *Conclusioni*

147 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

L'uso della giustizia predittiva è sempre più considerato dagli studiosi di diritto che si trovano di fronte a uno scenario senza precedenti aperto dall'uso massiccio di algoritmi e intelligenza artificiale.

Il termine “intelligenza artificiale” si riferisce a un insieme di scienze, teorie e tecnologie il cui obiettivo principale è quello di rendere i sistemi di elaborazione dati capaci di risolvere problemi, comprendere la realtà e interagire come gli esseri umani. Il termine descrive la tendenza a “umanizzare” le macchine in termini di linguaggio, concetti e questioni correlate.

Gli esperti distinguono tra AI forte (in grado di risolvere autonomamente un'ampia varietà di problemi specialistici fra loro diversificati) e AI debole (in grado di fornire prestazioni qualitativamente equivalenti e quantitativamente superiori a quelle umane).

L'AI applicata all'elaborazione e all'analisi della giurisprudenza, che porta all'implementazione della “giustizia predittiva”, appartiene alla categoria dell'AI debole e si basa su due tecniche specifiche⁽¹⁾:

- il natural language processing (trattamento del linguaggio naturale): riferendosi al trattamento informatico del linguaggio umano. Esempi famosi di tali applicazioni sono gli assistenti vocali utilizzati in smartphone come “Siri” di Apple oppure “Bixby” di Samsung;

(1) F. ROMEO, *Lezioni di logica ed informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012 p. 256.

- il machine learning (apprendimento automatico): tale tecnica permette di costruire uno o più modelli matematico-computazionali una volta identificate le correlazioni esistenti tra grandi masse di dati.

Nello specifico, gli algoritmi di machine learning sono alla base di modelli predittivi che partendo dai dati già esistenti riescono a presumere i comportamenti, i risultati e le tendenze future.

A questo proposito, la prima applicazione specifica di programmi di elaborazione dati nel sistema giudiziario è stata registrata negli Stati Uniti. Si tratta, infatti, di un software che predice il rischio di recidiva e che viene utilizzato sistematicamente da decenni, sia in fase preliminare del giudizio per stabilire la cauzione, sia in fase pre-decisoria per valutare la possibilità di istituire una procedura con sentenza di probation (simile al sistema italiano di messa alla prova), sia in fase di esecuzione per valutare la concessione della libertà vigilata.

In Europa si stanno sviluppando diversi progetti di giustizia predittiva. In Francia è stata introdotta la piattaforma “Predictice” per “prevedere” gli esiti giudiziari sulla base di un database di sentenze della Corte d’Appello e della Corte Suprema. Nei Paesi Bassi viene promosso il progetto “Rechtwijzer” per la gestione elettronica dei casi di mediazione civile. La piattaforma è stata sviluppata dall’Università di Twente e dall’Hill (Hague Institute for the Internationalisation of the Law) e consente a utenti, mediatori e assistenti legali di connettersi in modo completamente digitale e dematerializzato. Fornisce servizi di consulenza, mediazione e monitoraggio della fase esecutiva, consentendo alle parti di ottenere una soluzione alla loro controversia⁽²⁾.

In Austria, invece, l’intelligenza artificiale viene utilizzata nei tribunali per la lettura rapida, la classificazione e l’attribuzione di atti, ricorsi e documenti alle sezioni di cancelleria pertinenti ed anche per effettuare un monitoraggio sull’attività dei Tribunali. In Estonia, il Ministero della Giustizia ha avviato un progetto per la creazione di un “giudice robotico” in grado di esaminare le controversie di piccola entità (fino a 7.000 Euro). Infine, in Italia, lo studio legale Portolano-Cavallo ha adottato la tecnologia Luminance, sviluppata dai matematici dell’Università

(2) C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questionegiustizia.it*, 2018 p. 1.

di Cambridge. Il software è dedicato all'assistenza nella fase di due diligence delle operazioni di M&A, analizzando un gran numero di documenti con un'accuratezza di circa l'80–90%.

In effetti, in Italia, l'uso dell'AI come strumento per assistere avvocati e tribunali nel loro lavoro è ancora un fenomeno marginale. Un'applicazione interessante degli algoritmi predittivi è quella ad integrazione dell'esperienza investigativa umana nelle operazioni di polizia, si pensi ai software Keycrime e X-Law.

