

Direttori della Collana Dentro il giudizio

Antonio Carratta, *Università Roma Tre*

Mario De Caro, *Università Roma Tre*

Giorgio Pino, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Abadi MT, Aceh Light, Barlow Semi Condensed, Pluto Sans W01 (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©

Roma, febbraio 2023

ISBN: 979-12-5977-153-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Indice

<i>Presentazione</i> , di ANTONIO CARRATTA, MARIO DE CARO, GIORGIO PINO	9
MASSIMO REICHLIN, <i>Emozioni e processi riflessivi nei giudizi morali</i>	11
1. <i>Razionalismo e sentimentalismo nella tradizione filosofica</i>	11
2. <i>Neosentimentalismo</i>	13
3. <i>La teoria del doppio processo</i>	18
4. <i>Aspetti critici e approcci alternativi</i>	23
5. <i>Conclusioni</i>	27
FLAVIA CORSO, ANDREA LAVAZZA, <i>Diritto e neuroscienze: un avvicinamento a due velocità</i>	29
1. <i>Premessa</i>	29
2. <i>Neurodiritto, definizione e contesto</i>	30
2.1. <i>La prospettiva neuroscientifica</i>	33
2.2. <i>“Trattare” il crimine</i>	35
3. <i>La realtà giuridica e del senso comune</i>	37
3.1. <i>Il compatibilismo</i>	39
3.2. <i>La tesi antinaturalistica</i>	41
3.3. <i>Il ruolo delle emozioni</i>	43
4. <i>Il situazionismo</i>	45
5. <i>Conclusione</i>	49
MARIO DE CARO, <i>Retributivismo, utilitarismo e libero arbitrio</i>	51
1. <i>Utilitarismo radicale in teoria della pena</i>	51
2. <i>La sfida deterministica</i>	54
3. <i>La sfida dell'epifenomenismo</i>	59
4. <i>La teoria della pena tra utilitarismo e retributivismo</i>	61
LORENZO MILAZZO, <i>Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano</i>	67
1. <i>Una premessa</i>	67
2. <i>Il Codice Rocco e i lavori preparatori</i>	69
3. <i>Principio di colpevolezza e libero arbitrio nell'ordinamento repubblicano</i>	75
4. <i>Una prima difficoltà, d'ordine logico</i>	80
5. <i>Dalla libertà del volere alla «motivabilità mediante norme»</i>	82
6. <i>Dalla possibilità di assumere l'atteggiamento doveroso della volontà alla constatazione del fatto che gli altri in genere lo fanno</i>	86
7. <i>'Come se'</i>	89

DANIELE PIVA, <i>Il ruolo delle emozioni nel giudizio penale tra “oggetto della valutazione” e “valutazione dell’oggetto”</i>	95
SOFIA BONICALZI, <i>Scatole nere, pregiudizi e discrezionalità. Tre questioni etiche su intelligenza artificiale e diritto</i>	103
1. <i>Introduzione</i>	103
2. <i>Il problema della scatola nera</i>	105
3. <i>Pregiudizi umani e algoritmici</i>	110
4. <i>Giustizia distributiva e retributiva fra discrezionalità e uniformità</i>	114
5. <i>Conclusioni</i>	121
MARTA INFANTINO, <i>Responsabilità da danno algoritmico</i>	123
1. <i>Introduzione</i>	123
2. <i>Prospettive e caveat</i>	125
3. <i>Lo spettro degli incidenti algoritmici</i>	128
4. <i>Connotati e problemi</i>	131
5. <i>Illeciti algoritmici e processi extracontrattuali</i>	134
5.1. <i>Giudici e giurie</i>	134
5.2. <i>Profili probatori</i>	135
5.3. <i>Danni di massa e azioni collettive</i>	136
5.4. <i>Il costo delle liti</i>	137
6. <i>Conclusioni</i>	139

Responsabilità da danno algoritmico

MARTA INFANTINO*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Prospettive e caveat – 3. Lo spettro degli incidenti algoritmici – 4. Connotati e problemi – 5. Illeciti algoritmici e processi extracontrattuali – 5.1. Giudici e giurie – 5.2. Profili probatori – 5.3. Danni di massa e azioni collettive – 5.4. Il costo delle liti – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente contributo si centra sugli ‘illeciti algoritmici’, definibili, in prima approssimazione, come incidenti nei quali un algoritmo più o meno intelligente, più o meno autonomo, provoca conseguenze dannose di natura extracontrattuale¹. Scopo dell’indagine, nel limitato spazio a disposizione, è illustrare come tali illeciti presentino caratteri, e sollevino problemi, che chiamano a una risposta differenziata a seconda della tradizione giuridica di riferimento. Un simile obiettivo rasenta ovviamente la banalità; eppure, esso merita di essere perseguito tenendo conto di come molti degli attuali dibattiti sulla regolazione algoritmica si orientino verso la ricerca di un regime di responsabilità che possa dirsi ottimale in ogni tempo e luogo, finendo così per sottovalutare l’importanza del contesto nel definire spazi e modi di intervento delle regole giuridiche.

A questo fine, dopo un breve inquadramento della prospettiva geografica e culturale nella quale il presente scritto intende collocarsi (par. 2), si offrirà qualche esemplificazione di cosa si intende qui per illecito algoritmico (par. 3), per poi analizzare gli elementi peculiari a tali illeciti e le sfide particolari che essi sollevano (par. 4). Si passerà quindi, sia pure molto in breve, a evidenziare come macro-regioni diverse del Nord del mondo siano

* DISPES, Università di Trieste.

¹ Questo breve saggio, che mantiene il tono colloquiale e la povertà di riferimenti propri all’originario intervento orale, si appoggia largamente a ricerche preesistenti, in particolare quelle condotte dall’autrice assieme al Dott. Weiwei Wang: si v., oltre che M. Infantino, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali*, in «Responsabilità Civile e Previdenza», 2019, pp. 1762-1784, M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts. A Prospective Comparative Overview*, in «Transnational Law & Contemporary Problems», 28, 2019, pp. 309-362.

variamente attrezzate a reagire al moltiplicarsi di questi incidenti (par. 5): il richiamo è, in particolare, all'Europa continentale, alla Cina e agli Stati Uniti². Per verificare in quale misura i locali sistemi di responsabilità civile siano pronti ad affrontare la *litigation* extracontrattuale riguardo ai sinistri algoritmici, ci si soffermerà (non tanto sulle regole sostanziali inerenti il possibile regime di responsabilità, i principi di ricostruzione dell'eziologia dei danni, le poste risarcibili, le difese disponibili – questioni che sono solite attrarre, e hanno già attratto, ampia attenzione³ –, quanto) su aspetti di tipo procedurale, selezionati per la loro capacità di incidere sul raggio di operatività e l'amministrazione dei rimedi extracontrattuali. L'attenzione andrà allora a: la presenza, o no, di giurie entro i processi di responsabilità civile (par. 5.1), le regole probatorie (par. 5.2), la disponibilità di forme di aggregazione delle azioni individuali (par. 5.3) e la ripartizione dei costi di giustizia (par. 5.4). Ancorché una simile verifica verta su questioni assai limitate e frammentarie, e si mantenga a un livello di genericità tale da non rendere onore alle molteplici articolazioni interne esistenti entro le regioni di riferimento, i dati raccolti consentiranno di trarre alcune conclusioni sia riguardo alla variegata attitudine delle tradizioni in esame a reagire agli illeciti algoritmici, sia, più in generale, circa l'utilità, se non la necessità, di un approccio comparato al tema (par. 6).

