



Comparative Law Review

2024 - Special Issue

Incontro di Studi dei Giovani Comparatisti

Le declinazioni della Giustizia

Università La Sapienza
Roma 2/3 febbraio 2023

ISSN:2983 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE
LAW

REVIEW

SPECIAL ISSUE VOL. 15/1

Le declinazioni della Giustizia

Giustizia sociale

7

JACOPO FORTUNA

L'abuso del diritto: alcune riflessioni tra Italia e Inghilterra

21

LAURA RESTUCCIA

Solidarietà e integrazione: una lettura rinnovata della giustizia sociale

Giustizia climatica

36

GIACOMO GIORGINI PIGNATIELLO

Verso uno *Ius Climaticum Europeum*?

Giustizia climatica ed uso dei precedenti stranieri da parte dei giudici costituzionali nei Paesi membri dell'Unione Europea

56

NICOLA MAFFEI

Un uso "teleologicamente orientato" della giurisdizione dei conflitti: quale lezione dalla Corte Suprema del Canada nella lotta al cambiamento climatico?

83

MARIO MANNA

Il caso *Milieudefensie et al. contro Royal Dutch Shell plc* e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla corporate sustainability due diligence, l'alba di una nuova giustizia climatica?

100

CRISTINA PICCOLO

Le clausole intergenerazionali: strumenti di realizzazione della giustizia ambientale?

Giustizia predittiva

117

KATIA DE BLASIO

Le applicazioni dei sistemi di intelligenza artificiale a supporto della decisione: spunti di riflessione in prospettiva comparatistica

129

MARCO EDGARDO FLORIO

Predictive Justice in Criminal Matters: “True Justice”?

144

EDIOLA TEROLLI

Personal Data’s protection in the Use of Predictive Justice Systems: EU vs. U.S.A.

Giustizia alternativa

160

RICCARDO ARIETTI

Global North, Legal Pluralism and Religion Adjudication: The Relationship between Muslim communities and the State in United Kingdom, Finland and the Netherlands

173

ORNELLA GIARDINI

La “polarità” politico-religiosa nell’Islam come strumento di cooperazione per la stabilità interna. Il caso del Gran Muftì di Egitto

184

ROSAMARIA TRISTANO

Le Corti di diritto ebraico in Inghilterra e la cooperazione tra autorità civili e religiose in materia di divorzio

LE CLAUSOLE INTERGENERAZIONALI: STRUMENTI DI REALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA AMBIENTALE?

Cristina Piccolo

SOMMARIO

I. PREMESSA – II. LA “RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE” TRA RIFLESSIONE ETICA E FORMALIZZAZIONE GIURIDICA – III. LA L. COST. N. 1/2022 E LA RIFORMA DELL’ART. 9 DELLA COSTITUZIONE - IV. I RIFERIMENTI ALLA RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE NELLE COSTITUZIONI CONTEMPORANEE - V. L’EFFICACIA DELLA FORMALIZZAZIONE COSTITUZIONALE DELLA RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE. UN CASO DI STUDIO: L’ART. 20A DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA – VI. LA SENTENZA DEL BVERFG DEL 24 MARZO 2021, IL CLIMATE LITIGATION E L’USO DELLE CLAUSOLE INTERGENERAZIONALI - VII. LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE E POSSIBILI EVOLUZIONI DELL’USO DELLE CLAUSOLE INTERGENERAZIONALI - VIII. CONCLUSIONI

This work aims to analyze the implications of the reform (L. Cost. 1/2022) that, modifying art. 9 and 41 of the Constitution, has recognized for the first time explicitly the environment as a legal entity worthy of protection also in the interest of future generations. Particularly, the reform has highlighted the need to analyse the relevance of intergenerational clauses in the context of environmental constitutionalism. Consequently, the objective of this work is to investigate the consequences of the reform in terms of jurisprudential application by the Constitutional Court, drawing inspiration from the development already carried out by other Courts (in particular by the German Federal Constitutional Court - BverfG), in order to affirm the possibility that the intergenerational responsibility clause can be definitively used as a parameter of legitimacy in the judgments subjected to scrutiny by the constitutional judges.

Key words: Intergenerazionalità – Responsabilità – Ambiente – Riforma costituzionale – Solidarietà

I. PREMESSA

Il presente contributo nasce come riflessione sollecitata dalla recente L. Cost. n. 1/2022 che, attraverso la modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione, ha riconosciuto per la prima volta in maniera esplicita l’ambiente quale soggetto giuridico meritevole di tutela “*anche nell’interesse delle future generazioni*”. La riforma ha posto in evidenza l’esigenza di analizzare la rilevanza delle clausole intergenerazionali nell’ambito del cd. costituzionalismo ambientale.

Il riferimento alle generazioni future lo si rinviene in realtà già in alcune leggi e in alcune sentenze della Corte Costituzionale a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, tuttavia la portata innovativa della riforma consiste nell’aver conferito a tale riferimento dignità costituzionale all’interno di uno dei primi dodici articoli della Costituzione.

L’obiettivo del presente lavoro è quello di indagare le ricadute della riforma in termini di applicazione giurisprudenziale da parte della Corte Costituzionale, traendo spunto dall’elaborazione già operata da altre Corti (in particolare da parte della Corte Costituzionale federale tedesca – *BverfG*), al fine di affermare la possibilità che la clausola di responsabilità intergenerazionale possa essere definitivamente usata quale parametro di legittimità nei giudizi sottoposti al vaglio dei Giudici costituzionali.

Nella prima parte del lavoro sembra doveroso un approfondimento preliminare sulla *ratio* del principio di “responsabilità intergenerazionale” e sulla stretta connessione che esso presenta con il concetto di tutela dell’ambiente.

Inoltre è sembrato altrettanto doveroso un approfondimento sulla recente riforma di cui alla L. Cost. 1/2022 e sul suo iter di approvazione.

Si propone dunque un’analisi delle costituzioni contemporanee del che già contengono un esplicito riferimento al principio di responsabilità intergenerazionale. Nel corso di tale analisi è emerso che molte costituzioni esprimono il principio della responsabilità intergenerazionale inserendolo per lo più nell’ambito dei preamboli costituzionali.

Tra le disposizioni costituzionali esaminate l’attenzione si rivolge in particolare all’art. 20a della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca su cui si è espressa una recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca e che funge da caso di studio per questa indagine.

La sentenza si pone in un’ottica innovativa rispetto ai precedenti giudiziali europei in materia di *climate litigation*, una strategia di azione adottata da movimenti ambientalisti che mira a far valere la responsabilità (tendenzialmente) civilistica degli Stati dinanzi ai tribunali nazionali per il mancato rispetto dei vincoli di tutela ambientale previsti dal diritto internazionale.

A tal proposito è sembrato opportuno altresì un riferimento al “*caso Urgenda*”, in cui la Corte suprema olandese – innovando l’orientamento prevalente nell’ambito del contenzioso climatico – ha condannato per la prima volta uno Stato (i Paesi Bassi) all’adozione di misure idonee a ridurre le emissioni inquinanti, previo accertamento della responsabilità dello Stato medesimo per non aver adeguatamente protetto i diritti fondamentali collegati alla tutela dell’ambiente, dei cittadini e delle future generazioni olandesi.

Nel presente contributo si evidenzia la portata innovativa – rispetto anche al precedente “*caso Urgenda*” – della sentenza della Corte tedesca in quanto a determinare la condanna dello Stato non è stata l’insorgenza attuale di un danno né la mancata protezione preventiva del diritto alla vita di fronte alla minaccia climatica. Per la *BVerfG* ciò che doveva essere considerata illegittima era la cd. “gestione statale del tempo”.

Come alcuni studiosi hanno evidenziato¹, gli obblighi di cui all’art.20a GG nella ricostruzione della *BVerfG* sono divenuti dunque un limite invalicabile per il legislatore che, nell’affrontare l’emergenza climatica, deve necessariamente rispettare il principio di proporzionalità dei doveri, ripartendoli equamente e non sbilanciandoli a svantaggio delle libertà future.

L’ultima parte del contributo intende concentrarsi sulle ricadute che la riforma del 2022 potrebbe avere in termini di applicazione giurisprudenziale da parte della Corte Costituzionale, prendendo come modello proprio l’elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca sull’art. 20a della Legge Fondamentale tedesca.

¹ R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 MARZO 2021)*, in *Dirittocomparati.it*, 1° luglio 2021.

Ci si interroga sulla possibilità che anche la Corte Costituzionale italiana possa muoversi in direzione analoga a quella tedesca a seguito della costituzionalizzazione espressa del principio di responsabilità intergenerazionale, tenendo presenti alcuni recenti arresti giurisprudenziali della nostra Corte Costituzionale che ha mostrato un chiaro cambiamento di prospettiva su questioni attinenti l'“equità intragenerazionale e intergenerazionale”.

La recente evoluzione giurisprudenziale della nostra Corte Costituzionale ha altresì mostrato di riconoscere un dovere e una responsabilità dello Stato, chiamato a farsi carico delle proprie scelte senza rimandare ad un tempo lontano gli effetti delle proprie scelte.

II. LA “RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE” TRA RIFLESSIONE ETICA E FORMALIZZAZIONE GIURIDICA

In un lavoro che abbia ad oggetto il tema della “responsabilità intergenerazionale”, ossia la responsabilità di chi c'è oggi verso chi ancora non esiste, appare doveroso un approfondimento preliminare sull'autentico significato di una tale nozione, elaborata all'interno del dibattito etico-filosofico, e sulle ricadute che essa ha avuto in ambito giuridico.

La ricerca filosofica ha nutrito forti perplessità sulla possibilità di fondare un obbligo morale degli uomini presenti nei confronti di quelli futuri rilevando dubbi sul *perché* e sul *se* della responsabilità intergenerazionale².

Nel momento in cui il problema della responsabilità intergenerazionale si è traslato dalle pagine dei filosofi morali al dibattito pubblico, in ragione della crescente sensibilità verso temi come quello dei rischi legati al progressivo degrado ambientale o alle manipolazioni genetiche, si è giunti al riconoscimento della problematica in documenti normativi di rilievo internazionale, sovranazionale e statale³ ponendo la questione in termini di modalità di tutela, dando per assunto ormai che una qualche forma di tutela per le future generazioni sia necessaria.

Si è passati in altri termini dal *perché* e dal *se* al *come* della responsabilità intergenerazionale⁴. Per quanto concerne la riflessione etico-filosofica sulla questione della responsabilità intergenerazionale, essa trova un punto di riferimento nel pensiero del filosofo tedesco Hans Jonas, in particolare nel suo volume del 1979 sul *Principio di responsabilità*⁵.

L'aspetto centrale dell'argomentazione di Jonas con cui egli sostiene la necessità di introdurre un principio di responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future è rappresentato proprio dagli effetti che le innovazioni tecnologiche producono sulla presenza dell'uomo nel mondo⁶.

L'ambiente rappresenta il campo di applicazione in cui ha trovato terreno fertile l'elaborazione giurisprudenziale in materia di “responsabilità intergenerazionale”, ciò trova la sua ragione nel fatto che tutti i fenomeni che interessano l'ambiente - ad esempio la questione dell'energia nucleare, del cambiamento climatico e dell'effetto serra, della

² R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Roma, 2008, p. 17.

³ Cfr. *World Commission on Environment and Development, Our Common future*, Oxford-New York, 1987.

⁴ R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, p. 17.

⁵ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 1993.

⁶ R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 24.

crescente scarsità delle risorse idriche, della riduzione della diversità biologica - hanno implicazioni di lungo periodo, in grado di incidere sulle condizioni di vita di un numero di generazioni non delimitabile a priori. In questo senso le valutazioni intertemporali sono connaturate alla materia ambientale.

Proprio a proposito della tematica ambientale nel 1988 la Corte costituzionale italiana ha reso la sua prima decisione contenente un'espressa menzione delle generazioni future, ponendosi come sentenza apripista nell'ambito del dibattito intergenerazionale.