Tutti i progetti di giustizia predittiva sopra citati, presentano aspetti che meritano di essere evidenziati.

Il primo è l'opacità degli algoritmi utilizzati dalle aziende private e la loro riluttanza a spiegare le caratteristiche dei loro prodotti. In effetti, gli algoritmi sono protetti da segreto industriale ed è difficile accedervi (a meno che un giudice non lo permetta). Infatti, poiché i dati che alimentano gli algoritmi sono forniti da autorità pubbliche e utilizzati nell'ambito di attività giudiziarie che hanno un impatto significativo sui diritti dei cittadini, non possiamo non avvertire la presenza di problemi di trasparenza e responsabilità nei confronti di attori privati.

Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato è la necessità di garantire il pieno rispetto del principio della parità delle armi tra accusa e difesa: coloro che prendono decisioni basate sull'algoritmo devono avere la possibilità di esaminare e mettere in discussione la validità scientifica e il peso attribuito ai vari elementi.

Questo è possibile solo con la realizzazione di algoritmi open source, il cui codice è a sorgente aperta.

In Europa, inoltre, si aggiungono i limiti posti dalla la Direttiva UE 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Secondo la direttiva, l'interessato al trattamento dovrebbe avere il diritto di non essere oggetto di una decisione che valuta aspetti personali che lo concernono basata esclusivamente su un trattamento automatizzato e che produce effetti giuridici negativi nei suoi confronti o incida significativamente sulla sua persona. In ogni caso, tale trattamento dovrebbe

essere subordinato a garanzie adeguate, compreso il rilascio di specifiche informazioni all'interessato ed il diritto di ottenere l'intervento umano, in particolare di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione raggiunta dopo tale valutazione e di impugnare la decisione.

Nello specifico l'art. 11 della citata direttiva dispone che in caso di decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato, sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione Europea o dallo Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, ritenendo necessario il diritto di intervento umano da parte del titolare del trattamento.

La proliferazione degli strumenti di giustizia predittiva e le questioni ad essa correlate, hanno spinto la Commissione europea sull'efficienza della giustizia (Cepej) a redigere una "Carta Etica europea sull'uso dell'AI nei sistemi giudiziari". La Carta Etica è il primo documento europeo che stabilisce i principi di base che dovrebbero governare l'applicazione dell'AI nel sistema giudiziario, in particolare quando le soluzioni di AI si basano sull'elaborazione di decisioni giudiziarie. Si tratta di un documento non vincolante, ma ha il vantaggio di stabilire principi sostanziali e metodologici che si applicano sia agli operatori privati che alle autorità pubbliche. Questi ultimi possono ispirarsi a questi principi per definire i quadri politici e normativi in questo settore.

Di tutti i principi elencati, il rispetto dei diritti umani e della non discriminazione attraverso l'applicazione dell'AI è il più importante. Questo assicura che la soluzione garantisca il rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e dalla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa per la protezione dei dati personali, dalla fase di sviluppo all'attuazione pratica. Il principio di non discriminazione è esplicito perché il trattamento dell'AI può rivelare una discriminazione esistente attraverso la categorizzazione o la classificazione dei dati di un individuo o di un gruppo di individui.

Anche il principio della trasparenza delle metodologie e delle tecniche utilizzate per elaborare le decisioni è molto importante. Ciò sottolinea la necessità di garantire che le tecniche di elaborazione dei dati

siano accessibili e comprensibili e consentano verifiche esterne da parte di soggetti indipendenti per individuare le distorsioni.⁽³⁾

Tanto premesso, l'analisi sopra descritta sarà sviluppata come segue.

Nel primo capitolo, muovendo dalla crisi del rapporto tra certezza del diritto e giustizia che genera l'imprevedibilità degli esiti interpretativi e quindi delle decisioni giudiziarie, si introdurranno i concetti di "previsione" e "predizione", nonché i più recenti sviluppi in materia di Intelligenza Artificiale. Si vedrà, infatti, che i sistemi cognitivi non umani se applicati al settore giustizia possono fornire risposte ai problemi del sistema giudiziario, assicurando una maggiore efficienza nella gestione dei processi con conseguente piena affermazione dei valori costituzionali, anche di rilievo europeo, quali la ragionevole durata e la tendenziale certezza del diritto.