² Quanto all'Europa, restano perciò esclusi dal raggio di analisi i sistemi di *common law* d'oltre Manica, e in particolare quello inglese. La scelta si deve alla circostanza che la commistione fra la famiglia giuridica di appartenenza – il *common law*, appunto – e la sedimentazione di regole provenienti dall'Unione Europea e dal sistema gravitante attorno alla Convenzione di Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali rendono tali sistemi da un lato vicini all'esperienza statunitense, ma dall'altro lato anche partecipi di molti caratteri propri al continente. Onde evitare di complicare oltre modo il discorso, le pagine che seguono guarderanno dunque ai soli sistemi europeo-continentali, presi nel loro insieme. Per le medesime ragioni, si farà riferimento generico agli Stati Uniti, ancorché questi siano in effetti una federazione di cinquanta stati – più il sistema federale –, ciascuno dotato di un proprio diritto della responsabilità civile, e si prenderà in considerazione la sola Cina continentale, senza guardare alle giurisdizioni miste delle regioni amministrative speciali nelle isole di Macao e Hong Kong (il cui diritto privato, e quindi anche extracontrattuale, è rispettivamente di matrice sino-portoghese e sino-inglese).

³ In una letteratura già amplissima, si v., a titolo di esempio, E. Karner, B. A. Koch, M. Geistfeld, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, Publications Office of the European Union, 2021, <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/8a32ccc3-0f83-11ec-9151-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>; nonché M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., pp. 346-361.

2. Prospettive e caveat

Le società in cui viviamo sono oramai intrise di sistemi meno e più intelligenti che tengono traccia delle attività umane, gestiscono quantitativi enormi di informazioni, individuano correlazioni ed erogano servizi in modo rapido, seriale, costante e ininterrotto. I più intelligenti fra questi sistemi sanno riconoscere immagini, decrittare suoni, comporre sinfonie, dialogare con le persone e apprendere dal mondo in autonomia. È la c.d. intelligenza artificiale (d'ora in avanti IA), i cui impieghi correnti spaziano dal supporto delle diagnosi mediche all'internet-delle-cose (*Internet-of-things* o IoT), dalla robotica alla finanza, dalla sorveglianza alle vetture driverless.

Una simile rivoluzione è certamente suscettibile di produrre enormi benefici individuali e collettivi, ma anche di perturbare in modo dirompente gli assetti economici, politici e sociali del mondo analogico. In un contesto artificialmente intelligente, le applicazioni non solo contribuiscono a decidere quali malattie curare, in che settori investire e chi far arrestare, ma influiscono anche, con i loro mix di descrizione e predizione, sulle scelte riguardo i prodotti da acquistare, le cause da sposare, le persone da assumere, assicurare, ascoltare, votare.

Per quanto ci interessa, è chiaro che l'impiego massivo di algoritmi – se evita o comunque riduce il realizzarsi di molti incidenti tipicamente collegati alle attività umane – non elimina del tutto la possibilità che si verifichino contatti dannosi, e anzi apre la porta al possibile occorrere di tipologie inusate di sinistri. È perciò ragionevole supporre che, al moltiplicarsi delle attività algoritmiche, si accompagni il sorgere di nuovi incidenti⁴.

Si badi, tuttavia: quanto appena detto non significa affatto che la responsabilità extracontrattuale rappresenti la risposta ideale, né tanto meno l'unica, per regolare le odierne società algoritmiche. Il diritto del torto per definizione offre rimedi casuistici, bilaterali e successivi all'occorrere del danno, la cui attivazione è rimessa all'iniziativa individuale delle singole vittime (qualora queste ultime vogliano e possano farlo) e la cui concessione dipende dalle pronunce emesse caso per caso da corti civili variamente coordinati fra loro⁵. È poi dubbio che tali corti siano attrezzate

⁴ Si v., per tutti, W. Barfield e U. Pagallo, *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*, Cheltenham-Northampton, EE, 2020, pp. 93-95; D. Gifford, *Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation*, in «Journal of Tort Law», 11, 2018, pp. 71-143.

⁵ Non è certo questa la sede per approfondire i caratteri del diritto che ci occupa. Per una riflessione su funzioni e limiti del diritto della responsabilità civile in chiave storica e com-

a trattare complicate questioni tecnico-scientifiche e a assumere decisioni di rilevanza collettiva circa la distribuzione dei rischi tecnologici, specie considerato come – si sottolinea sovente⁶ – regole di responsabilità troppo severe potrebbero bensì proteggere i danneggiati, ma anche realizzare effetti contro-producenti per l'innovazione e l'economia nel suo complesso.

Resta però il fatto che, con tutte le loro imperfezioni, i sistemi di responsabilità civile si sono evoluti ed espansi, nel corso degli ultimi due secoli, di pari passo con l'industrializzazione e l'evoluzione tecnologica, fungendo giuridicamente ora da pungolo, ora da scudo, alla produzione di beni e allo svolgimento di attività intrinsecamente dannose⁷. Ecco perché, come si diceva, è ragionevole supporre che le regole di responsabilità civile avranno una parte importante da svolgere anche a fronte dell'attuale rivoluzione algoritmica. Non a caso, in tutte le regioni in esame, vi è un'esile ma crescente *litigation* extracontrattuale centrata sull'impiego di algoritmi⁸ e, specie in Europa continentale e negli Stati Uniti, si è già formato un dibattito piuttosto cospicuo circa il regime di responsabilità ottimale da applicare ai danni cagionati da algoritmi (soprattutto se integrati in un supporto fisico, come robot chirurgici e macchine a guida autonoma)⁹.

