

INTRODUZIONE

LA DISCRIMINAZIONE, LA PERSONA, LA MACCHINA

La discriminazione, quale fenomeno immediatamente e direttamente correlato alla condotta umana, secondo una costruzione relazionale di tipo causale tra la seconda e la prima, è negli ultimi anni esposto a nuove e, in parte, impreviste torsioni¹.

Il collegamento immediato, in termini temporali, e diretto, perché portato fattuale e causale, con l'azione – intenzionale oppure non intenzionale – della persona umana si vede, infatti, progressivamente sfumare al cospetto dell'*agere* di un soggetto o fattore di tipo diverso e terzo².

L'ingresso nello spazio umano, pubblico³ e privato, della tecnologia e,

¹ Riferisce, secondo una prospettiva più ampia e che guarda più in generale ai rapporti tra intelligenza artificiale e libertà fondamentali, delle criticità che discendono dalla interposizione tra l'uomo e gli eventi della "macchina", A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 63 e ss., e, in particolare, 67 e ss.

² In rapporto al nesso causale tra azione umana ed effetto, la letteratura osserva, infatti, che: «[i]l fatto che oggi la tecnologia (per meglio dire, la potenza cibernetica) non è più soltanto uno 'strumento' per realizzare finalità decise da un soggetto agente umano, ma, è essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la libertà e la persona umana», così A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 93 e ss.

³ Il riferimento è, come noto, anche al settore della giustizia. In proposito, degna di nota sarebbe l'intenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo di dotarsi di sistemi di intelligenza artificiale, anzitutto, con riferimento alla fase preliminare di ricevibilità del ricorso per snellire il procedimento di accesso alla giustizia sovranazionale. Si veda, in questo senso, la chiara manifestazione di interesse in questa direzione mostrata dal Giudice Spano che così si è espresso: «[w]e have throughout the last decade been introducing reforms and one of them, certainly, is the use of information technology. We are now in a phase where we are looking at to what extent we can, for example, at the registration phase introduce algorithmic or automated decision making so as to try and reduce the extent to which this classical

con essa, delle tecnologie di intelligenza artificiale⁴ ha portato con sé conseguenze importanti, tra le altre⁵, sulla fenomenologia della discriminazione⁶, rendendo quantomeno problematica la configurazione dei suoi

registration phase has to all be done manually. [...] When it is done, we can use the data introduced into the system in a more effective manner. But I do think moving to the future a mass, a bulk case court like ours will slowly start introducing algorithmic tools to facilitate its tasks». Ne dà conto V. FIKFAK, *What Future for Human Rights? Decision-making by algorithm*, in *Strasbourg Observer*, 19 maggio 2021.

⁴ Schematicamente, può dirsi che i settori che, ad oggi, fanno maggiormente ricorso alle tecnologie di intelligenza artificiale sono i seguenti: l'amministrazione della giustizia, per quanto attiene alla prevedibilità del rischio di recidiva; la sanità per la diagnostica; le risorse umane per assunzioni e licenziamenti; i sistemi educativi per la valutazione e l'assegnazione dei punteggi; la finanza; il settore assicurativo. Per le implicazioni giuridiche che discendono dalla progressiva centralità che stanno assumendo le tecnologie di intelligenza artificiale, si veda K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ripreso da A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, Mondadori Università, Milano, 2020.

Un approfondimento delle ripercussioni che l'ingresso delle nuove tecnologie è suscettibile di produrre sui più diversi settori della vita quotidiana, privata e pubblica, dell'individuo e della società è offerto dalle relazioni rese nell'ambito del seminario organizzato dall'Associazione "Gruppo di Pisa" in data 26 marzo 2021 dal titolo "Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà", le cui relazioni sono pubblicate in A. LO CALZO, L. PACE, G. SERGES, C. SICCARDI, P. VILLASCHI (a cura di), *Fascicolo speciale monografico, «Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà» in memoria di Paolo Carrozza*, in *Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2021, 1 e ss.

Per un'analisi delle principali implicazioni di carattere etico legate all'espansione delle tecnologie di intelligenza artificiale, si veda J. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, 2016. Interessanti sono anche le conseguenze e i rischi connessi all'impiego delle tecnologie di intelligenza artificiale durante la crisi sanitaria legata alla diffusione del Covid-19. Si rinvia, in tema, a M.S. HORIKAWA, *Digitalized Discrimination: COVID-19 and the Impact of Bias in Artificial Intelligence*, in *The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law*, 2021, 223 e ss.