Nel secondo capitolo, si analizzerà lo stato dell'arte del processo di costruzione di sistemi cognitivi digitali. Nello specifico, si valuterà la loro concreta capacità di competere con la mente umana e sino alla possibile creazione di un "io digitale". Oggi, infatti, visti i successi dell'intelligenza artificiale e la velocità di sviluppo della tecnica, questa possibilità sembra essere più concreta che mai, tanto che molti cominciano a credere che in un futuro non lontano le tecnologie cognitive raggiungeranno e supereranno l'intelligenza umana, fino a sviluppare una mente cosciente.

Nel terzo capitolo si approfondiranno i concetti di AI e diritto, partendo dalla loro pervasività nella società e, dunque, dal loro inevitabile rapporto. In particolare, si vedrà il ruolo cruciale che l'analisi dei Big Data — effettuata attraverso procedimenti automatizzati di machine learning o parzialmente sottoposti a controllo umano — gioca nei processi decisionali essenziali per gli assetti del sistema sociale considerato.

(3) C. BARBARO, *op. cit.*

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA PREDITTIVA: IL RAPPORTO TRA DIRITTO E SCIENZA

SOMMARIO: 1.1 Diritto e giustizia: un tempo di incertezze, 15 – 1.2 L'oracolo digitale per analizzare il passato e conoscere il futuro, 26 – 1.3 La riproduzione artificiale della mente umana, 30 – 1.4 Cognitivismo e connessionismo: fondamenti teorici, 34 – 1.5 Lo sviluppo e la struttura delle reti neurali, 41

1.1. Diritto e giustizia: un tempo di incertezze

Nel periodo repubblicano romano il *praetor*, sia nella forma di *iudex unus* che di collegio, dotato di *imperium*, *iurisdictio* e *iudicatio*, era chiamato a dirimere le controversie derivanti dall'*actio*, attraverso una procedura giudiziaria molto formale, descritta nel IV libro delle Istituzioni di Gaio (nel periodo del Principato)⁽¹⁾. In questo senso, l'*actio* si estrinsecava anche quale manifestazione di una metateoria del diritto romano naturale che dipingeva un modello di Giustizia perfetta⁽²⁾, laddove la formalizzazione del Regno di Natura⁽³⁾, attraverso l'imputazione del fatto naturale in fatto giuridico, era spesso connessa a elementi religiosi, magici e le norme giuridiche stesse a quei tempi non prescindevano dalla morale e dall'idea di bene e male di volta in volta sussistente. Proprio la puntuale osservanza del rituale, nella forma gestuale e linguistica,

(1) M. MARRONE, *Il processo*, in *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 39–40.

(2) L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Centro studi Diritto Avanzato, 2018 pp.14–21; Per approfondimenti vedi anche: L. VIOLA, *Giurimetria, composizione di dati e giustizia predittiva*, La Nuova Procedura Civile, 3, 2019 pp. 1–18; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questionegiustizia.it*, 2018 p. 1.

(3) P. HADOT, *Il velo d'Iside. Storia dell'idea di natura*, Einaudi, Torino, 2006 pp. 246–298.

aveva il potere di conferire all'atto giuridico delle virtù creative di ordine cosmico e trascendente⁽⁴⁾ trovanti espressione nelle istituzioni giudiziarie laddove — se il potere di giudizio era in capo al dio pagano, il magistrato e il monarca giudicante — le rigidità della forma ne erano la tipica espressione culturale terrena.

Nell'ordinamento giuridico italiano vigente, di *civil law* tradizionale e di formulazione tardo romanica, è rinvenibile una ripetizione nuncupativa del rito giuridico romano originario formatosi nei secoli, modulata attraverso l'impiego di espressioni linguistiche non sincopate⁽⁵⁾. Le *certa et solemnia verba* nel rito giuridico moderno fondano i loro presupposti predittivi e mantico-religiosi⁽⁶⁾ sull'intenzionalità dell'operatore di giustizia e vengono tradotte in una espressione linguistica come meta-referente di giuridicità più geometrizzata, dimostrata, coerente con il metodo assiomatico deduttivo di selezione, finalizzata a garantire una certezza dei risultati⁽⁷⁾.