In quell'occasione i giudici costituzionali, nel respingere le censure mosse dalla provincia autonoma di Trento avverso la legge 27 dicembre 1977, n. 968 (c.d. Legge quadro sulla caccia), hanno affermato che le disposizioni di legge impugnate (artt. 1, 2 e 11) non potessero considerarsi lesive della competenza esclusiva provinciale in materia di caccia in ragione della loro natura di norme fondamentali di riforma economico-sociale, esprimenti (in particolare l'art. 11 della stessa) l'«oggetto minimo inderogabile» della protezione offerta dallo Stato al proprio patrimonio faunistico, in considerazione del fatto che «flora e fauna selvatica costituiscono un patrimonio naturale di valore estetico, scientifico, culturale, ricreativo, economico e intrinseco che va preservato e trasmesso alle generazioni future»⁷.

Ancora più incisiva appare la sentenza n. 259 del 1996 in cui la Corte Costituzionale ha valutato non irragionevole la scelta del legislatore statale di classificare come «pubbliche» «tutte le acque superficiali e sotterranee, anche non estratte» (art. 1, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36, Disposizioni in materia di risorse idriche⁸). L'interesse pubblico alla gestione delle acque, traducendosi in un loro regime di pubblicità si sarebbe giustificato, a parere dei giudici costituzionali, in forza dell'incremento dei fabbisogni, della limitatezza delle risorse disponibili e dei conseguenti rischi di esaurimento delle stesse, registratisi con il trascorrere del tempo; d'altra parte la salvaguardia e l'utilizzo delle risorse idriche si sarebbe dovuto svolgere - proseguendo la lettura della sentenza - nel rispetto dei «criteri di solidarietà» e del «diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale». La Corte peraltro ha precisato che «questo interesse [generale] è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali»⁹.

Progressivamente il concetto di ambiente è stato interpretato in modo estensivo. Accanto all'ambiente naturale si è sviluppata la consapevolezza della necessità di tutelare anche una nozione di ambiente più ampia, inclusiva di tutti i «segni» artistici, storici, architettonici, culturali, che tracciano la presenza dell'uomo e della comunità di cui fa parte in un

⁷ Corte costituzionale, sent. n. 1002 del 2 novembre 1988; v. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 137.

⁸ La legge n. 36/1994 è stata integralmente abrogata (ad eccezione del suo art. 22, comma 6) dall'art. 175, comma 1, lett. n) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente), ma la previsione è stata trasfusa, in maniera sostanzialmente identica, nell'art. 144 del Codice dell'ambiente.

⁹ Corte costituzionale, sent. n. 259 del 31 luglio 1996, *Considerato in diritto*, p. 4.

determinato spazio fisico. La conservazione di questi beni culturali ha cominciato a rappresentare un bene o un valore da trasmettere anche alle generazioni future¹⁰.

III. LA L. COST. N. 1/2022 E LA RIFORMA DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE

L'8 febbraio 2022 con legge costituzionale n. 1/2022 sono state approvate le modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione che introducono la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli animali tra i principi fondamentali della Carta costituzionale.

La suddetta legge costituzionale all'articolo 1 ha previsto l'introduzione di un nuovo terzo comma all'art. 9 della Costituzione con l'obiettivo di riconoscere nell'ambito dei Principi fondamentali il principio di tutela ambientale. Pertanto accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, richiamato dal secondo comma, si attribuisce altresì alla Repubblica la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni».

Inoltre è stato inserito un principio di tutela degli animali attraverso la previsione di una riserva di legge statale che ne disciplini le forme e i modi.

Esaminando l'*iter* di approvazione parlamentare della legge di riforma è possibile rilevare che, seppur con un procedimento caratterizzato da interruzioni e ripartenze¹¹, l'approvazione della modifica ha coinvolto una vasta maggioranza in seno al Parlamento della XVIII Legislatura¹².

La legge costituzionale in esame è stata oggetto, in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 138 Cost., di due deliberazioni successive presso ciascuna delle due Camere ottenendo un consenso che ha superato la soglia dei due terzi, motivo per cui ai sensi del 3° comma dell'art. 138 Cost. non si è fatto luogo a *referendum* costituzionale.

Il consenso quasi unanime delle forze politiche sull'approvazione di una tale riforma è emerso, in modo chiaro ed evidente, dalla votazione definitiva dell'8 febbraio 2022 presso la Camera dei deputati che si è conclusa con 468 voti favorevoli su 469 deputati votanti¹³.

IV. I RIFERIMENTI ALLA RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE NELLE COSTITUZIONI CONTEMPORANEE

L'idea che la presenza di disposizioni costituzionali che riconoscono il diritto all'ambiente salubre faciliti l'emersione della responsabilità nei confronti delle generazioni future non

¹⁰ A tal proposito si noti l'art. 1, comma 2 d.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) il quale affermando che «La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura» con il riferimento alla *memoria della comunità* sembra riferirsi proprio alla questione intergenerazionale.

¹¹ Per una ricostruzione dettagliata di tale percorso, v. L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2021, IV, p. 212.

¹² Per un approfondimento sui lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della L. Cost. 1/2022 si rimanda al dossier *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. A.C. 3156-B – Elementi per l'esame in Assemblea* del 7 febbraio 2022 redatto dall'Ufficio Servizio Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica consultabile su www.documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504c.Pdf, pp. 3-5.

¹³ Per il dettaglio della votazione finale dell'8 febbraio 2022: www.camera.it/leg18/126?tab=7&leg=18&idDocumento=3156-B&sede=&tipo=#:~:text=Votazione-DDL%20n.3156%20DB%20%C2%A0,-del%208/2.

è una novità, si tratta infatti di un'idea che si è progressivamente fatta largo in dottrina già negli ultimi decenni¹⁴.

Procedendo a un'analisi comparata dei testi costituzionali più recenti, che contengono un riferimento alla responsabilità intergenerazionale, una prima osservazione concerne il fatto che esse pongono, tra gli scopi principali affidati allo Stato e in genere agli enti pubblici e privati, accanto alla tutela o conservazione dell'ambiente, anche quella delle eredità storiche e/o culturali in un'ottica di tutela delle future generazioni.

In questo senso l'art. 9 Cost., prima ancora della recente riforma da cui trae origine questo contributo, ponendo la promozione dello sviluppo, della cultura e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico quale compito fondamentale della Repubblica, potrebbe aver avuto un vero e proprio ruolo trainante nei confronti di molti costituenti stranieri.

A tal proposito possono richiamarsi le Costituzioni di Giappone, Portogallo, Slovacchia e Slovenia.

La Costituzione giapponese (1947) nel capitolo III dedicato ai diritti e doveri del popolo all'art. 25 afferma che «*All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living*».

Allo stesso modo la Costituzione del Portogallo (1976) all'art. 66 rubricato «*Ambiente e qualità della vita*» e inserito al titolo III (*Diritti e doveri economici, sociali e culturali*), dopo aver affermato al primo comma il diritto di ognuno a un ambiente salubre e il dovere di difenderlo, stabilisce al comma 2, lett. d), che al fine di garantire tale diritto, in un quadro di sviluppo sostenibile, lo Stato, tramite propri organi e con la partecipazione dei cittadini, agisce al fine di «*promoting the rational use of natural resources, while safeguarding their ability to renew themselves and ecological stability, with respect for the principle of inter-generational solidarity*».

Altresì la Costituzione della Slovacchia (1992) nella Sezione VI dedicata a «*The right to protection of the environment and of cultural heritage*» all'art. 44, comma 2 afferma che «*Everyone shall have a duty to protect and improve the environment and to foster cultural heritage*».

Nella Costituzione della Slovenia (1991) all'art. 5, nell'ambito delle *General Provisions*, è sancito un obbligo a carico dello Stato in quanto si afferma che «*The State [...] shall provide for the preservation of the natural wealth and cultural heritage*», all'art. 73 è previsto un obbligo a carico dei cittadini oltre che dello Stato poiché «*Everyone is obliged in accordance with the law to protect natural sites of special interest, rarities, and cultural monuments. The State and local communities shall promote the preservation of the natural and cultural heritage*».

Lo studio delle Costituzioni contemporanee conduce altresì a una seconda osservazione: nelle Costituzioni degli ultimi anni è possibile rinvenire con molta maggiore frequenza, rispetto alle costituzioni della prima metà del Novecento, un espresso e testuale riferimento alle generazioni future tanto nei preamboli (come ad esempio nelle Costituzioni di Estonia, Repubblica Ceca, Polonia, Slovacchia e Guatemala oltre che di

¹⁴ G. Luchena, *Ambiente, diritti delle generazioni future ed etica della responsabilità*, in F. Gabriele, A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, p. 201.

Algeria, Azerbaijan, Filippine, Guyana, Puerto Rico, Russia, Rwanda, Turkmenistan, Venezuela, Yemen, Bayern)¹⁵, quanto negli articolati costituzionali veri e propri.

In quest'ultima ipotesi la maggior parte dei riferimenti riguarda la disciplina del bene ambiente. A tal proposito possono richiamarsi alcuni esempi.

La Costituzione norvegese (1814 e successive modifiche) all'art. 112 afferma che «*natural resources should be made use of on the basis of comprehensive long-term considerations whereby this right will be safeguarded for future generations as well*».

La Costituzione dell'Iran (1979) all'art. 50 rubricato proprio "*Protection of environment*" prevede espressamente che «*The preservation of the environment, in which the present as well as the future generations have a right to flourishing social existence, is regarded as a public duty in the Islamic Republic. Economic and other activities that inevitably involve pollution of the environment or cause irreparable damage to it are therefore forbidden*».

La Costituzione del Vanuatu (1980), nazione nel Sud Pacifico, all'art. 7 sancisce tra i doveri fondamentali che «*Every person has the following fundamental duties to himself and his descendants and to others [...] (d) to protect the Republic of Vanuatu and to safeguard the national wealth, resources and environment in the interests of the present generation and of future generations*».

La Costituzione della Repubblica albanese (1998) all'art. 59, comma 1 elencando gli obiettivi che si pone lo Stato afferma che «*The state, within its constitutional powers and the means at its disposal, and to supplement private initiative and responsibility, aims at [...] d. a healthy and ecologically adequate environment for the present and future generations*».

Altresì la Costituzione argentina (1994) prevede, nell'ambito della sezione dedicata a *Nuovi diritti e garanzie*, all'art. 41 che «*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo*».

La Costituzione della Repubblica federale del Brasile (1988) all'art. 225 all'interno del chapter VI dedicato all'Environment afferma che «*All have the right to an ecologically balanced environment which is an asset of common use and essential to a healthy quality of life, and both the Government and the community shall have the duty to defend and preserve it for present and future generations*».

Nello stesso solco si pone la Costituzione cubana (1992) che all'art. 75 rubricato "*Protection of environment*" sancisce che «*The State protects the environment and the country's natural resources. It recognizes their close linkage with the sustainable development of the economy and society to make human life more rational and to ensure the security of current and future generations*».

In ultima battuta può altresì riportarsi quale ulteriore esempio quello della Costituzione della Repubblica polacca (1997) che all'art. 74, comma 1 prevede che «*Public authorities shall pursue policies ensuring the ecological security of current and future generations*».

¹⁵ A livello esemplificativo si riportano alcuni dei Preamboli costituzionali citati. Preambolo cost. Estonia (1992): «a State which shall guarantee the preservation of the Estonian nation and its culture throughout the ages»; - Preambolo cost. Repubblica Ceca (1993): «We, the citizens of the Czech Republic ..., true to all the sound traditions of the ancient statehood of the Lands of the Crown of Bohemia ...»; - Preambolo cost. Polonia (1997): «...obliged to bequeath to future generations all that is valuable from our over one thousand years' heritage...»; - Preambolo cost. Repubblica Slovacchia (1992): «We, the Slovak Nation, bearing in mind the political and cultural heritage of our predecessors»; Preambolo cost. Guatemala (1985): «nostros ... inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural»

Al termine di una trattazione che abbia ad oggetto i riferimenti alla responsabilità intergenerazionale non ci si può esimere dal riferimento all'art.20a della Legge Fondamentale tedesca, sul quale si avrà modo di tornare più avanti.