⁵ Niente affatto secondarie e da sfondo al dibattito si inseriscono le implicazioni di carattere etico, su cui insiste, tra gli altri, in particolare, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 47 e ss.

⁶ L'impatto dell'intelligenza artificiale supera, come noto, la dimensione più circoscritta e propria del fenomeno discriminatorio, tanto da aver indotto autorevole dottrina a coniare l'espressione ormai famosa di realtà «on-life» a voler enfatizzare come la realtà virtuale si sta oppure si è ormai imposta al fianco di quella materiale e concreta. Il

tratti caratterizzanti, prodotto di una convergenza di studi che ha avvicinato nel corso dei decenni le scienze sociali – dalla sociologia, al diritto, alla filosofia – nella ricerca di una sua definizione esaustiva e condivisa⁷.

Se ad oggi sussiste un consenso intorno alla equiparazione tra la discriminazione, intesa nella sua duplice accezione di fenomeno sociale e giuridico, e la differenziazione irragionevole, perché ingiustificata e sproporzionata, tra due fattispecie sovrapponibili, cioè analoghe oppure ritenute meritevoli di eguale trattamento, emergono, viceversa, criticità a fronte di distinzioni realizzate non più (non solo) per opera dell'azione dalla persona, bensì più o meno intensamente e direttamente influenzate dal funzionamento di un soggetto terzo, la macchina⁸. Ci si riferisce a differenziazioni che, nei casi più complessi, costituiscono il prodotto di condotte quasi eterodirette, in cui l'azione umana appare pressoché estromessa dalla relazione causale azione-evento⁹ sulla base di meccanismi capaci di funzionamento autonomo e, talvolta, dalle dinamiche interne sconosciute e di ardua ricostruzione *ex post*.

Le difficoltà nel tracciare un collegamento tra la condotta umana e la discriminazione, motivata dalla intermediazione della macchina tra la prima e la seconda, si pone così al centro delle problematiche teoriche e applicative, che investono i rapporti tra la discriminazione, il diritto

riferimento è ai lavori di L. FLORIDI, tra cui, si rinvia a *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.

⁷ Si veda, in particolare, in tema il *memorandum* redatto dalla *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* delle Nazioni Unite, dal titolo *The main types and causes of discrimination*, del 7 giugno 1949, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/40/rev. 1. Più in generale, per una ricostruzione della nozione di discriminazione e delle sue origini e cause secondo un'analisi che muove dalle scienze sociali sino alla positivizzazione operata nel corso dell'ultimo secolo per opera del diritto nazionale e sovranazionale, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁸ Sottolinea come le tecnologie di intelligenza artificiale siano ontologicamente preposte a distinguere K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁹ In tema, per una ricostruzione efficace delle novità determinate dalla intermediazione della tecnologia nella costruzione delle dinamiche relazionali, si vedano J. PEARL, D. MACKENZIE, *The book of why. The new science of cause and effect*, Basic Book, New York, 2018.

antidiscriminatorio¹⁰ e l'intelligenza artificiale, che questo Studio si propone di approfondire.

Sullo sfondo, si staglia il tema dai contorni più ampi della relazione tra la persona umana e la macchina, cioè tra la prima e le sue azioni, da un lato, e l'innovazione tecnologica, dall'altro, a cui accede quello del "posto" occupato o che dovrebbe occupare la persona rispetto alla macchina alla luce del principio costituzionale di autodeterminazione letto nel prisma dell'art. 2 Cost. Una macchina, che si vorrebbe confinata nella categoria dei "mezzi"¹¹, ma che sembra, invece, trasformarsi in "soggetto agente"¹², rescindendo i legami relazionali tra la persona umana, la condotta e i suoi effetti.

Il rischio che sembra profilarsi è, insomma, che l'abdicazione in favore della macchina, intesa in senso volutamente astratto, e della tecnologia, che si sta prepotentemente insediando negli spazi della vita umana quotidiana, pubblica¹³ e privata, lasci indietro le persone¹⁴ e, con queste, i loro diritti¹⁵.