Lo stesso operatore giudicante, invero, non può scostarsi dalle norme interpretandole in modo arbitrario, in quanto violerebbe

(4) G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, (a cura di) C. FARALLI, 7^a ed., Editori Laterza, 2005, p. 30.

(5) M. ASCHERI, *Il diritto dal tardo impero romano all'alto Medioevo: estratto da introduzione storica al diritto medievale*, Giappichelli, 2007 pp.74–82. Sul tema: M. TERNI, *La pianta della sovranità. Teologia e politica tra Medioevo ed età moderna*, Laterza, Roma–Bari 1995, pp. 109–115; M. BETTETINI, *Figure di verità. La finzione nel Medioevo occidentale*, Einaudi, Torino 2004 p. 158.

(6) Dovuti a forme residuali di sacralità, nei tribunali, date dalle affissioni dei crocifissi cristiani, tutelate dalla sentenza del 14/03/2011 n° 5924 di Cassazione civile–SS.UU. La laicità dello Stato che è un principio non proclamato espressamente dalla nostra Carta fondamentale, come spiega la Cassazione, ma che deriva specificamente dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, non viene turbata dalla presenza dei crocifissi nelle aule di giustizia. Inoltre, per i giuramenti effettuati innanzi a Dio, predisponava l'art. 251 cod. proc. civ., successivamente riformato dalla Corte Cost. con sent. n. 117/1979 e con sent. n. 149/1995. Sulla sacralità del rito di giuramento vedi G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio: Archeologia del giuramento*, Gius. Laterza & Figli Spa, 2014 pp.80–108; F. GENTILE, *Il giuramento: conversazione tenuta agli allievi del 170° corso. Accademia Militare di Modena*, 1989 pp. 23–45; A. COLORIO, *Cervello, diritto ed evolucionismo tra preistoria e storia*, in A. DANIELLI – V. SCHIAFFONATI, *Le forme della mente. Percorsi multidisciplinari tra modularismo e connessionismo*, il Mulino, 2008 pp. 125–147; A. CALORE, "Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. *Sulla presenza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 146; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Giuffrè, Milano, 2000 pp. 121–135; P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 22.

(7) B. SPINOZA, *Etica dimostrata con metodo geometrico*, E. GIANCOTTI (a cura di), Editori Riuniti, Roma, 2004, p. 86.

l'Interpretazione della legge di cui all'art. 12 delle Preleggi a cui viene pienamente assoggettato ex art. 101 Cost. L'art. 101 Cost. e l'art. 65 ord. giud. sanciscono l'oggettività del diritto che è impersonale e la funzionalità tecnica della sua applicazione, non consentendo pregiudizi.

Il “diritto alla certezza” — che il legislatore ha cercato di garantire — deve fare i conti con la complessità del quadro normativo in generale e, in particolare, con la complessità del processo decisionale umano⁽⁸⁾.

Più in generale, il rafforzamento del diritto giurisprudenziale sarebbe di per sé una fonte di incertezza intollerabile, anche agli occhi dei più scettici sostenitori dell'assunto della certezza del diritto come mito del positivismo⁽⁹⁾.

Secondo la filosofia giuridica tradizionale, “giustizia” e “certezza del diritto” sono in un rapporto potenzialmente dicotomico e dialettico, ma insieme costituiscono il principio fondamentale dello “Stato di diritto”, forse a metà tra la “*rule of law*” della cultura giuridica, che riconosce la giurisprudenza come fonte del diritto, e il “*principio di legalità*”, che esalta il primato delle fonti politiche su quelle di natura giuridica⁽¹⁰⁾.

Il positivismo giuridico, nello specifico, è quella dottrina giusfilosofica che riconosce massimo valore all'aspetto formale del diritto, concentrando l'attenzione sulla struttura della norma a prescindere dai valori sottesi che la ispirano; il diritto, invero, non presenta alcun nesso con le costruzioni dell'etica e dei principi morali⁽¹¹⁾. La purezza giuridica implica l'abbandono delle preoccupazioni tradizionali basate su nozioni di moralità, giustizia, onestà e bontà⁽¹²⁾.