L'articolo *de quo* rubricato "*Protezione dei fondamenti naturali della vita*" sancisce espressamente che "*Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto*¹⁶". Dunque appare evidente come nell'intento della riforma del 1994 possa individuarsi la volontà di introdurre il principio di solidarietà intergenerazionale nell'articolato costituzionale tedesco.

V. L'EFFICACIA DELLA FORMALIZZAZIONE COSTITUZIONALE DELLA RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE. UN CASO DI STUDIO: L'ART. 20A DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA

L'analisi delle ricadute giurisprudenziali della recente riforma costituzionale non può ignorare di considerare l'effetto di una formalizzazione a livello costituzionale del principio di solidarietà intergenerazionale e il conseguente uso delle clausole intergenerazionali. A tal proposito non si può prescindere dal considerare l'elaborazione di Corti Costituzionali di altri Paesi dove tale formalizzazione è avvenuta in un momento anteriore rispetto all'Italia.

Sull'argomento è esemplare l'elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca, culminata con la sentenza del 24 marzo 2021 che, sulla base dell'art.20a della Legge Fondamentale tedesca¹⁷, ha dichiarato l'illegittimità di alcune norme della legge tedesca sul cambiamento climatico.

La disposizione *de qua* è stata introdotta con la legge del 27 ottobre 1994 (BGBl. I p. 3146) ed è entrata in vigore il 15 novembre 1994. La sua introduzione era già prevista nella riforma costituzionale messa in cantiere dall'art. 5 dell'*Einigungsvertrag* del 31.8.1990 (BGBl. II p. 889) ed è stata poi materialmente preparata dalla *Gemeinsame Verfassungskommission*, istituita dal Parlamento.

La dottrina costituzionalistica tedesca è unanime nel riconoscere all'art. 20a della Legge Fondamentale tedesca il carattere di norma programmatica. Ciò si desume dal tenore letterale della norma e dalla sua funzione oltre che dalla sua collocazione nel sistema delle fonti, in quanto posta vicino ad altri *Staatsziele* e principi di struttura dell'ordinamento costituzionale tedesco¹⁸.

Ai fini che qui interessano si deve considerare che - come tra l'altro sostenuto da gran parte della dottrina tedesca¹⁹ - il principio posto dall'art.20a GG non ha una

¹⁶ Il testo in lingua originale recita così: «Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung».

¹⁷ Per il testo e la traduzione si rinvia al paragrafo precedente e alla nota n. 16.

¹⁸ D. Murswiek, *Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG)*, in *NVwZ*, 1996, p. 223; D. von Bubnoff, *Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht*, Berlin, 2001, p. 48.

¹⁹ M. Kloepfer, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neun Art. 20a GG*, in *DVBZ*, 1996, p. 74 s.; R. Scholz, *Art. 20a*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1996, p. 20 s., n. 33.

configurazione soggettiva, ma solo oggettiva, indirizzandosi esclusivamente ai poteri dello Stato (cioè Repubblica federale, *Länder*, Comuni e tutte le persone giuridiche di diritto pubblico), non anche ai privati.

Ciononostante il principio enunciato dall'art. 20a GG sembra imporre allo Stato non una mera attività difensiva (*Gefahrabwehr*), ma una concreta attività di prestazione contro i rischi (*Vorsorgeprinzip*). A carico dello Stato dunque si configura un vero e proprio obbligo di intervenire contro i danni all'ambiente provocati da terzi, oltre che un obbligo di ridurre al minimo o abbandonare del tutto quelle attività dannose per l'ambiente²⁰.

In termini di efficacia della formalizzazione costituzionale della responsabilità intergenerazionale la più importante conseguenza dell'introduzione dell'art. 20a GG si può ricondurre al fatto che, nelle future operazioni interpretative dei diritti fondamentali, tale nuovo principio assume un ruolo che può limitare la portata degli altri diritti. Ciò comporta che dall'art. 20a della Legge Fondamentale tedesca potranno discendere effetti ampliativi della tutela per i danneggiati e limitativi per i danneggianti²¹.

VI. LA SENTENZA DEL *BVERFG* DEL 24 MARZO 2021, IL *CLIMATE LITIGATION* E L'USO DELLE CLAUSOLE INTERGENERAZIONALI

L'art. 20a della Legge Fondamentale tedesca è stato utilizzato quale parametro di costituzionalità dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella recente decisione del 24 marzo 2021 (*BVerfG*, 24 marzo 2021)²².

Questa decisione può annoverarsi, come hanno sottolineato taluni autori²³, tra i *grands arrêts* sia con riguardo al diritto dell'ambiente sia con riguardo al futuro del costituzionalismo e va a inserirsi nel fenomeno del cd. *climate litigation*.

Con tale espressione si intende una strategia di azione adottata dai movimenti e le organizzazioni ambientalisti e che mira a far valere la responsabilità civile degli Stati dinnanzi ai tribunali nazionali per il mancato rispetto dei vincoli di tutela ambientale previsti dal diritto internazionale²⁴.

Uno dei casi più noti di contenzioso climatico è quello deciso dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso *Urgenda* con sentenza del 19 dicembre 2019²⁵.

Nelle cause legate al clima, fino alla sentenza *Urgenda* del 2019, gli orientamenti prevalenti erano stati nel senso che la previsione di misure dirette a contrastare i cambiamenti climatici fosse materia riservata alla discrezionalità del legislatore e dunque non fosse idonea a far sorgere diritti azionabili da parte dei cittadini nei confronti degli Stati, anche al fine di accertarne la responsabilità in ordine all'inefficacia delle politiche e delle misure di riduzione adottate.

²⁰ M. Klopfer, *op. cit.*, p. 77; D. Murswiek, *op. cit.*, p. 225.

²¹ M. Klopfer, *Umweltschutz als Verfassungsrecht*, cit., p. 78.

²² La versione integrale e in lingua originale della sentenza è disponibile su https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html.

²³ Tra cui R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, 24 maggio 2021, in www.open.luiss.it.

²⁴ G. Rossi, (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, p. 185.

²⁵ Hoge Raad der Nederlanden, 20.12.2019, n. 19/00135, *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*.

Per questo motivo la gran parte delle cause intentate sia contro governi sia contro imprese produttrici di gas serra (es. compagnie petrolifere) prima del caso *Urgenda* non avevano mai avuto esito positivo.

Senza voler entrare nel merito della decisione dei giudici olandesi, è qui sufficiente rilevare che con la sentenza sul caso *Urgenda* la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha confermato la pronuncia della Corte d'Appello dell'Aia²⁶ la quale aveva statuito che gli art. 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU imponevano al governo olandese di adottare misure per prevenire il cambiamento climatico, consistenti nella riduzione di gas serra del 25% entro il 2020 rispetto ai livelli del 1990.

La portata innovativa della sentenza *Urgenda* del 2019 della Corte Suprema dei Paesi Bassi consiste nell'aver portato per la prima volta un giudice interno a imporre al proprio Stato un livello minimo di riduzione delle emissioni di gas serra al fine di proteggere i diritti fondamentali della propria popolazione collegati alla tutela dell'ambiente, dei cittadini e anche delle future generazioni²⁷.

Nel solco del *climate litigation* si pone altresì la sentenza del *Tribunal Administratif de Paris* del 3 febbraio 2021 (il cd. *Affaire du Siècle*) con cui per la prima volta è stata riconosciuta la responsabilità dello Stato francese nella crisi climatica ed è stato giudicato illegale il non rispetto degli impegni presi dalla Francia in materia di emissioni di gas serra, ritenendo lo Stato responsabile di danno ecologico²⁸.

Il *climate litigation* che ha trovato esemplificazione in Olanda e in Francia, a parere di alcuni studiosi²⁹, ha avuto nella sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco³⁰ del 24 marzo 2021 un'evoluzione³¹ se non addirittura una concretizzazione rivoluzionaria³².

La corposa sentenza (si tratta di circa 110 pagine) del *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di una legge tedesca del 12 dicembre 2019 riguardante il cambiamento climatico (*Bundes-Klimaschutzgesetz*, da ora KSG).

Nello specifico, sono state oggetto della decisione alcune disposizioni della KSG³³ che disponevano la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra entro il 2030 nella misura del 55% rispetto ai livelli di emissione del 1990 e che stabilivano altresì un percorso di riduzioni annuali progressive. Numerose associazioni ambientaliste attraverso lo

²⁶ *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, causa n. 200.178.245/01, sentenza del 9 ottobre 2018.

²⁷ Per approfondire il tema si vedano: M.F. Cavalcanti, M. J. Terstegge, *The Urgenda case: the dutch path towards a new climate constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2020, II, p. 1371 ss.; F. Vannetti, L. Ugolini, *Il "Climate Change" arriva in tribunale: quadro giuridico e possibili scenari giudiziari*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, p. 739 ss.

²⁸ Per il testo completo della sentenza si veda: www.paris.tribunal-administratif.fr/content/download/179360/1759761/version/1/file/1904967190496819049721904976.pdf.

²⁹ Come sottolineato da L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Il diritto dell'economia. Atti di convegno. Università degli studi di Milano*, dicembre 2021, p. 32 ss.

³⁰ Ordinanza del 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

³¹ Carducci sottolinea le differenze che caratterizzano la pronuncia tedesca rispetto a quelle del Tribunale amministrativo di Parigi o della Corte distrettuale dell'Aia, sempre aventi ad oggetto la necessità di limitare le emissioni di CO₂. Sul punto si veda M. Carducci, *Libertà 'climaticamente' condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVeerfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021.

³² R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021.

³³ Art. 3, c.1, frase seconda e art. 4, c.1, frase terza, in connessione con l'Allegato 2 della KSG.

strumento del ricorso diretto alla Corte³⁴ hanno criticato il limitato profilo temporale dell'intervento che si sarebbe posto in contrasto con gli oneri derivanti dagli Accordi internazionali³⁵, e hanno spesso lamentato il fatto che, a causa dell'insufficienza della riduzione delle emissioni, gli effetti del cambiamento climatico si sarebbero tradotti in lesioni dei diritti fondamentali alla vita e alla proprietà (art.2, c.2 e 14, c.1, della Costituzione tedesca).

Il *BVerfG* non ha ritenuto dimostrabili tali violazioni, giungendo però alla dichiarazione di non conformità a costituzione della *KSG* attraverso un percorso diverso.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto la legge incostituzionale nella parte in cui non prevedeva indicazioni e requisiti volti a disciplinare la riduzione delle emissioni nocive successivamente al 2030, mostrando l'assenza di una prospettiva orientata al futuro.

I giudici tedeschi hanno ritenuto che l'obiettivo posto dalla *KSG*, essendo limitato temporalmente al 2030, avrebbe posto a carico delle future generazioni oneri di riduzione delle emissioni ben più impegnativi a partire dal 2031, violando l'art. 20a della Legge Fondamentale che statuisce un obbligo costituzionale di protezione del clima³⁶.

Il punto centrale della sentenza è incentrato proprio sulla circostanza che dopo il 2030 si sarebbero rese necessarie misure molto più stringenti per combattere efficacemente il cambiamento climatico, facendo ricadere sulle generazioni e sui Governi futuri l'onere maggiore di tali sacrifici³⁷.

La sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco presenta una portata innovativa che emerge sotto un duplice punto di vista: da un lato la valorizzazione del fattore "tempo", dall'altro la valorizzazione della responsabilità intergenerazionale.