¹⁰ La nozione di diritto antidiscriminatorio qui accolta vale a coprire quel ramo del diritto, che si propone di occuparsi della definizione dei tratti della discriminazione, della identificazione delle sue forme e tipologie, degli strumenti per la prevenzione ed il contrasto delle sue manifestazioni esterne. Per un approfondimento delle categorie su cui poggia il diritto antidiscriminatorio, si rinvia a S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

¹¹ Richiama e si sofferma sulla distinzione di derivazione aristotelica tra mezzo e soggetto agente nella prospettiva della costruzione teorica delle relazioni tra persona umana e tecnologia, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 67.

¹² *Ibidem*.

¹³ Si pensi allo spazio riservato alle nuove tecnologie nel settore dell'amministrazione della giustizia, su cui svolge riflessioni critiche M. LUCIANI nel suo *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 872 e ss. Uno studio interessante sui settori e sulle modalità di impiego delle tecnologie di intelligenza artificiale da parte delle istituzioni pubbliche e facenti capo all'esecutivo, in particolare, è stato realizzato negli Stati Uniti da un team di ricercatori della Stanford University e della New York University, dal titolo *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*. Lo studio può essere letto nella sua versione integrale al seguente link: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Re-port.pdf>.

¹⁴ Sulla centralità che deve riconoscersi alla persona al cospetto dell'ingresso della tecnologia nella sfera dell'"umano", si sofferma T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Giurcost.*, 2020, 675 e ss. e, in particolare, 681-682.

¹⁵ Per un approfondimento nell'ambito della letteratura nazionale delle implicazioni

Non fa eccezione, tra questi, il principio di eguaglianza e di non discriminazione¹⁶.

Che l'intelligenza artificiale, e rinviando ad una sua più precisa proposta definitoria¹⁷, distingua è dato intimamente connesso alla sua struttura ontologica¹⁸. La macchina è chiamata ad operare distinzioni sulla base di una certa, definita e chiusa selezione di dati. Se, quindi, l'intelligenza artificiale per sua natura compie delle scelte, cioè delle differenziazioni, si tratterà, in questa sede, di interrogarsi non tanto sul *se* le tecnologie di intelligenza artificiale distinguono, quanto piuttosto sul *come* lo fanno. La ricerca del

derivanti dal ricorso alle tecnologie di intelligenza artificiale, si rinvia, diffusamente, a U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti. L'etica*, Giuffrè, Milano, 2020 e ai contributi *ivi* contenuti.

¹⁶ Interessante osservare come, solo di recente, la letteratura abbia cominciato ad occuparsi anche dei rapporti tra funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale e discriminazioni e come, tuttavia, persista una predominanza ad occuparsi del tema in esame da parte di scienziati informatici. In tema, qualche anno fa, offrivano una mappatura analitica, corroborata da dati, degli studi esistenti in tema di intelligenza artificiale e discriminazione, M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, 2019, 1 e ss. Sull'opportunità e necessità di costruire modelli di intelligenza artificiale rispettosi del principio di non discriminazione si veda l'iniziativa del Consiglio d'Europa, confluita nell'adozione nel dicembre del 2018 della *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, che dedica il punto n. 2 ai rischi di interferenze tra la costruzione dei modelli di intelligenza artificiale e la tutela della non discriminazione tra individui e gruppi. Il testo della Carta può essere consultato al seguente link: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Sui rischi discriminatori legati all'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale, si veda, invece, lo studio condotto dalla *Federal Anti-Discrimination Agency*, dal titolo *Risks of Discrimination through the Use of Algorithms*, pubblicato nel 2020 e scaricabile al seguente link: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/Studie_en_Diskriminierungsrisiken_durch_Verwendung_von_Algorithmen.html.

¹⁷ Su cui si veda, *infra*, la Parte Prima dello Studio.

¹⁸ Soccorre, in questa prospettiva, la nozione di algoritmo, su cui sussiste una qualche unanimità nel qualificarlo alla stregua di: «[a]n algorithm is a set of well-defined instructions, especially for use by a computer. In the context of automated decision-making, an algorithm is the set of instructions that tells a computer how to complete a prespecified task».

come costituisce, quindi, obiettivo primario dello Studio, oggetto, anzitutto, della sua Prima Parte¹⁹.

Dal punto di vista metodologico, l'indagine sul *come* distingue la macchina richiede di prendere le mosse dalla comparazione tra i tratti che contraddistinguono la distinzione operata dalle tecnologie di intelligenza artificiale e la nozione giuridica, umana, di discriminazione. In altri termini, occorre inquadrare ed interpretare il funzionamento della macchina, che distingue, alla luce dei criteri che il diritto impiega per qualificare una distinzione quale discriminazione. Una analisi tanto più opportuna, se si considera, come noto, che non ogni distinzione costituisce una discriminazione lesiva del principio di eguaglianza e di non discriminazione, secondo un portato pacificamente accolto dal diritto positivo, così come dalla giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale.