(8) C. FARALLI, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, p. 623.

(9) G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *I contratti*, n. 10/2014, p. 927 ss.

(10) G. ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, p. 335 ss.

(11) H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi Editore, Torino 1933 pp. 145–156.

(12) Al riguardo, E. BETTI rimprovera a Kelsen di essere «*spesso caduto nell'errore di mettere il negozio giuridico sul medesimo piano degli atti normativi che sono fonti di diritto*». Si veda: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 188. Al contrario, F. CARNELUTTI riconosce al normativismo il merito di «*aver messo in luce anche il concetto di diritto oggettivo e avere stabilito che il diritto soggettivo, come ogni altro potere, e in genere, ogni altro rapporto giuridico, ne è una funzione o una proiezione; questo merito però si è convertito in una reazione esagerata quando la teoria pura del diritto, per affermare il diritto oggettivo si è spinta a negare il diritto soggettivo, il quale si risolverebbe nello stesso*

La dottrina pura del diritto incorpora il diritto in un approccio scientifico, partendo dal presupposto che la scienza non è in grado di fornire giudizi di valore e, pertanto, non ha il potere di farlo. Al riguardo, si parla di c.d. “avalutatività della scienza giuridica”, ossia di un atteggiamento eticamente neutrale nei confronti del diritto esistente; ciò è dovuto al fatto che gli studiosi di diritto non dovrebbero minare il valore fondamentale della certezza del diritto, nonché al fatto che la dogmatica giuridica ha un valore ufficiale di fonte del diritto.

Inoltre, coerentemente con l'ideologia liberale che ne è alla base, nella costruzione dello Stato di diritto diventa centrale la teoria della separazione dei poteri, dove sia la funzione giudiziale che quella esecutiva risultano assoggettate a quella legislativa, in quanto al giudice si chiede di applicare fedelmente quanto sancito all'interno delle leggi, senza effettuare contaminazioni dettate dalle sue soggettive interpretazioni⁽¹³⁾.

Nonostante il già accennato rapporto di contraddizione, reale o apparente, tra certezza del diritto e giustizia, si può affermare tuttavia che non vi è giustizia senza certezza del diritto e non vi è certezza del diritto senza giustizia.

In effetti, le dichiarazioni linguistiche positive limitano l'area in cui è possibile ricercare un concetto astratto e quindi, almeno in linea di principio, forniscono certezza giuridica⁽¹⁴⁾. Tuttavia, le stesse norme positive sono incerte, con gli interpreti che discutono sul loro significato effettivo ed i giuristi stessi che devono correggere questa incertezza.

In effetti, il positivismo giuridico comprende un'ampia gamma di ipotesi sulla natura del diritto, tra cui la teoria della coattività, che concepisce il diritto come regole imposte con la forza o regolamenti sull'uso della forza all'interno di un gruppo sociale; la teoria imperativistica, che vede le norme giuridiche come comandi, e la supremazia del diritto, che subordina tutte le altre fonti di informazione al diritto. Con riferimento a quest'ultima teoria, l'ordinamento giuridico viene concepito come un sistema completo e coerente e l'interpretazione giuridica

diritto oggettivo». Si veda: F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1951, p. 155.

(13) Si pensi al giudice “*bouche de la loi*” di Montesquieu. Cfr. C.L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Libro VI, cap. 3.

(14) M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma 2010.

non è altro che un'attività meramente logica e tendenzialmente meccanica, c.d. formalismo interpretativo⁽¹⁵⁾.

Il positivismo giuridico presuppone quindi che le leggi vadano rispettate moralmente nella misura in cui sono emanate; in altre parole, che vi sia un obbligo morale di obbedire alle leggi positive. Questa dottrina, che, come sottolinea Bobbio⁽¹⁶⁾, è più propriamente definita positivismo morale o legalismo morale, può essere sia più moderata che più estrema. La prima è l'affermazione che l'esistenza di norme giuridiche emanate da un'autorità che monopolizza il potere in un gruppo sociale, a prescindere dal contenuto delle singole norme, svolge di per sé la funzione essenziale dell'ordine, della pace sociale e della certezza nelle relazioni intersoggettive, cioè contribuisce alla realizzazione di valori considerati preziosi. La seconda, invece, sostiene che la legge non è più un mezzo per realizzare valori desiderabili, ma addirittura un valore in sé, e che una legge legittima è una legge giusta⁽¹⁷⁾.