Dall'analisi della sentenza del *BVerfG*, come hanno rilevato tra l'altro alcuni studiosi³⁸, emerge la struttura tridimensionale dell'obbligazione climatica che coinvolge tre elementi: il sistema climatico statale (la "determinata zona" di emissioni, comprensiva di pozzi e serbatoi di gas serra), il tempo (attraverso il processo termodinamico della mitigazione), i soggetti (la presente e le future generazioni).

Il fattore "tempo" (inteso come il tempo della "mitigazione" per la presente e le future generazioni) diviene il fulcro della tridimensionalità dell'obbligazione climatica statale

³⁴ *Verfassungsbeschwerde*. Per un approfondimento dell'istituto v. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, p. 270.

³⁵ In particolare l'Accordo di Parigi del 2015 che prevede che l'aumento delle temperature globali deve essere mantenuto entro il 2050 sotto i 2 gradi rispetto al livello preindustriale.

³⁶ L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, p. 44.

³⁷ «(O)gni tipo di libertà potrebbe essere condizionata da queste future riduzioni obbligatorie, perché tutti gli aspetti della vita umana sono ancora associati all'emissione di gas serra e quindi sono minacciati dalle restrizioni drastiche che si dovranno attuare dopo il 2030 [...]. Ad una generazione non dovrebbe essere permesso di consumare buona parte del bilancio di anidride carbonica sostenendo un onere relativamente leggero, laddove ciò comporti per le successive generazioni il dover sopportare un onere più radicale ed esporre le loro vite a una più ampia perdita di libertà». Traduzione proposta dalla nostra Corte costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto comparato, *Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20)*, in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future, 30 aprile 2021, disponibile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1619774479177.pdf.

³⁸ M. Carducci, *Libertà 'climaticamente' condizionate e governo del tempo*, cit.

affinché si realizzino concretamente tutti i suoi contenuti di protezione per i “benefici” umani di libertà e diritti.

In quest’ottica oggi perdere tempo consentendo emissioni senza alcun calcolo sui tempi del “picco”, implica scaricare sul futuro l’urgenza di far fronte alla lotta al cambiamento climatico, restringendo ulteriormente e ingiustamente gli spazi di azione e risposta di chi verrà e facendo regredire i “benefici” delle generazioni future.

Sostanzialmente la Corte costituzionale tedesca sembra rileggere l’art. 20a del *Grundgesetz* come regola di custodia del “tempo” del sistema climatico tedesco e dovere di sua protezione “in tempo utile” per i “benefici” delle generazioni future.

La sentenza si pone in un’ottica innovativa rispetto ai precedenti giudiziali europei in materia di *climate litigation*, infatti a determinare la condanna dello Stato non è l’insorgenza attuale di un danno (come affermato ad esempio dalla sentenza del [Tribunale amministrativo di Parigi](#)) né la mancata protezione preventiva del diritto alla vita di fronte alla minaccia climatica (come impresso dal celebre caso olandese “[Urgenda](#)”). Ciò che è considerata illegittima è la gestione statale del “tempo”.

Come alcuni studiosi hanno evidenziato³⁹, gli obblighi di cui all’art.20a GG nella ricostruzione della *BVerfG* sono divenuti un limite invalicabile per il legislatore che, nell’affrontare l’emergenza climatica, deve necessariamente rispettare il principio di proporzionalità dei doveri, ripartendoli equamente e non sbilanciandoli a svantaggio delle libertà future.

VII. LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE E POSSIBILI EVOLUZIONI DELL’USO DELLE CLAUSOLE INTERGENERAZIONALI

La Corte Costituzionale italiana ha fatto ricorso all’argomento intergenerazionale – come *supra* evidenziato - nelle motivazioni di alcune delle sue storiche decisioni, soprattutto con riferimento all’ambiente.

Recentemente la Consulta è tornata a riferirsi alla responsabilità intergenerazionale manifestando un ampliamento di prospettiva, che dalla materia ambientale si è estesa definitivamente al contesto economico, giungendo a richiamare il legislatore e i poteri pubblici a esercitare la propria responsabilità anche verso le generazioni future, alle quali consegnare non solo un ambiente sano ma anche scelte politiche sostenibili nel loro complesso⁴⁰ in quanto fondate su un uso e una gestione corretta, quindi sostenibile, delle risorse pubbliche⁴¹.

A tal proposito può essere utile un approfondimento della sentenza della Consulta n. 18/2019 (meglio conosciuta come la “sentenza di San Valentino”⁴²) in cui i Giudici costituzionali hanno dichiarato incostituzionale la disposizione che legittimava

³⁹ R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro*, cit.

⁴⁰ R. De Caria, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, in *Rivista AIC*, 2021, III, p. 130 ss.

⁴¹ I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito*, in *Bilancio, Persona, Comunità*, 2021, I, p. 51 ss., spec. p. 60.

⁴² F. Svevo Altavilla, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo “neocavouriano” della Corte dei conti, a tutela del bilancio “bene pubblico” e delle generazioni future*, in *Bilancio, Persona, Comunità*, 2019, I, p. 23 ss., spec. p. 32.

l'allungamento dei tempi di rientro dal disavanzo cui si connetteva la possibilità di ulteriore ricorso all'indebitamento per risolvere la mancanza di risorse da destinare alla spesa pubblica corrente⁴³.

Senza pretendere di entrare nel merito di una decisione connotata da numerosi aspetti tecnici, occorre ricordare che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che consentiva agli enti locali in stato di predissesto di ricorrere all'indebitamento per gestire in disavanzo la spesa corrente per un trentennio.

Nella sentenza *de quo* è presente tanto un riferimento alla cd. "equità intragenerazionale", quale vincolo tra generazioni contemporanee, quanto alla cd. "equità intergenerazionale", quale vincolo tra generazioni attuali e future. Emblematico a tal proposito è il paragrafo 6 del *Considerato in diritto* della sentenza *de qua* in cui i Giudici delle leggi hanno statuito che «la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale»⁴⁴.

Con riferimento all'ambito dell'equità intragenerazionale la Corte afferma che: «[...] è stata già sottolineata la pericolosità dell'impatto macroeconomico di misure che determinano uno squilibrio nei conti della finanza pubblica allargata e la conseguente necessità di manovre finanziarie restrittive che possono gravare più pesantemente sulle fasce deboli della popolazione»⁴⁵. Ciò senza contare che il succedersi di norme che diluiscono nel tempo obbligazioni passive e risanamento sospingono inevitabilmente le scelte degli amministratori verso politiche di "corto respiro", del tutto subordinate alle contingenti disponibilità di cassa»⁴⁶.

Maggiormente rilevante risulta il riferimento che i giudici della Consulta fanno all'equità intergenerazionale, laddove si afferma che «questa comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. È evidente che, nel caso della norma in esame, l'indebitamento e il deficit strutturale operano simbioticamente a favore di un pernicioso allargamento della spesa corrente»⁴⁷.

Per i Giudici della Consulta la procedura di prevenzione dal dissesto degli enti locali è costituzionalmente legittima solo se supportata da un piano di rientro strutturale di breve periodo. Il legislatore statale, sulla base dei principi del federalismo solidale, può dunque destinare nuove risorse per risanare gli enti che amministrano le comunità più povere ma non può consentire agli enti, che presentano bilanci strutturalmente deficitari, di sopravvivere per decenni attraverso la leva dell'indebitamento. Quest'ultimo, ha rilevato la Corte, deve essere riservato, in conformità all'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, alle sole spese di investimento (cosiddetta regola aurea⁴⁸).

⁴³ Art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)», come sostituito dall'art. 1, comma 434, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019).

⁴⁴ Corte costituzionale, sent. n. 18 del 14 febbraio 2019, par. 6, *Considerato in diritto*.

⁴⁵ A tal proposito v. Corte costituzionale, sent. n. 10 dell'11 febbraio 2015.

⁴⁶ Corte costituzionale, sent. n. 18 del 14 febbraio 2019, par. 6, *Considerato in diritto*.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*: «E, d'altronde, la regola aurea contenuta nell'art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come l'indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrate».

In conclusione i Giudici delle leggi hanno statuito che non può considerarsi costituzionalmente legittimo ampliare la spesa presente per scaricare sulle generazioni future gli oneri inerenti alla necessità di rientro dal *deficit*. Ciò che viene affermato nella sentenza di San Valentino del 2019 è quindi l'illegittimità del trasferimento dei costi verso il futuro, valutando anche quanto tale dinamica sia in grado di incidere sulla sottoposizione delle relative decisioni a una forma di responsabilità politica⁴⁹.

La Consulta ha colto l'occasione per cristallizzare fermamente quel dovere costituzionale «di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»⁵⁰.

Con riferimento alla questione della responsabilità intergenerazionale, la sentenza n.18/2019 della nostra Corte Costituzionale si pone nel solco della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco poiché, pur riguardando una tematica diversa e utilizzando un'argomentazione diversa rispetto al *BVerfG*, si fa portatrice di un autentico cambio di prospettiva: la Corte non basa le proprie argomentazioni sulla questione, ancora discussa, relativa all'esistenza di posizioni giuridiche soggettive in capo alle generazioni future, impossibilitate ad agire a tutela dei propri diritti non essendo ancora venute ad esistenza (questione su cui dottrina e giurisprudenza continuano a dibattere) per prediligere piuttosto un'argomentazione fondata sul riconoscimento di un dovere e di una responsabilità dello Stato e, nel caso specifico, degli enti locali, chiamati a farsi carico delle proprie scelte senza rimandare ad un tempo lontano gli effetti delle proprie politiche⁵¹.

In questa decisione, rispetto alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, la Corte Costituzionale non è entrata nel dettaglio della “quantità” di futuro da proteggere; altri profili più dettagliati sono stati però trattati in successive pronunce della Corte Costituzionale, come ad esempio nella sent. n. 115 del 23 giugno 2020, nella quale ancora una volta ad essere oggetto di vaglio da parte della Corte è stata una normativa che consente l'estensione ad un orizzonte ultradecennale dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale.

Con la sentenza *de qua* la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 2-ter, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34.

I giudici della Consulta rilevano una violazione dell'equità intergenerazionale, «*in quanto il comma 2-ter del citato art. 38 consente di utilizzare risorse vincolate al pagamento di debiti pregressi per la spesa corrente, in tal modo allargando la forbice del disavanzo*»⁵².

I giudici della Consulta, riprendendo quanto già affermato nella precedente sentenza di San Valentino del 2019⁵³, insistono sul fatto che «*la procedura del predissesto non può essere procrastinata in modo irragionevole, dovendosi necessariamente porre una cesura con il passato così da consentire ai nuovi amministratori di svolgere il loro mandato senza gravose “eredità”*». Diverse soluzioni

⁴⁹ L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, cit., p. 48.

⁵⁰ F. Svevo Altavilla, *La sentenza di San Valentino*, cit.

⁵¹ L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, cit., p. 49.

⁵² Corte costituzionale, sent. n. 115 del 23 giugno 2020, par. 1, *Considerato in diritto*.

⁵³ La tendenza a perpetuare il *deficit* strutturale nel tempo, a parere della Corte Costituzionale, «finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale». Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 115 del 23 giugno 2020, par. 10, *Considerato in diritto*.

possono essere adottate per assicurare tale discontinuità, e siffatte scelte spettano, ovviamente, al legislatore»⁵⁴.

La declaratoria di illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 81, 97, primo comma, e 119, sesto comma, Cost., riguarda l'art. 38, comma 2-ter, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, nella parte in cui, stabilendo la riproposizione del piano di riequilibrio da parte del Comune, prevede che detto piano debba contenere il ricalcolo pluriennale, fino a un massimo di venti anni, del disavanzo oggetto del piano modificato *«ferma restando la disciplina prevista per gli altri disavanzi»*.

La *ratio decidendi* su cui si fonda la pronuncia risiede, dunque, non già nell'illegittimità della dilatazione temporale della durata astrattamente fissata dalla norma⁵⁵, bensì nel meccanismo di manipolazione del *“deficit”* dell'ente che consente di sottostimare l'accantonamento annuale finalizzato al risanamento e, dunque, di peggiorare, anziché migliorare, nel tempo del preteso riequilibrio, il risultato di amministrazione⁵⁶.