In questa sede, però, non ci interesseremo a quel dibattito, che è sovente teso a individuare il punto ottimale di compromesso fra copertura delle esternalità negative causate dall'attuale rivoluzione algoritmica e protezione del libero corso dell'innovazione tecnologica. Anzi, presupposto della presente analisi è proprio che non vi sia regola 'migliore' che possa dirsi tale in ogni luogo. Come si cercherà di dimostrare, ciascuna tradizione presenta dei propri macro-connotati giuridici, interni ed esterni al diritto

parata, si rimanda, per tutti, a M. Bussani, *L'illecito civile*, Napoli, ESI, 2020, pp. 113-160.

⁶ Si v., a questo riguardo, Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, 2021/0106(COD), 21 aprile 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>, considerando (3)-(5).

⁷ Si v. M. Bussani, *L'illecito civile*, cit., pp. 113-160; D. Gifford, *Technological Triggers to Tort Revolutions*, cit.

⁸ Si v. i casi citati *infra*, alle note 16, 18-21, 23.

⁹ Il dibattito è già troppo ampio per poter essere qui sintetizzato. Si rimanda alla letteratura citata in M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., oltre che a GRECA (ed.), *La responsabilité civile et l'intelligence artificielle*, Brussels, Larcier, in corso di pubblicazione 2023; E. Karner, B. A. Koch, M. A. Geistfeld, C. Wendehorst (a cura di), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, Berlino, Boston, de Gruyter, 2022; A. Beckers e G. Teubner, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence. Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Oxford-Portland, Hart, 2021.

della responsabilità civile¹⁰, che incidono sullo spazio e sul raggio di operatività a questo riconosciuto e riconoscibile. In altri termini, non c'è una regola ottimale in astratto; ci possono essere solo regole più o meno adatte ai contesti nei quali, e alle finalità per le quali, queste sono chiamate a operare.

Un ultimo caveat. I macro-connotati che ci interessano, essendo radicati in profondità nell'architettura giuridica propria a ciascuna regione analizzata, sono tali da non poter essere modificati agilmente per effetto della semplice adozione, dall'alto, di regole nuove (per quanto 'migliori'). Sul punto, tutti i sistemi in esame sono all'erta. L'Ufficio Centrale per la Sicurezza Cibernetica della Repubblica Popolare Cinese ha adottato il 31 dicembre 2021 un "Regolamento sulla gestione dei sistemi algoritmici di raccomandazione", entrato in vigore in vigore il 1° marzo 2022, che impone regole di sicurezza e trasparenza agli operatori che impieghino sistemi personalizzati di suggerimento di informazioni, offerte e servizi¹¹. In Europa continentale, alla proposta di 'Regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale' presentata dal Parlamento europeo nell'ottobre 2020¹², si è affiancata quella elaborata dalla Commissione nell'aprile 2021 per un Regolamento c.d. Artificial Intelligence Act¹³. Negli Stati Uniti pende dal febbraio 2022 avanti al

¹⁰ Si pensi, per non fare che qualche esempio, alle regole che governano la circolazione dei dati, al ruolo ricoperto, in ciascun sistema, da amministrazioni, autorità indipendenti e assicurazioni private, al vario rapporto fra rimedi pubblicistici e privatistici, ai differenti tassi di accettazione dei rischi e di litigiosità propri alle varie culture giuridiche. Circa l'interdipendenza fra regole extracontrattuali e contesto giuridico, v., per tutti, M. Bussani e M. Infantino, *Tort Law and Legal Cultures*, in «American Journal of Comparative Law», 63, 2015, pp. 77-108.

¹¹ Ufficio Centrale per la Sicurezza Cibernetica, *Regolamento sulla gestione dei sistemi algoritmici di raccomandazione*, 31 dicembre 2021, a http://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894606364259.htm.

¹² Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL))*, ottobre 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_IT.html.

¹³ Si v. retro, nota 6. Questa proposta, per la verità, non contiene regole di responsabilità ma istituisce un complesso di obblighi e forme di monitoraggio ex ante circa gli impieghi dell'intelligenza artificiale. Per un primo commento alla proposta, M. Ebers, V. R. S. Hoch, F. Rosenkranz, H. Ruschemeier, B. Steinrötter, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in «J», 4, 2021, pp. 589-603; L. Floridi, *The European Legislation on AI: A Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in «Philosophy & Technology», 2021, pp. 215-222. Nel settembre 2022 la Commissione Europea ha pubblicato due ulteriori proposte (di direttiva), l'una centrata sull'ammodernamento delle norme in materia di responsabilità da prodotto

Congresso un disegno di legge intitolato ‘Algorithmic Accountability Act’¹⁴. Ma, occorre chiedersi, queste riforme sono o sarebbero in grado di modificare i fattori che, in ciascun ordinamento, determinano la quantità, la tipologia e i tassi di successo dei casi portati in giudizio? Il presupposto da cui parte il presente scritto è che la risposta a questa domanda sia, per lo meno nel breve periodo, largamente negativa. I tratti generali di un sistema – quelli che definiscono l’attitudine delle vittime di reagire ai torti, la facilità o la convenienza economica del farlo, la disponibilità dei giudici ad allargare le maglie della responsabilità – non sono elementi che si modificano rapidamente, né per effetto di un tratto di penna soltanto.

Ecco perché le seguenti pagine si centreranno, sia pure in modo necessariamente superficiale, a osservare alcuni aspetti apparentemente collaterali rispetto al diritto extracontrattuale, ma in realtà importanti e resistenti nel determinare la reattività dell’infrastruttura giuridica rispetto ai cambiamenti tecnico-sociali.

3. *Lo spettro degli incidenti algoritmici*

Gli illeciti algoritmici possono assumere una varietà infinita di forme.

Sono oramai note le conseguenze economiche massive che possono discendere dall’interconnessione fra molteplici robot finanziari. È rimasto celebre il c.d. Flash Crash del 6 maggio 2010, nel quale degli ordini errati di acquisto di azioni, ripetuti immediatamente da una moltitudine di *robo-advisors* ultraveloci e connessi, hanno generato un effetto a cascata tale da far crollare improvvisamente il mercato azionario statunitense e da bruciare centinaia di milioni di dollari in una ventina appena di minuti¹⁵.

Nell’ambito degli incidenti che determinano limitazioni e lesioni al

e l’altra mirante a introdurre alcuni correttivi probatori da applicare ai giudizi extracontrattuali di risarcimento dei danni cagionati da un’intelligenza artificiale: v. rispettivamente COM(2022)495 e COM(2022) 496.

¹⁴ H.R.6580 – Algorithmic Accountability Act of 2022, a <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6580/text?r=2&s=1>. Come la proposta di regolamento avanzata dalla Commissione Europea (si v. retro, note 6 e 13), anche questo testo si limita a stabilire obblighi di comportamento e certificazione a carico delle imprese che ricorrono a forme di intelligenza artificiale.