La scelta di impostare lo studio della discriminazione prodotta dalla macchina dalla prospettiva dei principi e delle regole del diritto antidiscriminatorio tiene, inoltre, in adeguata considerazione peculiarità ulteriori che insistono, ancora una volta, sul *come* si realizza la distinzione irragionevole.

Il *come*, infatti, non sempre è decifrabile.

Talvolta, non è noto il funzionamento interno della macchina, in altre, non è identificabile la causa primigenia della differenziazione; un insieme di criticità, che, potenzialmente, precludono o, perlomeno, rendono complesso lo scrutinio sulla ragionevolezza o "bontà" della distinzione e, dunque, sulla non sanzionabilità della condotta.

Secondo una impostazione che accosta il diritto antidiscriminatorio tradizionale alla nuova fenomenologia discriminatoria, lo Studio si propone, così, di tratteggiare gli elementi che contraddistinguono, secondo un approccio di tipo dogmatico-teorico, la discriminazione che deriva dal ricorso alle tecnologie di intelligenza artificiale, definita, in questa sede, *AI-derived* o *AI-based discrimination*.

Finalità ultima sarà, poi, verificare la tenuta delle nozioni classiche del diritto antidiscriminatorio sia in termini ricostruttivo-ricognitivi, ossia di adeguatezza delle categorie esistenti a ricomprendere al proprio interno anche le specificità della discriminazione derivante dal ricorso alle tecnologie di intelligenza artificiale, sia in punto di efficacia delle teorie incardinate

¹⁹ Su cui si vedano, in particolare, le Parti Prima e Seconda dello Studio.

sulla dicotomia discriminazione diretta/discriminazione indiretta quanto alla loro rispettiva capacità di fare fronte, intercettandola e sanzionandola, la nuova fenomenologia discriminatoria.

La Seconda Parte dell'indagine insiste, invece, sui caratteri della discriminazione, che si produce per effetto dal ricorso all'intelligenza artificiale e che saranno approfonditi secondo una prospettiva "dal basso", che guarda alle vittime, e con esse, ai fattori di discriminazione, tradizionali e "nuovi".

L'analisi mira, qui, a esaminare le peculiarità applicative della discriminazione legata al funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale da un punto di vista soggettivo, cioè dal lato degli individui e dei gruppi, con la finalità di dimostrare come, anche secondo questa diversa prospettiva, cioè quella soggettiva, la discriminazione *AI-based* si allontana da quella "umana".

Una distanza o separazione che poggia almeno su due ragioni: l'elemento su cui si incardina la decisione della macchina, cioè il *proxy*, e non più, non solo e non sempre, un fattore di discriminazione classico; la caratterizzazione delle vittime della discriminazione *AI-based*, che, similmente, ne smarriscono i tratti tradizionali, tra tutti, la consapevolezza della propria qualità di vittima, appunto, di un trattamento irragionevolmente differenziato, presupposto dell'esercizio del proprio diritto di accesso al giudice.

La Parte Terza dello Studio si sofferma, infine, sul ruolo che si vorrebbe o che si ritiene dovrebbero assolvere, rispettivamente, il legislatore – e, qui, il tema è anche *quale* legislatore e, quindi, se nazionale, europeo, sovranazionale²⁰ –, i giudici e le Corti, ancora una volta, domestici e sovranazionali²¹, in punto di regolamentazione e di prevenzione, il primo, di contenimento e repressione o contrasto del nuovo fenomeno della discriminazione *AI-based*, i secondi.

²⁰ Tema che persiste pure a fronte della approvazione del primo Regolamento in tema di intelligenza artificiale da parte delle istituzioni dell'Unione Europea, in attesa di un chiarimento di quale sarà il ruolo che andranno ad assolvere gli Stati membri, confinando per un momento lo sguardo esclusivamente alla vicenda europea.

²¹ L'analisi dei casi giurisprudenziali, ancora scarni rispetto all'importanza che ha acquisito il tema approfondito in questa sede, costituirà la principale dimostrazione o banco di prova dei primi esperimenti regolamentari entrati in vigore entro il continente europeo e sullo scenario globale.