Con riferimento alla specifica dimensione della solidarietà intragenerazionale può rilevarsi che questa sia recentemente emersa altresì in alcune pronunce della Corte Costituzionale in materia pensionistica. A tal proposito è esemplare la sentenza n. 234 del 9 novembre 2020 in cui la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della riduzione della rivalutazione automatica di talune pensioni, motivata dall'obiettivo di solidarietà tra generazioni entrambe attuali, cioè tra lavoratori più anziani e generazioni più giovani, rappresentativa di un patto tra generazioni riconosciuto, sempre secondo la Corte, quale elemento saliente del sistema pensionistico. Nella predetta sentenza si rinviene altresì un riferimento alla cd. *“mutualità intergenerazionale”*⁵⁷.

A conclusione dell'analisi della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in tema di responsabilità intergenerazionale può condividersi l'opinione secondo cui il richiamo all'equità intergenerazionale citata dai Giudici delle leggi nelle pronunce sopra ricordate presenta caratteri che in futuro saranno meritevoli di essere approfonditi e dettagliati, come ad esempio quello dell'estensione nel tempo della responsabilità politica.

VIII. CONCLUSIONI

L'evocata dimensione intergenerazionale impone di proiettare, per ragioni di efficacia e di effettività, le politiche ambientali, e non solo, nel medio-lungo periodo; emerge dunque un'ulteriore criticità della questione intergenerazionale: il legislatore, italiano ma non solo, spesso è vincolato dalle scadenze elettorali imposte dal rispetto del principio democratico e finisce per privilegiare interessi di breve o brevissimo periodo. Di conseguenza la promozione di valori costituzionali per il cui inveramento occorre una visione di più lunga durata viene lasciata al potere giudiziario⁵⁸.

⁵⁴ Corte costituzionale, sent. n. 115 del 23 giugno 2020, par. 10, *Considerato in diritto*.

⁵⁵ E cioè nel limite di vent'anni (anziché di dieci anni) stabilito nella tabella di cui al comma 5-bis dell'articolo 243-bis del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come sostituita dall'art. 38, comma 1-terdecies, del d.l. n. 34 del 2019, come convertito, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58.

⁵⁶ C. Forte, M. Pieroni, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, IV, p. 250 s., disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

⁵⁷ Corte costituzionale, sent. n. 234 del 9 novembre 2020, par. 18.11, *Considerato in diritto*.

⁵⁸ R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, cit.

Attualmente la giurisprudenza si pone in una posizione di avanguardia nell'affermazione di un principio di solidarietà intergenerazionale, l'esempio del Tribunale costituzionale tedesco è paradigmatico in questo senso in quanto per la prima volta sancisce un forte ed espresso riconoscimento costituzionale della tutela dell'ambiente oltre che un dovere di azione a carico dello Stato contro il cui inadempimento è stato valorizzato lo strumento dell'accesso diretto alla giustizia costituzionale.

Un ulteriore aspetto da considerare riguarda il fatto che il riferimento esplicito in Costituzione all'“*interesse delle future generazioni*” in futuro possa costituire un vincolo per il legislatore e, dunque, un parametro di validità per i processi decisionali di elaborazione delle politiche ambientali e per il sindacato giudiziale su di esse.

Il richiamo espresso all'“*interesse delle future generazioni*” assurge al rango di parametro sostanziale di legittimità costituzionale. Si impone un vero e proprio obbligo conformativo a carico del decisore politico chiamato a prescrivere istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a considerare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo quelle scelte misurabili e valutabili in sede di sindacato giudiziale di ragionevolezza, non limitato alla sola non manifesta irragionevolezza (o arbitrarietà), ma esteso ai ben più stringenti criteri di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto⁵⁹.

Inoltre le recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale italiana, di cui si è dato conto, dimostrano che l'argomento intergenerazionale stia entrando definitivamente nell'uso della Corte Costituzionale quale argomento esplicito nei giudizi che concernono non solo la tutela dell'ambiente e delle risorse naturali.

⁵⁹ M. Cecchetti, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2022, II, p. 285 ss.

LE APPLICAZIONI DEI SISTEMI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE A SUPPORTO DELLA DECISIONE: SPUNTI DI RIFLESSIONE IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Katia De Blasio

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE. – II. GLI USI DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO GIURIDICO. – III. I RISK ASSESSMENT TOOL NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE. – IV. I SOFTWARE PREDITTIVI: L'INFLUENZA SULLE FONTI DEL DIRITTO E SUL RUOLO DEL GIUDICE. – V. CONCLUSIONI.

Artificial intelligence is used in many fields nowadays, such as the judiciary. Here, these algorithms can be employed for different uses, for example to calculate the risk of recidivism or predict the outcome of a trial. Although these tools have already been implemented in different legal systems, they pose many problems in terms of risk of discrimination and crystallization of the law. Also, their influence on cognitive processes is not to be underestimated, as it has been shown to be quite difficult for a human to depart from the outcome of highly technical and autonomous devices. It will thus be necessary to balance the risk and benefits of these tools, questioning whether and to what extent they could be used in the decision-making process in a way compatible with the need for the law to be adaptable to new challenges.

Keywords: intelligenza artificiale, risk assessment tools, decisione giudiziaria, comparazione, interpretazione

I. INTRODUZIONE

Grazie alle capacità computazionali delle nuove tecnologie e alla disponibilità di grandi quantità di *big data*, sono sempre più diffusi in ogni ambito sistemi che sfruttano meccanismi di intelligenza artificiale¹ e si moltiplicano gli interventi di regolamentazione del fenomeno. In particolare, nell'ambito dell'Unione europea, è stata di recente approvata dal Parlamento europeo la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*), ove un sistema di intelligenza artificiale viene definito "un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali".²

In ambito giuridico, l'intelligenza artificiale può essere utilizzata per diversi fini, che spaziano dal calcolo della probabilità di recidiva, al supporto nella prevenzione del crimine, fino alla predizione delle decisioni giudiziarie. In alcuni ordinamenti giuridici applicativi di intelligenza artificiale sono utilizzati come strumento autonomo per la risoluzione di controversie, si parla al riguardo di giustizia robotica³.

¹ In verità i primi studi sulla possibilità di creare un'intelligenza artificiale risalgono agli anni '50 del secolo scorso, cfr. J. McCarthy *et al.*, *A Proposal For The Dartmouth Summer Research Project On Artificial Intelligence*, 1955, disponibile al seguente link: <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

² Si veda l'art. 3 della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 marzo 2024 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)),

³ Vi sono esperimenti di tal tipo, ad esempio in Estonia e Cina, cui fa riferimento E. Gabellini, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 1, 2022, p. 66; in Cina, in particolare, è stato creato un giudice robot che funziona con meccanismi di intelligenza artificiale, cfr. *White paper on trials of Beijing Internet Court* del 2019, p. 16, disponibile al seguente link: <https://regional.chinadaily.com.cn/pdf/WhitepaperontrialsOfBeijingInternetCourt.pdf>, da ultimo consultato in data 13/06/2023. Sempre in Cina è stato creato un programma in grado di selezionare i casi da portare prioritariamente in giudizio. Alcuni commentatori sostengono che notizie di questo tipo vengano ingigantite

In questa trattazione ci si soffermerà, in particolare, sull'impiego in ambito giuridico di *software* che aiutano -ma non sostituiscono- il giudice nello svolgimento dei propri compiti (c.d. *Decision Support Systems*, abbreviato in DSS)⁴. In particolare, si tratteranno gli esempi degli strumenti per il calcolo della probabilità di recidiva (*risk assessment tool*), molto diffusi negli Stati Uniti, e dei *software* di giustizia predittiva, che consentono di prevedere l'esito di un giudizio⁵.

Lo scopo di questo contributo è quello di indagare come gli applicativi di intelligenza artificiale a supporto della decisione siano stati implementati e le eventuali problematiche generate dal loro utilizzo.

II. GLI USI DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO GIURIDICO

I *software* di intelligenza artificiale impiegati in ambito giuridico sono eterogenei e sfruttano differenti tecnologie a seconda dello scopo perseguito.

Vi sono i c.d. sistemi esperti, sostanzialmente degli alberi decisionali codificati da un programmatore⁶ che possono essere utilizzati in ambito previdenziale per stabilire chi abbia diritto ad una prestazione a carico dello Stato⁷.

Sono altresì disponibili tecnologie di *natural language processing*, che permettono di elaborare il linguaggio naturale attraverso la percezione di dati linguistici, testuali o sonori⁸. Tecnologie di questo tipo sono implementate in *software* di *ediscovry*, come ad esempio il NUIX utilizzato dalla Procura di Genova nell'ambito dell'indagine sul crollo del Ponte Morandi⁹.

Di particolare interesse sono, poi, i *software* in grado di "apprendere" autonomamente, c.d. *machine learning*, a mezzo del quale le macchine "imparano", ancorché in modo molto differente da come potrebbe farlo un essere umano. Questi applicativi, infatti, ricavano dalla computazione dei dati forniti una legge matematica, la quale viene poi utilizzata per la risoluzione di problemi futuri¹⁰.

Nell'ambito del *machine learning* si possono distinguere differenti tipologie di apprendimento, ognuna con un diverso grado di autonomia. Tra queste vi è l'apprendimento supervisionato (*supervised learning*), ove al programma vengono forniti dei dati *input* e *output* che vengono adattati ad una funzione per spiegare il fenomeno; dopodiché il *software* utilizzerà la legge

e che in realtà si sia ben lontani dallo sviluppare programmi di giustizia robotica realmente autonomi, cfr. A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 7, 2022, p. 1760.

⁴ Questo termine è stato utilizzato da E. Frontoni, M. Paolanti, *AI-based decision support system*, in E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, p. 9.

⁵ Secondo L. Viola «Per "giustizia predittiva" deve intendersi la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli; non si tratta di predire tramite formule magiche, ma di prevedere la probabile sentenza, relativa ad uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi» (L. Viola, voce "Giustizia predittiva", in *Enc. Treccani – Diritto online*, 2018).

⁶ M. Harvey, M. Lavy, *Introduction*, in Iid (a cura di) *The law of artificial intelligence*, Londra, p. 1.

⁷ A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1765 ss.

⁸ M. Federico, *L'intelligenza artificiale alla prova: i diritti dei consumatori e il programma Claudette*, in *Dir. Inf.*, 1, 2022, p. 68.

⁹ Il NuiX è stato utilizzato dalla Procura della Repubblica di Genova per esaminare, nel corso dell'indagine, la mastodontica mole di documenti nativi digitali. Lo strumento ha consentito, attraverso meccanismi di *machine learning* e *natural language processing*, di identificare nella suddetta documentazione gli elementi rilevanti. A seguito di ciò, gli avvocati degli imputati hanno eccepito una violazione del diritto di difesa in ragione della sproporzione dei mezzi a disposizione delle parti, allegando che, per loro, la documentazione depositata risultava sostanzialmente inaccessibile. Il collegio del Tribunale ha tuttavia rigettato tale istanza (Tribunale di Genova, I sez. pen., ord. 26/20/2022) sostenendo che nessuna delle difese avesse chiesto di utilizzare il NUIX, nonostante fosse stato messo a disposizione da parte della Procura e, comunque, nell'opinione del collegio, gli interessati potevano usufruire di applicativi gratuitamente scaricabili da internet.

¹⁰ G. D'Acquisto, *Intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 127 ss.

inferita per spiegare gli *output* generati da nuovi *input*¹¹. Questa tecnica è usata nei software di giustizia predittiva per prevedere l'esito di una lite giudiziaria¹².