¹⁵ U.S. Commodity Futures Trading Commission e U.S. Securities & Exchange Commission, *Findings Regarding the Market Events of May 6, 2010. Report of the Staffs of the CFTC and SEC to the Joint Advisory Committee on Emerging Regulatory Issues*, 30 settembre 30, a <https://www.sec.gov/files/marketevents-report.pdf>.

corpo, sono altrettanti risaputi i pericoli associati agli algoritmi di polizia predittiva e a quelli per le diagnosi mediche: si immagini ad esempio un sistema intelligente che sia istruito a privilegiare la ricerca di criminali potenziali, anche laddove questo possa condurre al fermo di un innocente¹⁶, oppure a un programma costruito per supportare i medici nella valutazione della salute dei pazienti che, avendo tratto irragionevoli correlazioni fra certi sintomi e certe malattie, suggerisca esami e trattamenti non necessari, o viceversa non segnali esami e trattamenti necessari¹⁷.

Ma ancora, si pensi al costo economico e reputazionale che persone e imprese possono subire per una minima flessione del ranking dei risultati loro riferiti per effetto di minime modifiche negli algoritmi che muovono i motori di ricerca¹⁸, oppure in ragione delle funzioni di auto-completamento adoperate dagli stessi motori, che sovente associano soggetti a informazioni scorrelate, inventiere o spiacevoli¹⁹.

¹⁶ Negli Stati Uniti vi è oramai una copiosa giurisprudenza riguardo gli algoritmi di riconoscimento facciale, per lo più declinata in termini di azioni per ingiustificato arricchimento proposte da coloro le cui fotografie sono state inserite, senza autorizzazione, fra i dati volti a educare i sistemi intelligenti: *Vance et al v. Microsoft Corporation*, 14 aprile 2021, 534 F. Supp. 3d 1301 (US District Court for the Western District of Washington) e *Vance et al v. Amazon.com, Inc.*, 14 aprile 2021, 534 F. Supp. 3d 1314 (US District Court for the Western District of Washington). Similmente, in Cina (ma con riguardo a un software di creazione di personaggi elettronici, che aveva impiegato l'immagine dell'attore per creare un avatar a suo modello e poi – senza chiedere l'autorizzazione dell'interessato – concedere l'uso di quell'avatar a terzi), si v. Corte Suprema della Repubblica Popolare Cinese, *Tipiche cause civili di tutela giurisdizionale dei diritti della personalità dopo la promulgazione del codice civile*, 11 aprile 2022, no. 4 (la quale riporta una decisione di primo grado della Corte dell'internet di Pechino, a <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-354261.html>; occorre al riguardo notare che la Corte Suprema Cinese pubblica regolarmente liste di 'casi tipici', specialmente selezionati, al fine di offrirli quale guida ai tribunali).

¹⁷ A dispetto dei continui sviluppi dell'IA, i sistemi diagnostici intelligenti sono ancora ben lungi dall'essere accurati: si v. M. Mirbabaie, S. Stieglitz, N. R. J. Frick, *Artificial intelligence in disease diagnostics: A critical review and classification on the current state of research guiding future direction*, in «Health and Technology», 11, 2021, pp. 693-731.

¹⁸ Si v. il caso americano *Kinderstart.com v. Google, Inc.*, 16 marzo 2007, 2007 WL 831806 (N.D.Cal.) (ove, tuttavia, la corte ha accolto la difesa del convenuto Google, secondo il quale la scelta di ordine dei risultati di ricerca è espressione del diritto alla libertà di espressione, come tale coperto dal Primo Emendamento alla Costituzione americana).

¹⁹ Cfr. Prima Corte Intermedia di Pechino, *Ren Jiayu v. Beijing Baidu Technology & Science Co.*, 12 marzo 2015, 09558 (secondo la quale Baidu non risponde delle associazioni algoritmiche proposte dal suo motore di ricerca, poiché queste sono il frutto di un trattamento automatizzato di dati non imputabile all'impresa); Cour de Cassation, 1a sezione civile, 19 giugno 2013, n° 12-17.591, ECLI:FR:CCASS:2013:C100625 (che ha ritenuto Google irresponsabile delle associazioni diffamatorie proposte dalle sue funzioni di autocomple-

Rilevano poi gli effetti discriminatori che possono colpire le persone quando postulano per un lavoro, un mutuo, un'assicurazione, grazie alle conclusioni tratte in virtù del trattamento statistico massivo delle informazioni loro e altrui²⁰, così come i portati negativi evidenti suscettibili di scaturire dall'automazione algoritmica dell'esercizio di funzioni pubbliche, come la ricerca di frodi ed evasioni fiscali e lo svolgimento di compiti amministrativi²¹.

In una società algoritmicamente avanzata, si deve anche tener conto delle conseguenze pregiudizievoli ricollegabili alla vulnerabilità dei sistemi

tamento in virtù dell'automatismo delle stesse); BGH, 14 maggio 2013, VI ZR 269/12, BGHZ 197, 213 (che invece ha ritenuto Google responsabile nel caso in cui il motore di ricerca proponga associazioni infondate e infamanti).

²⁰ Tali effetti sono ampiamente osservati e studiati con riguardo agli Stati Uniti: cfr. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, Public Affairs, 2019, pp. 3-4, 200-206; V. Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, New York, St. Martin's Press, 2018, pp. 1-12; C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction*, New York, Crown, 2016, pp. 161-178. Ma si v. anche la decisione della Corte Suprema americana *TransUnion LLC v. Ramirez*, 25 giugno 2021, 141 S. Ct. 2190 (2021) (che ha precisato come individuare il gruppo di vittime legittimate a presentare un'azione collettiva contro un'agenzia di rating del credito privata che, utilizzando un algoritmo mal costruito, aveva erroneamente schedato circa 8.000 persone come potenziali terroristi).