Quanto detto si ricollega al rapporto tra giustizia e certezza, che può declinarsi in "certezza giustiziabile" e in "giustizia certa" ragionevole e proporzionata, tale da vincolare sia il giudice sia il legislatore assicurando la prevedibilità del giudizio⁽¹⁸⁾.

In merito, si pensi alla stessa ragion d'essere della Carta Costituzionale di matrice liberale, che si sviluppò a cavallo tra XVIII e il XIX secolo⁽¹⁹⁾;

(15) G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e diritto* 1998, Ricerche di giurisprudenza analitica, pp. 203–227. Per approfondimenti sul tema: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1979, p. 19; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1977, p. 126; N. MACCORMICK, "Law, Morality and Positivism" (1982), in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 128–129; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 72–73; V. VILLA, *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 174–175.

(16) Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, parte II, e "Aspetti del positivismo giuridico" (1960), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 1965, p. 300, nt.; M.A. CATTANEO, voce "Positivismo giuridico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1966; J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 37–52.

(17) G. PINO, *op. cit.*, p. 207.

(18) J. LUTHER, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggrava automatismi*, in interneto al sito www.gruppodipisa.it

(19) A. SPADARO, *spec. il suo Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 345–452.

il complesso degli eventi politici e sociali avvenuti in Francia tra il 1789 e il 1799 aveva quale fine ultimo proprio quello di strappare al Monarca assoluto un documento che contemporaneamente desse certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali.

Anni dopo, proprio con l'obiettivo finalistico di dare certezza al diritto, nel 1948 entra in vigore la Costituzione della Repubblica italiana, contenente un ampio fascio di garanzie fondanti l'ordinamento. La Costituzione italiana garantisce chiaramente la giustizia, che si riflette nell'ordinamento giudiziario (articolo 101) e nel "giusto processo" (articolo 111), sia in ambito internazionale (articolo 11) sia nei diritti processuali di azione e difesa che caratterizzano i "rapporti civili" (articoli 24-25) ed i procedimenti penali (articolo 112). Inoltre, la certezza del diritto è indirettamente assicurata da garanzie legislative e giudiziarie come risultato dell'uguaglianza giuridica (art. 3) e della "inviolabilità" dei diritti, in particolare in considerazione della non regressività in malam partem del Codice Penale, dei "giudici determinati dalla legge" (art. 25), la "sicurezza" sociale (articolo 38), ma anche attraverso la protezione di disposizioni che limitano la libertà individuale, la libertà di movimento e di riunione (articolo 13, paragrafo 3, articolo 16, paragrafo 1, articolo 17, paragrafo 3, e articolo 35, paragrafo 3) e l'iniziativa economica (articolo 41). Il principio della certezza del diritto è la base per garantire l'accesso pubblico alle fonti di informazione (articolo 73), la soggezione dei giudici alla legge (articolo 101), la legalità amministrativa (articolo 97), la stretta legalità in materia penale (articolo 25), la legalità fiscale (articolo 23), le garanzie di non regressione (articoli 25, 53 e 3), l'inviolabilità della res iudicata (articolo 111) e la risoltezza costituzionale (articolo 111). Questo è anche il fondamento della garanzia costituzionale (articolo 134)⁽²⁰⁾.

Tuttavia, ciò nonostante, il pluralismo di valori che caratterizza la società contemporanea rende difficile per il legislatore formulare norme in grado di risolvere al proprio interno e con chiarezza i numerosi conflitti di interesse che permeano il mondo giuridico. Così, a volte, la

(20) H. ÁVILA, *Legal Certainty*, Dordrecht, Springer, 2016. Per approfondimenti sul tema: F. KAUFMANN, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2nd ed., Stuttgart, 1973, p. 32; A.E. PEREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 104; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 36; J.S. MAIOR BORGES, *O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo*, RDDT 22, p. 24, São Paulo, 1997.