Nell'apprendimento rinforzato (*reinforced learning*) l'applicativo riceve i dati in sequenza dall'interazione con l'ambiente circostante e per ciascuno di essi valuta l'azione che meglio gli consente di avvicinarsi ad una funzione-obiettivo nota; in altri termini il *software* "interroga" il mondo ricevendo delle risposte misurabili da cui desumere come progredire verso l'obiettivo finale¹³ (ma allo stato non sembra che vi siano applicazioni di questo tipo in ambito giuridico¹⁴).

Esiste anche l'apprendimento non supervisionato (*unsupervised learning*), ove il *software* riceve i dati senza sapere quali costituiscano l'*input* e quali l'*output* e cerca di individuare possibili tratti comuni¹⁵. Questi applicativi vengono utilizzati per formare degli archivi (c.d. *cluster*) nei quali vengono inseriti dati con caratteristiche analoghe o in altro modo collegati; ad esempio, possono essere utilizzati in un'indagine per raggruppare documenti simili¹⁶.

Infine, rientra nel *machine learning* il *deep learning*, ove l'applicativo è in grado di compiere azioni tipiche dell'uomo, come individuare un contesto a partire dall'osservazione di dati (ad esempio l'identificazione di una persona in una fotografia o in un video). Nel *deep learning* lo strumento informatico rielabora i dati attraverso le c.d. reti neurali, il cui funzionamento è ispirato a quello del cervello umano, per cui il *software* è in grado di "apprendere" attraverso un'approssimazione di funzioni calcolate in via progressiva in modo da discostarsi il meno possibile dalle osservazioni già raccolte; in questo modo si riesce poi a ricostruire l'informazione mancante¹⁷.

Proprio per il loro funzionamento, diversamente da un albero decisionale, le reti neurali non si prestano a fornire direttamente spiegazioni comprensibili sul perché di un determinato risultato¹⁸. Ciononostante, questi sistemi sono in grado di eseguire prestazioni molto accurate e vengono utilizzati in diversi ambiti, ad esempio in caso di dispute inerenti a violazioni del diritto d'autore o del *copyright*¹⁹.

Da questa breve disamina sulle tecnologie di intelligenza artificiale attualmente disponibili emergono dunque due considerazioni preminenti.

Innanzitutto, è difficile, se non impossibile, non solo per gli utilizzatori, ma persino per gli stessi programmatori, comprendere il comportamento di alcuni algoritmi di *machine learning*: si parla a tal proposito di scatola nera o "*black box*" dell'intelligenza artificiale. Per questo motivo, tali applicativi possono essere implementati con più facilità in ambiti in cui si ha un interesse maggiore ad avere un risultato preciso piuttosto che spiegabile, mentre, nel caso in cui si debbano prendere delle decisioni giuridicamente rilevanti, l'utilizzo di questi programmi diviene più problematico²⁰.

A questa prima considerazione si aggiunga che proprio per le modalità intrinseche di funzionamento dell'intelligenza artificiale, essa non può mai essere creativa, nel senso e nel

¹¹ *Ibidem*.

¹² A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1768.

¹³ G. D'Acquisto, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 127 ss.

¹⁴ A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1768.

¹⁵ G. D'Acquisto, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 170.

¹⁶ A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1768.

¹⁷ G. D'Acquisto, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 183 ss.

¹⁸ A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1771.

¹⁹ S. Dahan *et al.*, *Analytics and EU Courts: The Case of Trademark Disputes*, in T. Capeta, I. Goldner Lang, T. Perišin (a cura di) *The Changing European Union: A critical view on the role of the Courts*, Londra, 2022, p. 9, ove gli autori forniscono l'esempio del *TrademarkVision Image Recognition software* che è utilizzato dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale, dalla *Australian IP office* e dalla stessa Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale. L'applicativo in questione utilizza una tecnologia simile a quella del riconoscimento facciale usata da Facebook e Google, ma con lo scopo di identificare marchi e loghi.

²⁰ A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1771.

modo in cui può esserlo un uomo, in quanto il risultato finale di un procedimento è sempre frutto della elaborazione di dati storici preesistenti e, per tale ragione, questi applicativi non potranno mai apportare realmente un *quid novi* alla realtà contingente²¹.

III. I RISK ASSESSMENT TOOL NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE

La prima tipologia di strumenti di intelligenza artificiale a supporto della decisione che si andrà a trattare è quella dei *risk assessment tool*, che sono utilizzati per il calcolo della recidiva, ossia la probabilità di reiterazione di un reato da parte di un soggetto già condannato per un fatto penalmente rilevante.

Mentre nell'ordinamento giuridico italiano attualmente non vengono usati applicativi di questo tipo²², essi sono molto diffusi negli Stati Uniti, ove già qualche anno fa vi è stato un dibattito concernente l'utilizzo del COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*)²³.

Infatti, il 26 maggio 2016, la ONG ProPublica ha pubblicato sul proprio sito web un articolo dal titolo *'Machine Bias: There's a software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks'*²⁴, ove dall'esame di diverse fattispecie si arrivava alla conclusione per cui il *software* in questione operasse delle discriminazioni nei confronti delle persone di colore.

A tal fine occorre specificare che il COMPAS per fornire la propria valutazione teneva in considerazione i precedenti criminali degli esaminati nonché le risposte a domande del tipo "uno dei tuoi genitori è mai stato in prigione?", oppure "quanti dei tuoi amici o conoscenti assumono droghe illegali?".

Dopo queste allegazioni non è tardata ad arrivare la risposta della Northpointe, ossia l'azienda che aveva la licenza del programma COMPAS, la quale ha sostenuto che i dati analizzati dalla ONG non dimostrassero la sussistenza di alcun tipo di discriminazione²⁵. Infatti, secondo l'azienda, lo strumento era affidabile poiché la percentuale di accuratezza con la quale prevedeva un rischio di recidiva per persone che poi avrebbero commesso un altro reato successivo era più o meno la stessa sia per le persone di colore che per quelle non di colore²⁶. A questa risultanza si poteva però obiettare che le analisi dell'applicativo dimostravano anche che vi era anche una significativa percentuale di persone giudicate ad alto rischio di recidiva che poi non avrebbe commesso altri reati. E in questa percentuale la maggior parte delle persone era di colore²⁷.

²¹ G. D'Acquisto, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 198, ove l'A scrive che «si tratta di un 'upgrade' informativo, non di una scoperta. Il *machine learning* ha sempre bisogno di un'informazione di partenza da arricchire e non può generare conoscenza dal nulla in modo creativo come è in grado di fare l'uomo».

²² D. Zingales, *Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale?*, in *Diritto Penale e Uomo*, 12, 2021, a p. 18 sostiene che un algoritmo di intelligenza artificiale di calcolo della pericolosità o della recidiva si porrebbe in evidente contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

²³ Dopo il 2017 l'azienda ha effettuato *rebranding* cambiando anche il nome del suo prodotto che non si chiama più COMPAS ma Equivant. Maggiori informazioni possono essere rinvenute al seguente link: <https://www.equivant.com/>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

²⁴ Il testo integrale dell'articolo è rinvenibile al seguente link, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

²⁵ La risposta completa può essere rinvenuta al presente link: [Response to ProPublica: Demonstrating accuracy equity and predictive parity - equivant](#), da ultimo consultato in data 13/06/2023.

²⁶ *Ivi*, p. 20.

²⁷ Si veda la risposta di ProPublica alla Northpointe, *MACHINE BLAS: Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable, Researchers Say*, disponibile al seguente link: <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>, da ultimo consultato in data 13/06/2023, «When we looked at the people who did not go on to be arrested for new crimes but were dubbed higher risk by the formula, we found a racial disparity. The data showed that black defendants were twice as likely to be incorrectly labeled as higher risk than white defendants. Conversely, white defendants labeled low risk were far more likely to end up being charged with new offenses than blacks with comparably low COMPAS risk scores».

Tale disparità di trattamento può essere spiegata in ragione del fatto che, benché la “razza” non fosse tra i fattori computati ai fini del calcolo delle probabilità di recidiva²⁸, altri criteri di valutazione potevano far emergere delle discriminazioni razziali (ad esempio, nel caso del COMPAS, nel questionario si teneva conto della situazione finanziaria dei soggetti valutati, della zona geografica in cui vivevano, di quante loro conoscenze fossero state in carcere, e altro²⁹). Ovviamente l'utilizzo di fattori di questo tipo va a svantaggio di soggetti che sono cresciuti in situazioni più difficili e di coloro che appartengono a minoranze meno integrate).

Le perplessità suscitate dal COMPAS, poi, non si sono concluse col menzionato dibattito *online*; infatti, l'applicativo è stato anche utilizzato nel famoso caso *State of Wisconsin v. Loomis*, deciso in sede di impugnazione dalla *Wisconsin Supreme Court*³⁰ e successivamente impugnato alla *Supreme Court* degli Stati Uniti, la quale ha tuttavia negato il *writ of certiorari*, dichiarando quindi inammissibile il ricorso.

Questa vicenda ha attirato l'attenzione di diversi autori³¹ specialmente in merito alle modalità con le quali l'imputato, Eric L. Loomis, è stato giudicato.

Nello specifico, la *Circuit court*, in primo grado, aveva ordinato un report che includeva anche una valutazione del rischio di recidiva da parte del *software* COMPAS. Questo, sulla base dei parametri già menzionati, ha giudicato l'imputato ad alto rischio di recidiva, per cui il giudice ha applicato la sanzione della detenzione per sei anni; una pena ritenuta elevata in quanto Loomis aveva patteggiato solamente per due dei reati dei quali era stato accusato, ossia il non essersi fermato ad un posto di blocco e l'aver guidato un'automobile senza il consenso del proprietario.

La difesa di Loomis ha dunque impugnato la sentenza, sostenendo che vi fosse stata una violazione del diritto ad avere una decisione individualizzata, che fosse stato discriminatorio l'utilizzo del fattore “genere” per il calcolo della recidiva e che, da ultimo, l'imputato non fosse stato condannato sulla base di informazioni accurate, posto che, essendo il COMPAS di proprietà di una società privata, né la difesa di Loomis né lo stesso organo giudicante conoscevano le modalità di funzionamento dell'algoritmo, o quale peso venisse riconosciuto ai fattori computati³².

La *Wisconsin Supreme Court* non ha accolto l'impugnazione, benché abbia fornito alcune regole precauzionali rispetto all'uso di *software* predittivi da parte dei giudici.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'argomento della difesa concernente la mancanza di una decisione personalizzata, la Corte ha sottolineato come la sentenza di primo grado non fosse basata esclusivamente sulle risultanze del *software*, infatti al paragrafo 9 della decisione si scrive: «We determine that because the circuit court explained that its consideration of the COMPAS risk scores was supported by other independent factors, its use was not

²⁸ S. Corbett-Davis *et. al*, *Algorithmic decision making and the cost of fairness*, in *Proceeding of the 23rd Acm Sigkdd Int'l Conf. On Knowledge Discovery & Data Mining*, 2017, ove si scrive «These algorithms do not explicitly use race as an input. Nevertheless, an analysis of defendants in Broward County, Florida revealed that black defendants are substantially more likely to be classified as high risk».

²⁹ ProPublica ha pubblicato, all'interno del primo articolo *MACHINE BLA*, cit., un documento in cui raccoglie le domande inserite nel questionario che viene fatto compilare ai soggetti valutati dal COMPAS. Le domande possono essere rinvenute al seguente link: <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html#document/p6/a296600>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

³⁰ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S.Ct. 2290 (2017).

³¹ *Ex multis*, A.L. Washington, *How to argue with an algorithm: lessons from the COMPAS-ProPublica debate*, in 17 *Colo. Tech. L. J.* 1, 17, p. 131-160, G. Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision making - Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in 9 *JIPITEC* 1, 2018, p. 3-34.

³² Cfr. Sul punto A.L. Washington, *How to argue with an algorithm*, cit., p. 134.

determinative in deciding whether Loomis could be supervised safely and effectively in the community».