²¹ Copiosi sono i casi al riguardo. Cfr., negli Stati Uniti, *K.W. v. Armstrong*, 28 marzo 2016, 180 F. Supp. 3d 703 (Idaho District Court) (sull'illegittimità dell'uso da parte dell'Idaho Department of Health & Welfare di un programma di budgeting che aveva erroneamente ridotto in modo automatizzato le sovvenzioni spettanti ai disabili di quello stato); *State v. Loomis*, 13 luglio 2016, 2016 WI 68 (Wisconsin Supreme Court) (circa la legittimità dell'impiego da parte dei tribunali penali di un algoritmo per la valutazione circa il pericolo di recidiva dei condannati). In Olanda, numerose decisioni hanno condannato vari enti amministrativi per l'impiego di algoritmi non trasparenti: Corte distrettuale dell'Aja, 2 marzo 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (a essere contestato era un programma creato dall'amministrazione centrale per profilare le persone al fine di prevenire e combattere le frodi fiscali); Hoge Raad, 17 agosto 2018, 17/01448, ECLI:NL:HR:2018:1316 (sui programmi di calcolo del valore degli immobili ai fini della loro tassazione); Raad van State, 17 maggio 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (riguardo l'impiego di un algoritmo per automatizzare la concessione di autorizzazioni amministrative in materia ambientale). Simile giurisprudenza si è avuta in Italia, ove le corti amministrative hanno ripetutamente sottolineato l'illegittimità dell'impiego di algoritmi non trasparenti: Consiglio di Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, Foro it. 2020, III, 340 e Consiglio di Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in Foro it., 2019, III, 606 (circa l'utilizzo di un algoritmo di assegnazione automatica dei posti di insegnante, a concorso avvenuto). Sul punto si è pronunciato anche il Consiglio costituzionale francese, ribadendo che l'amministrazione può fare ricorso ad algoritmi solo in alcuni settori, in modo trasparente e garantendo la possibilità di contraddittorio con gli interessati: Conseil constitutionnel, 12 giugno 2018, no. 2018-765, a <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm>.

informatici a black-out energetici, cyber-attacchi e altri impieghi malevoli²², nonché persino delle ipotesi in cui il danno deriva non già dal ricorso ad algoritmi, bensì dal loro mancato uso: si registrano già, negli Stati Uniti, azioni risarcitorie per *medical malpractice* avanzate contro medici e ospedali per l'omesso utilizzo di robot chirurgici, laddove la messa in campo di questi ultimi – a dire degli attori – avrebbe evitato l'errore umano di cui essi sono stati vittime²³.

La lista dei possibili incidenti, ovviamente, potrebbe continuare a lungo, ma il magro elenco appena svolto vale già a mettere in luce la quantità e l'impatto delle esternalità negative che possono essere prodotte dagli illeciti algoritmici. Si tratta ora di capire meglio perché la categoria merita rilievo autonomo e perché i problemi che essa solleva sono peculiari e distinti da quelli noti ai paesi industrializzati.

4. Connotati e problemi

Fra le fattispecie dannose sopra richiamate, vi sono in effetti degli elementi comuni che hanno un preciso impatto sull'attitudine dei meccanismi extracontrattuali tradizionali di far loro fronte²⁴.

Anzitutto, quale che sia il linguaggio di programmazione impiegato, qualsiasi algoritmo richiede competenze specializzate per essere (scritto e) letto. Quanto più complesso e autonomo è poi l'algoritmo, tanto più difficile è, anche per chi è esperto, comprendere e ricostruire il suo modo di operare (fino al livello massimo di incomprensibilità, proprio ai sistemi

²² Per l'analisi delle molteplici questioni sollevate dalla sicurezza dell'IA, si v., per tutti, R. Walters e M. Novak, *Cyber Security*, in Robert Walters e Marko Novak (a cura di), *Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, Singapore, Springer Nature, 2021, pp. 21-37.

²³ Si v. i casi americani (entrambi di rigetto delle domande per difetto di prova di un nesso causale adeguato) *O'Brien v. Intuitive Surgical, Inc.*, 15 luglio 2011, WL 3040479 (Northern District Illinois); *Mracek v. Bryn Mawr Hosp.*, 28 febbraio 2010, 363 Fed. App'x 925 (3rd Circuit). Questi casi sono interessanti, perché rovesciano il tradizionale metro di paragone nelle azioni di responsabilità: invece che chiedersi se l'algoritmo si sia comportato in modo ragionevole, considerato ciò che avrebbe fatto al suo posto un essere umano, ci si chiede se il convenuto (umano) si sia comportato ragionevolmente, tenuto conto di cosa avrebbe fatto al suo posto l'algoritmo.

²⁴ Su questi caratteri, si v. variamente W. Barfield e U. Pagallo, *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*, cit., pp. 1-16; M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., pp. 317-320.

c.d. black-box).

Due, molti algoritmi hanno origini molteplici e intricate, nel senso che sono il risultato della sedimentazione del lavoro di molte persone – società big tech, piccole start-up, sviluppatori in-house, programmatori indipendenti – le quali contribuiscono a un frammento del risultato finale, sovente in assenza di qualsiasi coordinazione fra loro.

Tre, la qualità di un algoritmo dipende ovviamente sia dalla qualità delle istruzioni che esso riceve, sia dalla qualità dei dati che gli sono forniti (o sui quali viene formato). Ma le istruzioni per definizione non sono neutrali, perché sono necessariamente influenzate dalle categorie, dalle visioni e dai pregiudizi di chi le formula, e i dati sono raramente completi, precisi, aggiornati, rappresentativi, perché anch'essi sono frutto di selezioni operate dai programmatori o, assai più spesso, da terzi (inclusi altri algoritmi).

Quattro, gli algoritmi non vivono in isolamento, ma solitamente sono interconnessi ad altri algoritmi (la macchina autonoma parla con lo smartphone del guidatore, con gli altri veicoli, la strada, i satelliti, e così via); spesso sono anche integrati in supporti fisici, nel qual caso la loro affidabilità dipende anche dalle condizioni materiali e dal tasso di funzionamento di quei supporti.

Cinque, le decisioni algoritmiche sono di regola meccaniche e generalizzate, nel senso che, nel momento in cui vengono assunte, incidono istantaneamente e immediatamente sulla situazione delle persone cui si applicano. Data la propensione degli algoritmi di circolare attraverso le frontiere, questa capacità di incidere simultaneamente e direttamente sugli interessati riguarda sovente soggetti siti in molti luoghi diversi fra loro, e spesso anche assai lontani da quelli ove si trovano gli originari programmatori/produttori/utilizzatori.

Ognuno di questi aspetti crea problemi specifici alla capacità del diritto della responsabilità civile di operare²⁵.

La complessità tecnica e l'opacità dei codici interni agli algoritmi, la loro dipendenza da istruzioni, dati, altri algoritmi e prodotti fisici, le loro possibili capacità di auto-apprendimento, sono tutti elementi che rendono assai difficile e costosa, per le vittime, l'identificazione della fonte dell'incidente e del soggetto che possa essere chiamato a risponderne (anche ammesso, il che non deve essere dato per scontato, che i danneggiati riescano a rendersi conto che qualcosa è andato storto). Il problema è nel

²⁵ Per una più approfondita analisi delle difficoltà sollevate dagli illeciti algoritmici nell'ottica extracontrattuale, cfr. E. K. Bernhard A. Koch, M. Geistfeld, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, cit.; M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., 320, pp. 336-361.

codice? Nelle istruzioni o nei dati offerti all'algoritmo? Nell'interazione di questo con altri algoritmi o prodotti? Nel modo in cui è stato impiegato da un essere umano? La ricerca dell'eziologia precisa dell'incidente dovrà di necessità farsi con l'ausilio di esperti, capaci di leggere i codici, e con avvocati specializzati, che siano in grado di comprendere e tradurre quell'expertise tecnica in modo comprensibile alle corti (e alle giurie, là dove presenti). Esperti e avvocati vanno pagati, il che di conseguenza richiede la disponibilità di denaro sufficiente a finanziare la lite.

Non solo. In ragione della sostanziale ubiquità e dell'uso massivo di algoritmi, un incidente algoritmico è potenzialmente suscettibile di causare un ampio spettro di pregiudizi (fisici, non patrimoniali, economici), inquadrabili in una varietà di azioni proponibili nei confronti di una molteplicità di figure – dalla responsabilità per colpa nei riguardi di chi ha scritto o impiegato l'algoritmo, alla responsabilità da prodotto contro chi l'ha concepito o commercializzato, alla responsabilità pubblica o per lesione di diritti fondamentali nei confronti delle autorità che hanno mancato di verificarne l'operare, e così via. Scegliere contro chi agire e in base a quale titolo impone determinazioni complesse e rischiose, che devono necessariamente essere effettuate da professionisti specializzati. Complessità e rischiosità si moltiplicano quando, in ragione dell'attitudine degli algoritmi a viaggiare oltre le frontiere, l'incidente possa qualificarsi come illecito transnazionale. In mancanza, per il momento, di una regolazione globale sul punto, tale qualifica apre una serie di problemi ulteriori riguardo all'individuazione della giurisdizione più appropriata per radicare la lite e del diritto in base al quale quest'ultima sarà decisa (così ovviamente anche stimolando strategie di concorrenza regolatoria e di forum shopping). Difficoltà ulteriori sorgono poi allorché si tratti di sinistri che coinvolgono schiere cospicue di vittime, ove cruciale diventa la disponibilità, eventualmente anche transfrontaliera, di istituti per l'aggregazione o il coordinamento delle azioni individuali.

Insomma, gli illeciti algoritmici sollevano un gran numero di sfide ai potenziali attori, per i quali può diventare molto arduo dimostrare cosa ha recato loro danno e come, determinare quale possa essere il convenuto e la giurisdizione appropriata per instaurare un litigio, raccogliere le prove necessarie a sostenere la domanda, riunire assieme fasci di azioni, nonché ottenere forme di finanziamento alle liti in grado di sostenere tutti questi passaggi.

5. *Illeciti algoritmici e processi extracontrattuali*

Di qui la domanda al cuore di questo scritto: in quale misura le diverse tradizioni giuridiche qui in esame sono attrezzata a reagire a simili sfide?

Contrariamente a quanto usualmente assunto dai dibattiti in materia, la risposta a tale quesito (non solo varia da luogo a luogo, ma anche) non dipende esclusivamente dal regime di responsabilità, attuale o prospettico, che si voglia applicare agli incidenti algoritmici. Viceversa, essa è una variabile dipendente da una molteplicità di fattori, inclusi gli istituti e i principi procedurali che governano le controversie extracontrattuali.

È proprio su alcuni di questi che si concentrerà la nostra attenzione. Valuteremo in particolare come la compresenza di giudici togati e giurie (par. 5.1), le regole riguardo l'accesso e la valutazione delle prove scientifiche (par. 5.2), la disponibilità, più o meno ampia, di azioni collettive (par. 5.3) e i sistemi di ripartizione dei costi processuali (par. 5.4), siano tutti elementi apparentemente collaterali rispetto al diritto extracontrattuale, epperò suscettibili di incidere sulla capacità delle vittime di reagire agli incidenti algoritmici.

Ovviamente, si tratta solo di una selezione fra i tanti caratteri passibili di rilevare nella nostra materia; altrettanto ovviamente, ciascuno dei fattori appena ricordati è esposto a possibili mutamenti nel corso del tempo. È bene però ribadire, come già sottolineato retro, al par. 2, che da un lato la più parte delle proposte di riforma per ora avanzate si è centrata sulla sostanza, piuttosto che sulla procedura, dei giudizi di responsabilità, e che, dall'altro lato, cambiamenti macroscopici del modo di operare dei sistemi di responsabilità sono tanto più improbabili nel breve termine quanto più radicati e pervasivi sono i caratteri di cui si discute.

5.1. *Giudici e giurie*

La possibile presenza di una giuria laica a fianco del giudice è un connotato caratteristico del *tort law* americano.

Tale connotato ha conseguenze macroscopiche sull'amministrazione statunitense del diritto del torto, influenzando il tipo di argomenti impiegati avanti alle corti e lo stile di loro presentazione, favorendo l'oralità e la concentrazione della procedura, imponendo una notevole spettacolarizzazione nella gestione processuale e soprattutto incidendo sui tassi di successo e sul valore delle condanne. È difatti noto come le

giurie tendano a essere notevolmente generose nei confronti delle vittime e quindi contribuiscano sovente all'adozione, tipicamente in prima istanza, di decisioni ove le somme dovute dal convenuto a titolo di risarcimento compensativo ed eventualmente punitivo sono quantificate in importi assai elevati. Sebbene queste decisioni raramente sopravvivano nei gradi successivi (e nonostante l'indubbia diminuzione, specie durante il recente momento pandemico, dei tassi di ricorso alle giurie), questo tratto resta un elemento tipico, oltre che un enorme fattore di attrattività, della giurisdizione extracontrattuale americana²⁶.

Altrettanto noto è come le giurie siano semi-sconosciute alla procedura civile europeo-continentale e cinese. Ciò ovviamente riduce le aspettative delle vittime europee e cinesi di ottenere condanne risarcitorie dall'importo consistente, anche in virtù dell'impossibilità (in Europa) e dei ridotti limiti (in Cina) di concessione di danni punitivi, ma le assicura pure della circostanza che gli elementi tecnici del giudizio – sia tecnologici che giuridici – siano sempre valutati da giudici professionisti²⁷.

In altri termini, il monopolio del giudice minimizza il rischio, solitamente elevato con le giurie, di incomprensioni del diritto e delle risultanze tecniche, rafforzando in questo modo la predicibilità complessiva del sistema²⁸.