Questa motivazione si presta a critiche. Infatti, per quanto si possa sostenere che la decisione giudiziale non sia stata basata esclusivamente sulle risultanze provenienti dal *software*, vi sono studi che invece evidenziano la tendenza umana a conformarsi ai risultati proposti da sistemi autonomi considerati altamente affidabili³³. Il problema si pone quindi in termini generali e concerne l'effettiva influenza di questi strumenti sui processi cognitivi del giudice³⁴ e la possibilità, nella pratica, di discostarsi dalle risultanze provenienti da un *software* di intelligenza artificiale.

La Corte ha rigettato altresì il motivo di impugnazione concernente il diritto ad essere giudicati sulla base di informazioni accurate sostenendo che, sebbene l'imputato non avesse accesso né all'algoritmo né al *dataset* fornito per il calcolo probabilistico, comunque egli poteva visionare e impugnare le risultanze del report finale, senza contare che nel 2015 la Northpointe aveva diffuso una guida nella quale spiegava che i punteggi di rischio erano calcolati sulla base di fattori statici come i precedenti penali della persona e alcuni, limitati, fattori dinamici come l'abuso di sostanze³⁵.

Anche questo argomento è tuttavia debole, in quanto una generica indicazione dei dati presi in considerazione non poteva compensare il fatto che, in fondo, nessuno conoscesse realmente le modalità di funzionamento dell'algoritmo e di computazione dei fattori di rischio nell'analisi finale.

Per tutti questi motivi, la decisione della *Wisconsin Supreme Court* è sembrata insufficiente a risolvere le problematiche sollevate dall'utilizzo dei *risk assessment tool* in ambito decisionale³⁶.

Ciononostante, le vicende narrate non hanno frenato lo sviluppo di nuovi sistemi di intelligenza artificiale per il calcolo della recidiva. Infatti, con la riforma della giustizia penale prevista dal *First Steps Act* del 2018³⁷, il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d'America ha annunciato, nel 2019, la creazione di un nuovo strumento di calcolo della recidiva, il c.d. PATTERN (*Prisoner Assessment Tool Targeting Estimated Risk and Needs*)³⁸, il quale è volto a predire la probabilità che un detenuto che si trova in una prigione federale commetta di nuovo un crimine dopo essere stato rilasciato. Questo strumento non è di proprietà di una società privata, ma del Governo. Del PATTERN sono resi pubblici, dunque, non solamente i fattori utilizzati nel calcolo della recidiva, ma anche il loro peso computazionale³⁹.

³³ *Ex multis*, R. Parasuraman, D. Manzey, *Complacency and Bias in Human Use of Automation: An Attentional Integration*, in 52 *Hum. Factors*, 3, 2010, 3, p. 390.

³⁴ L. Vagni, *The role of human judge in judicial decisions. Preliminary remarks on legal interpretation in the age of artificial intelligence*, in E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 189, ove l'A. scrive: «the influence of the algorithms on the cognitive process of the judge is still underestimated».

³⁵ Cfr. Par. 54 della decisione ove la Corte scrive: «Loomis is correct that the risk scores do not explain how the COMPAS program uses information to calculate the risk scores. However, Northpointe's 2015 Practitioner's Guide to COMPAS explains that the risk scores are based largely on static information (criminal history), with limited use of some dynamic variables (i.e. criminal associates, substance abuse)».

³⁶ L. Vagni, *The role of human judge in judicial decisions*, cit., p. 189, ove l'A. scrive: «The cautions and limitations in the use of COMPAS, established by the Wisconsin Supreme Court in the Loomis case, seem unable to prevent any algorithm bias in risk assessment».

³⁷ *Formerly Incarcerated Reenter Society Transformed Safely Transitioning Every Person Act* del 21 dicembre 2018, il cui testo integrale può essere trovato a questo link: [untitled \(congress.gov\)](https://www.congress.gov/bills/115/10111/text/1/2018-12-21/1), da ultimo consultato in data 13/06/2023.

³⁸ Per maggiori informazioni sul *software* PATTERN si consulti il seguente link: <https://www.bop.gov/inmates/fjsa/pattern.jsp#:~:text=In%20developing%20the%20new%20risk,risk%20scores%20during%20periodic%20reassessments>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

³⁹ Cfr. 2020 *Review and Revalidation of the First Step Act Risk Assessment Tool*, U.S. Department of Justice, Office of Justice, Programs National Institute of Justice, Gennaio 2021, consultabile al seguente link: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/256084.pdf> e il 2021 *Review and Revalidation of The First Step Act Risk Assessment Tool*, U.S. Department of Justice, Office of Justice, Programs National Institute of Justice, disponibile al seguente link

Esso è in continuo aggiornamento e viene monitorato costantemente attraverso un dialogo tra il *team* di sviluppo e le parti interessate, tanto che è stato istituito un *Independent Review Committee* col compito di migliorare l'applicativo⁴⁰ (attualmente viene utilizzata la versione 1.3 del prodotto)⁴¹.

Inoltre, diversamente dal COMPAS che includeva nella valutazione perlopiù fattori statici, il PATTERN permette al detenuto di diminuire il proprio punteggio di rischio (ad esempio la partecipazione ad un percorso volto al reinserimento sociale⁴²).

Tuttavia, nonostante le accortezze assunte dal Dipartimento di Giustizia nella predisposizione e nell'utilizzo di questo strumento, non sono mancate critiche per due motivi principali. In primo luogo, anche per il PATTERN sono state segnalate delle discriminazioni razziali⁴³ e in secondo luogo esso fa uso di dati e statistiche provenienti da un altro *risk assessment tool*, denominato BRAVO (*Bureau Risk and Verification Observation*), per il quale non vi è la stessa trasparenza di informazioni riguardanti il funzionamento⁴⁴.

Va comunque sottolineato che, malgrado i dubbi suscitati nell'opinione pubblica, e la potenzialità di perpetrare discriminazioni sistematiche, negli Stati Uniti il PATTERN viene attualmente utilizzato ed è stato altresì fondamentale nel 2020 al fine di individuare circa 7000 detenuti presso gli istituti penitenziari federali ritenuti idonei all'isolamento domiciliare durante la pandemia da Covid-19⁴⁵.

IV. I SOFTWARE PREDITTIVI: L'INFLUENZA SULLE FONTI DEL DIRITTO E SUL RUOLO DEL GIUDICE

I *software* predittivi utilizzano l'intelligenza artificiale, di solito il *machine learning*, per predire l'esito di una lite futura sulla base di un insieme di decisioni passate⁴⁶.

In Italia, applicativi di questo tipo non sono diffusi, probabilmente anche a causa della scarsa disponibilità di una grande mole di decisioni di merito liberamente accessibili da utilizzare come *input* per il loro funzionamento⁴⁷.

Al contrario, in Francia e in Belgio è molto utilizzato *Prédicte*, un *software* di intelligenza artificiale che consente di visionare una enorme mole di decisioni giudiziarie mettendole in ordine a seconda della loro rilevanza per la fattispecie contingente e di aggiornare i documenti accessibili in tempo reale, in modo da poter dare un risultato il più preciso possibile⁴⁸. Gli strumenti come *Prédicte* permettono inoltre all'utente di avere dei dati accurati in merito alle statistiche di accoglimento di una determinata domanda in un contesto geografico, all'ammontare del risarcimento del danno riconosciuto e finanche agli

<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/303859.pdf> da ultimo consultati entrambi in data 13/06/2023, cfr. altresì D. Zingales, *Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale?*, cit., p. 9 ss.

⁴⁰ Cfr. *Review and Revalidation*, cit.

⁴¹ Cfr. il sito del Federal Bureau of Prisons, <https://www.bop.gov/inmates/jsa/pattern.jsp>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

⁴² D. Zingales, *Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale?*, cit., p. 11.

⁴³ Cfr. la lettera aperta scritta dalla Leadership Conference on Civil Rights, consultabile al seguente link: <https://civilrights.org/resource/comment-letter-to-department-of-justice-on-pattern-first-step-act/>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

⁴⁴ D. Zingales, *Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale?*, cit., p. 10.

⁴⁵ Cfr. *Memorandum from the Office of the Attorney General for Director of Bureau Prisons* del 26 marzo 2020, disponibile al seguente link: [BOP Memo \(justice.gov\)](https://www.bop.gov/memo), da ultimo consultato in data 13/06/2023.

⁴⁶ L. Larret-Chahine, *La justice prédictive*, in E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 163 e 166.

⁴⁷ A. Santosuoso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., p. 1777.

⁴⁸ Per maggiori informazioni sul *software* *Prédicte* si consulti il sito <https://predictice.com/fr>, da ultimo consultato in data 13/06/2023.

argomenti di diritto che, con maggiore probabilità, potrebbero sortire un effetto maggiore sull'organo giudicante⁴⁹.

I benefici dell'utilizzo di questi applicativi sono molteplici. Oltre a facilitare la ricerca giurisprudenziale, essi possono costituire da incentivo per una potenziale risoluzione consensuale della controversia (ad esempio nel caso in cui l'avvocato si renda conto che l'orientamento giurisprudenziale prevalente non comporterebbe l'accoglimento delle proprie istanze⁵⁰).

Dunque, questi strumenti potrebbero *prima facie* sembrare più innocui rispetto ai *risk assessment tool*, e tuttavia pongono anche essi dei quesiti importanti, soprattutto se utilizzati in fase decisoria dal giudice.

Quest'ipotesi, infatti, stimola una riflessione su quello che può essere il ruolo del giudice nell'epoca dell'intelligenza artificiale e su come potrà svolgersi il dialogo con le fonti del diritto man mano che queste nuove tecnologie diverranno sempre più numerose e accessibili.

Va ribadito a tal fine che questi *software* non sono in grado di fornire un risultato creativo e il loro utilizzo, ancorché in via ausiliaria, può influire sui processi cognitivi dell'organo giudicante. Da queste premesse deriva un serio rischio di "cristallizzazione" del diritto, che potenzialmente potrebbe diventare una mera proiezione nel futuro di decisioni passate.

Si potrebbe obiettare che questo effetto potrebbe essere cagionato anche attraverso l'utilizzo, da parte degli organi giudicanti, di banche dati molto avanzate che consentono di consultare i precedenti conformi o difformi rispetto ad una determinata decisione⁵¹. Tuttavia, questi strumenti differiscono rispetto ai sistemi di intelligenza artificiale, che invece forniscono indicazioni molto più dettagliate e sono in grado di ordinare con estrema cura una enorme mole di sentenze, fornendo altresì accurate statistiche sull'accoglimento o meno di una domanda giudiziale. Una volta fornite delle risultanze tanto specifiche, infatti, sarebbe ben difficile per il giudice discostarsi da un orientamento dominante e si potrebbe arrivare alla situazione paventata in dottrina francese dell'*"effet moutonnier"*⁵², inteso come sclerotizzazione dell'ordinamento giuridico, il quale invece ha bisogno di "respirare" ed essere adattato ai tempi contingenti.

Difatti, il ruolo dell'interprete, e in via primaria del giudice, non può essere relegato a quello di ripetere *ad infinitum* un certo numero di decisioni passate, anzi, la sua umanità è fondamentale per la sopravvivenza e l'evoluzione del diritto, che è prima di tutto esperienza umana, la quale viene filtrata nella decisione grazie al sentire del giudice, che opera in un determinato contesto ed è influenzato dallo stesso⁵³. La centralità del giudice umano può essere apprezzata particolarmente quando si riscontri la necessità di una interpretazione evolutiva di un testo di legge in modo da fargli assumere un significato che non poteva avere al momento dell'emanazione, oppure nel momento in cui si manifestano lacune nell'ordinamento giuridico e vi è l'esigenza di trovare una soluzione 'altrove', magari attraverso il ricorso all'analogia⁵⁴.

⁴⁹ L. Larret-Chahine, *La justice prédictive*, cit., p. 163.

⁵⁰ A. Natale, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. giust.*, 4, 2018, p. 7 ss.