5.2. *Profili probatori*

Chiunque intenda far valere in giudizio una pretesa extracontrattuale deve ovviamente poter provare non solo di aver subito un danno ma anche di averlo subito a causa di un'azione, omissione o comunque evento ricollegabile al convenuto. I meccanismi probatori sono perciò cruciali rispetto alla proponibilità delle azioni di torto.

Al riguardo è anzitutto fondamentale ricordare l'istituto statunitense della *pre-trial discovery*, ossia il meccanismo procedurale (antecedente

²⁶ Su tutto ciò, M. Bussani, A. J. Sebok, M. Infantino, *Common Law and Civil Law Perspectives on Tort Law*, Oxford, OUP, 2022, 8-9; U. Magnus, *Why is US Tort Law so Different?*, in «Journal of European Tort Law», 1, 2010, pp. 102 – 124.

²⁷ Se sul suolo europeo non vi è spazio per un'espressa pronuncia dai connotati punitivi, questa è consentita dalle regole cinesi in materia di responsabilità da prodotto e protezione dei consumatori (si v. ad esempio l'art. 1207 del Codice civile cinese). Le corti cinesi, tuttavia, sono state finora piuttosto restie a sfruttare appieno tale possibilità: A. Janssen e J. Wang, *Punitive damages under the new Chinese Civil Code – a critical and comparative analysis*, 29 in «Asia-Pacific Law Review», 29, 2021, pp. 346-365.

²⁸ M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., pp. 341-342.

all'instaurazione del giudizio) che consente a una parte di chiedere alla propria controparte di consegnarle o comunque darle accesso a tutta la documentazione rilevante per il caso. Tale potente istituto non esiste né in Europa continentale né in Cina, dove gli attori in giudizio, se intendono acquisire documenti o prove in possesso dell'altra parte, devono persuadere il giudice a ordinarne l'acquisizione²⁹.

Il rovescio della medaglia, in Europa come in Cina, è però che, nel caso di processi che riguardino complesse prove tecniche – come normalmente è il caso per gli incidenti algoritmici –, gli attori possono fare affidamento (non solo sulle risultanze ottenute da autorità pubbliche nel corso delle loro investigazioni amministrative o penali, ma anche) sugli ampi poteri del giudice di nominare un consulente tecnico neutrale che investighi gli aspetti principali della lite. Il punto marca una distanza notevole rispetto agli Stati Uniti, dove gli esperti principali sono invece quelli di parte (con l'effetto di trasformare la controversia in una battaglia di esperti, pagati dalle parti) e il potere del giudice di nominarne uno neutrale di ufficio è residuale³⁰.

In altri termini, le consulenze tecniche nei giudizi statunitensi sono solitamente poco affidabili nel merito (perché faziose e parziali) ed estremamente costose. Anche su questo fronte, le regole procedurali europee e cinesi privilegiano maggiormente la certezza del diritto e l'accessibilità dei rimedi, nella misura in cui consentono di contenere il costo delle dispute.

5.3. *Danni di massa e azioni collettive*

Ulteriore peculiarità della procedura civile statunitense è la disponibilità di azioni collettive, ancorché l'effettiva praticabilità di tale rimedio, specie per quanto attiene le cause che coinvolgano persone e diritti stranieri, sia negli ultimi anni andata costantemente diminuendo³¹.

Aggregare fasci di azioni individuali in una singola lite è uno strumento

²⁹ Cfr. E. Fahey e Z. Tao, *The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery Between China and the United States*, in «Boston College International & Comparative Law Review», 37, 2014, pp. 281-332; Ulrich Magnus, *Why is US Tort Law so Different?*, cit., pp. 116-117.

³⁰ P. Monaco, *Sostanze tossiche e danni. Profili di diritto globale, europeo e nazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 77-98; M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., pp. 342-343; E. Fahey e Z. Tao, *The Pretrial Discovery Process in Civil Cases*, cit., pp. 289-291.

³¹ M. Bussani, A. J. Sebok, M. Infantino, *Common Law and Civil Law Perspectives on Tort Law*, cit., 19; P. Monaco, *Sostanze tossiche e danni*, cit., pp. 139-153; U. Magnus, *Why is US Tort Law so Different?*, cit., pp. 115-116.

che consente agli attori di minimizzare costi e rischi dell'agire in giudizio, e che risulta particolarmente prezioso nel caso di incidenti algoritmici. Come accennato retro, al par. 4, questi ultimi sovente producono danni di massa, ossia colpiscono schiere indeterminate di persone, ciascuna delle quali soffre però un nocumento di ammontare molto basso o addirittura nullo: il caso paradigmatico è quello di algoritmi che violano la privacy o che hanno l'effetto di discriminare nei confronti di specifiche categorie di persone, ove i riverberi negativi individuali possono essere evanescenti, anche a fronte di un pregiudizio collettivo o sociale molto elevato³².

Ora, le azioni collettive sono tradizionalmente estranee tanto all'Europa quanto alla Cina, sebbene in entrambe le regioni sia evidente la tendenza recente a trapiantarne ed estenderne l'uso³³.

Occorre però anche qui porre attenzione: se è indubbio che, in Europa come in Cina, le azioni collettive sul fronte privatistico sono indisponibili o comunque restano poco utilizzate, è tuttavia altrettanto certo che, là dove sono in gioco danni di massa, i danneggiati europei e cinesi possono contare sull'attivismo delle procure e l'interventismo di autorità indipendenti e amministrazioni pubbliche (oltre che dello stesso legislatore) assai più di quanto non possano fare i loro omologhi statunitensi³⁴.

5.4. *Il costo delle liti*

Cruciale, nella scelta delle vittime se tentare, o no, un'azione giudiziale, è anche la questione circa i costi della lite.

Negli Stati Uniti come in Cina, le parti di una disputa di responsabilità civile pagano ciascuna i propri avvocati, sia che questi vincano la causa, sia che la perdano³⁵.

³² Non è caso che molte delle azioni per incidenti algoritmici, negli Stati Uniti, prendano la forma di azioni collettive: si v. i casi *TransUnion LLC v. Ramirez*, 25 giugno 2021, cit.; *K.W. v. Armstrong*, 28 marzo 2016, cit.

³³ Si v., ad esempio, in Europa, la recente Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, e, in Cina, gli articoli 52-55 della Legge sulla procedura civile del 2017; v. anche A. Stadler, E. Jeuland, V. Smith (a cura di), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Cheltenham-Northampton, EE, 2020; R. H. Huang, *Class Action in China. Challenges and Opportunities*, in Brian T. Fitzpatrick (a cura di), *The Cambridge Handbook of Class Actions. An International Survey*, Cambridge, CUP, 2021, pp. 350-365.

³⁴ M. Infantino e W. Wang, *Algorithmic Torts*, cit., p. 344.

³⁵ M. Reimann, *General Report*, in M. Reimann (a cura di), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, London-New York, Springer, 2012, 3, pp. 9-16; J. Xiao e X. Tang, *Cost and Fee*

In linea di principio, ciò significa che gli attori sopportano un rischio economico considerevole. La regola è tuttavia contemperata, in particolar modo sul suolo statunitense, dalla possibilità di scaricare parte del rischio della lite sullo stesso avvocato attraverso la stipulazione di un'apposita *contingent fee*, in base alla quale l'avvocato riceve zero se perde ma ottiene una quota di quanto riconosciuto a titolo di risarcimento se vince – tipicamente, un terzo³⁶. Questo fa sì che le cause di valore e chances di successo elevate trovino negli Stati Uniti quasi sempre un avvocato disposto ad assumersi il rischio, via *contingent fees*, di portarle in giudizio.

Ben diverso è il quadro in Europa, dove l'allocazione dei costi processuali segue largamente l'opposta regola del '*loser pays*' (e dove storicamente le *contingent fees* sono vietate o poco utilizzate): chi perde paga anche i costi della difesa sopportati dall'altra parte³⁷.

Si potrebbe quindi essere tentati di concludere che le vittime europee si trovino in una condizione largamente peggiore rispetto ai loro simili negli USA. È però necessario porre attenzione ad almeno due dati ulteriori.

Il primo punto è che sia l'Europa che la Cina hanno ben sviluppati programmi pubblici di gratuito patrocinio, i quali restano sostanzialmente sconosciuti agli Stati Uniti, al di fuori della limitata area di intervento della c.d. *pro bono litigation*³⁸. In altri termini, chiunque, in Europa o in Cina, abbia un valido motivo di azione, pure in controversie dal valore relativamente basso, ha almeno in teoria la possibilità di accedere al sistema giudiziario; è viceversa assai improbabile che quella medesima persona possa trovare un avvocato interessato a difenderlo negli Stati Uniti³⁹.

Il secondo aspetto che merita il rilievo concerne l'ammontare dei costi processuali, latamente intesi – inclusivi cioè non solo delle spese per gli avvocati, ma anche delle tasse e di qualsiasi altra contribuzione necessaria a portare un litigio avanti una corte. Quando valutati rispetto al valore delle cause e al costo della vita, i costi cinesi risultano essere inferiori a quelli europei, e i dati di entrambe le regioni restano incomparabilmente più bassi rispetto ai loro equivalenti americani⁴⁰. Anche sotto tale profilo, pertanto,

Allocation in Civil Procedure: China National Report, in «Tsinghua China Law Review» 4, 45, 2012, pp. 46-49.

³⁶ M. Reimann, *General Report*, cit., p. 45.

³⁷ Ivi, cit., pp. 9-16.

³⁸ Ivi, cit., 3, pp. 36-38; J. Xiao e X. Tang, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: China National Report*, in «Tsinghua China Law Review», 4 45, 2012, pp. 61-65; U. Magnus, *Why is US Tort Law so Different?*, cit., pp. 114-115.

³⁹ U. Magnus, *Why is US Tort Law so Different?*, cit., pp. 113-114.

⁴⁰ M. Henssler, *The Organization of Legal Professions*, in M. Schauer e B. Verschraegen (a

la giustizia civile in Cina e in Europa appare maggiormente accessibile di quanto non sia quella americana.

6. Conclusioni

Cosa può trarsi dal frammentario quadro finora tracciato?

Ogni tradizione ha regole, istituti e prassi, di natura sostanziale e procedurale, ben impressi nel DNA del proprio diritto della responsabilità civile. Non si sono qui menzionati aspetti sostanziali, ma si è guardato solo a (una selezione di) elementi procedurali.

Persino un'analisi limitata come quella fin qui svolta, però, vale a dimostrare la validità della tesi avanzata in esergo: anche questioni apparentemente lontane dal cuore del diritto extracontrattuale possono avere un'importanza fondamentale nel determinare lo sviluppo di quest'ultimo – in generale, e con riferimento agli illeciti algoritmici in particolare.

Si è ad esempio visto che gli Stati Uniti si offrono quale giurisdizione più accogliente per le vittime che abbiano danni ingenti, singolarmente o collettivamente, data la facilità, in questi casi, di aggregare assieme più azioni e di trovare avvocati disposti a finanziare le liti, anche grazie al miraggio delle elevate condanne (eventualmente anche punitive) che le giurie possono riconoscere in primo grado.

Si è tuttavia anche messo in luce come molti connotati procedurali tipici del diritto americano – la presenza delle giurie, la disponibilità di strumenti di pre-trial discovery, le battaglie fra esperti – in pratica rendono la *litigation made in USA* imprevedibile e costosa.

Per contro, sul continente euroasiatico, l'accesso alla giustizia è tendenzialmente più diretto e semplice, anche per chi ha sofferto danni non gravi o ingiustizie poco eclatanti. Ancorché vi siano notevoli difficoltà a incentivare la proposizione di litigi meritevoli, specie nel caso di incidenti di massa, entrambi i sistemi giudiziari risultano nel suo complesso più stabili e prevedibili del loro omologo oltre-atlantico.

Gli elementi appena evidenziati parrebbero suggerire che le vittime di incidenti algoritmici abbiano un interesse maggiore ad agire in Europa o in

cura di), *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Cham, Springer, 2017, pp. 261, 277; C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation*, in C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka (a cura di), *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, Oxford-Portland, Hart, 2010, 3, pp. 69-71.

Cina piuttosto che negli Stati Uniti, e che viceversa ai convenuti, specie se in forma *corporate*, dovrebbe in principio essere più congeniale la giurisdizione statunitense, ove essi potrebbero giovare degli alti costi del processo e della disponibilità di consulenti esperti al soldo del miglior offerente. Ma prevedere come si muoverà in futuro la *litigation* sul punto è compito che richiederebbe studi, ricerche e competenze di ben altro calibro.

Un solo punto è sicuro: i meccanismi extracontrattuali di ripartizione sociale del costo dei danni algoritmici seguono linee che non dipendono esclusivamente da, né si possono cambiare semplicemente con, macro-scelte effettuate una volta e per sempre dall'alto. Ugualmente importanti, nel settore che ci occupa come in molti altri, sono microelementi contestuali che si muovono dal basso e dal basso incidono, impercettibilmente ma potentemente, sul comportamento complessivo del sistema. A importare cioè è anche quanto spesso, troppo spesso, resta invisibile agli occhi (dei giuristi come dei riformatori).