⁵¹ Banche dati di questo tipo sono già utilizzate nell'ordinamento italiano, si prendano come esempi *Italgiure.it* oppure *Dejure.it*.

⁵² G. Garapon, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La semaine juridique*, 1-2, 2017, p. 52, dove l'autore fa riferimento al c.d. *"effet moutonnier"*, citando un famoso scritto di Rabelais.

⁵³ Cfr. L'opera di uno dei più importanti giusrealisti americani, H. Holmes, *The Common Law* (1881), rist., Boston, 2009, p. 3, ove l'A. scrive: «The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which the judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics».

⁵⁴ L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, p. 853-854.

Pertanto, se l'interpretazione del diritto non è un mero esercizio tecnico, ma è un'attività che ha una natura culturale e morale ed attiene ad un contesto sociale di riferimento⁵⁵, allora il rischio di questi applicativi è quello di decontestualizzare il diritto, di toglierlo dalla sua dimensione storico-sociale e di farlo diventare, di fatto, inutile a risolvere in modo giusto le controversie. A chi potrebbe mai servire, infatti, una decisione automatizzata che non è in grado di prendere coscienza della realtà contingente?

Ancorché con le opportune distinzioni, queste considerazioni sono rilevanti anche per gli ordinamenti di *common law*, ove al precedente viene riconosciuto più chiaramente un ruolo di fonte di diritto. Qui, infatti, il riferimento allo stesso non viene fatto in modo asettico ed impersonale, come potrebbe fare un applicativo informatico: il giudice o le parti che portano dei riferimenti giurisprudenziali a sostegno della loro tesi selezionano con cura il precedente a cui appellarsi; l'organo giudicante, in particolare, volontariamente sceglie se seguire il precedente, o discostarsene⁵⁶. Si parla a tal proposito proprio di *art of distinguishing* e, se il giudice non vuole seguire un precedente, la distinzione viene effettuata o con riguardo agli elementi del caso particolare, ritenendo che i fatti del precedente siano differenti rispetto al caso pendente, oppure con riferimento alla regola di diritto applicata, sostenendo che le due fattispecie, per quanto apparentemente simili, vadano qualificate diversamente⁵⁷. Va da sé che, per quanto già chiarito nel secondo paragrafo, tale ragionamento umano non è (ancora?) imitabile da un programma.

Allo stesso modo un applicativo informativo non potrebbe annullare un precedente, come fa ad esempio la *Supreme Court* del Regno Unito attraverso l'*overruling* quando ritiene che esso non sia più rispondente alla realtà contingente, e ciò in quanto un programma non è in grado di apprezzare i mutamenti sociali che sono alla base dei *revirements* giurisprudenziali. Da queste considerazioni emerge dunque chiaramente quanto sia problematico l'utilizzo, in fase decisoria, di *software* predittivi, i quali possono facilmente portare ad una sclerotizzazione del diritto, impedendogli di adattarsi ai casi della vita e dunque di esistere come esperienza umana.

V. CONCLUSIONI

Alla luce della breve trattazione svolta, che non aveva alcuna pretesa di esaustività su un tema tanto complesso, emergono comunque alcuni interessanti rilievi di sintesi.

In primo luogo, un *software* di intelligenza artificiale, lungi dall'essere uno strumento neutro, può perpetrare discriminazioni di vario tipo, in quanto eventuali pregiudizi o errori possono essere trasmessi all'algoritmo in diversi stadi del perfezionamento dello stesso, sia durante la progettazione (ad esempio facendogli computare un determinato fattore con un peso differente a seconda della sensibilità del programmatore) sia nella fase di addestramento, ove alla macchina viene fornito un set di *training data* sui quali "esercitarsi" per imparare a sviluppare autonomamente i propri meccanismi di apprendimento⁵⁸. Se gli esempi forniti da questi dati sono poco rappresentativi della realtà, riflettono pregiudizi esistenti o convergono nel fare in modo che il programma impari a giudicare in un determinato modo alcuni gruppi di persone, allora esso perpetrerà necessariamente, anche in futuro, quella discriminazione⁵⁹ (si parla, in linguaggio informatico, di "*bias*" dell'algoritmo, da intendersi

⁵⁵ L. Moccia, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 3, 2012, p. 921.

⁵⁶ L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, cit., p. 452.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A. Amidei, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in E. Gabrielli, U. Ruffolo (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 7, 2019, p. 1726.

⁵⁹ L. Vagni, *The role of human judge in judicial decisions*, cit., p. 189.

come errori sistematici e ripetibili nella computazione di dati che comportano a risultati ingiusti⁶⁰).

Eliminare i *bias* dall'algoritmo non è semplice, proprio perché questi strumenti sono di creazione umana e dunque le convinzioni dei programmatori possono riflettersi facilmente negli applicativi.

Pertanto, prima utilizzare questi tecnologie in ambiti delicati, come può essere quello della decisione sulla pena detentiva, ci si dovrebbe concentrare sulla trasparenza dell'algoritmo e sulla bontà dei dati del *training set*⁶¹ al fine di garantire lo sviluppo di un *software* il più imparziale possibile, posto che, come osservato nel caso del PATTERN, la predisposizione di strumenti pubblici non è di per sé sufficiente se poi l'applicativo viene comunque percepito come ingiusto o prevenuto nei confronti di un gruppo sociale.

In secondo luogo, si può notare come le modalità con le quali i *software* di intelligenza artificiale elaborano i loro risultati sono tendenzialmente opache. Ciò può essere dovuto a due motivazioni: o lo strumento è coperto dal segreto industriale (*black box* legale), come nel caso COMPAS, oppure le modalità intrinseche di funzionamento della tecnologia non permettono di ricostruire come vengono prese alcune decisioni (*black box* tecnica)⁶².

Per quest'ultima ipotesi va segnalato che, allo stato attuale, informatici ed ingegneri stanno lavorando alla predisposizione di un'intelligenza artificiale che sia spiegabile, c.d. *explainable AI* (XAI), per cui sarà interessante monitorare gli sviluppi in questo settore.

Per la *black box* legale, invece, bisognerà contemperare le esigenze dello sviluppo delle industrie private con la necessità di avere una giustizia imparziale ed accessibile, e questo, in alcuni casi, vorrà dire prestare una maggiore attenzione agli strumenti che vengono utilizzati in ambiti pubblicamente rilevanti, interrogandosi di volta in volta su se le esigenze di celerità ed efficienza possano prevalere sulla conoscibilità e l'accessibilità agli strumenti utilizzati.

In terzo luogo, è necessaria una riflessione sull'influenza che gli applicativi di giustizia predittiva possono avere sul ruolo dell'interprete umano in fase decisoria.

Non va tralasciato, infatti, che potrebbe risultare particolarmente difficile per l'organo giudicante discostarsi dalle risultanze di un sistema autonomo molto avanzato. Inoltre, poiché l'intelligenza artificiale funziona grazie alla computazione di dati storici preesistenti, essa non è costruita in modo da apportare nulla di nuovo alla realtà esistente, sicché l'utilizzo di tali strumenti rischia di annichilire la componente umana dell'organo giudicante, privandolo del suo ruolo di mediatore culturale e facendolo divenire un mero esecutore tecnico di un diritto decontestualizzato e non rispondente alle esigenze contingenti.

In conclusione, quello che emerge è che l'utilizzo dei *risk assessment tool* e dei *software* di giustizia predittiva in fase decisoria appare alquanto sconsigliabile, quantomeno stanti le attuali modalità di funzionamento della tecnologia.

Infatti, se da un lato è pur vero che essi possono accelerare e semplificare il ruolo del giudice in fase decisoria, dall'altro lato va considerato che, effettuando una semplice analisi comparata tra i rischi prodotti e i benefici, ci si rende conto che questi applicativi non sono accurati come a volte si vuole far credere⁶³, e anzi, il loro impiego rischia di rendere

⁶⁰ J. Castañeda Jiménez *et. al*, *Dealing with Gender Bias Issues in Data-Algorithmic Processes: A Social-Statistical Perspective*, in 15 *Algorithms*, 2022, p. 304, ove si scrive: «Algorithmic-related bias refers to systematic and repeatable errors in a mathematical or computer system that lead to 'unfair' outputs, privileging one or more groups over others».

⁶¹ Cfr. sul punto A. Daly, *AI Ethics Needs Good Data*, in P. Verdegem (a cura di), *AI for Everyone?: Critical Perspectives*, Londra, 2021, p. 103-121.

⁶² G. Noto La Diega, *Against the dehumanisation of decision making*, cit., p. 9-10, distingue tre tipi di *black box*: organizzativa, legale e tecnica.

⁶³ Cfr. il sito governativo degli Stati Uniti dedicato al PATTERN, <https://www.bop.gov/inmates/fsa/pattern.jsp>, da ultimo consultato in data 13/06/2023, ove l'applicativo viene definito come «un accurato sistema che

sistematici i pregiudizi e di creare un diritto del tutto spersonalizzato e non rispondente alle esigenze di giustizia ed equità.

misura il comportamento di un detenuto durante il periodo di incarcerazione» («a system that accurately measures an inmate's change during incarceration, and provides opportunities for inmates to reduce their risk scores during periodic reassessments»).

PREDICTIVE JUSTICE IN CRIMINAL MATTERS: TRUE “JUSTICE”?*

Marco Edgardo Florio

TABLE OF CONTENTS

I. THE ‘SHORT-CIRCUIT’ OF CRIMINAL JUSTICE AND THE MIRAGE OF DECISIONAL ‘PREDICTIVITY’: FROM THE CONSTRAINT OF PRECEDENT TO PREDICTIVE JUSTICE. – II. ‘PREDICTIVE JUSTICE’: TRUE JUSTICE? THE IMPOSSIBILITY OF FINDING AN ANSWER BY LOOKING AT ‘TECHNICAL’ OR ‘POSITIVE LAW’ CONSTRAINTS. – III. EVEN JURISTS DREAM OF ‘ROBOT-JUDGES’: PASTOR AND HIS (NOT TOO NEW) IDEA OF ‘JUSTICE’. – IV. GRECO’S SCEPTICISM: THE ‘ROBOT-JUDGE’ AND THE NIGHTMARE OF A JUDGE ‘WITHOUT RESPONSIBILITY’. – V. CONCLUSIONS.

The aim of the article is to examine whether predictive justice (applied as a substitute or auxiliary to human justice in criminal matters), can be considered true ‘justice’. In doing so, the article will take as its starting point the idea that the answer cannot be obtained either by looking at ‘technical’ or ‘positive law’ constraints but must instead be investigated from a pre-positive point of view. By ideally bringing into dialogue the two opposing positions expressed by Pastor and Greco, without forgetting the model of ‘poetic justice’ outlined by Nussbaum, arguments will be provided in support of the idea that justice, if it is to be defined as such, must remain something intrinsically human.

Keywords: Predictive Justice; Justice; Criminal Law; Judicial Creationism; Algorithms

I. THE ‘SHORT-CIRCUIT’ OF CRIMINAL JUSTICE AND THE MIRAGE OF DECISIONAL ‘PREDICTIVITY’: FROM THE CONSTRAINT OF PRECEDENT TO PREDICTIVE JUSTICE

Criminal justice, in almost all countries of the world, is experiencing a situation of serious and overt ‘crisis’. There are so many reasons for this, and such are the points of tangency, that to give an adequate account of it one would necessarily have to think of a ‘treatise’ work.

Criminal justice is now inefficient, crushed under the weight of an overcrowding of ‘clients’ that, well before ‘prisons’, already affects all those courts that are called upon to administer it on a daily basis¹. Courts in which, moreover, every day is staged, almost like a play, the ‘decline of criminal legality’ and the ‘government of judges’. Every major criminal law principle, in fact, has experienced moments of ‘pathology’ in recent decades, but that of legality (at least as we have known it to date in *civil law* legal systems), of all of them, perhaps seems to be the one most at risk of a definitive and premature ‘capitulation’. The overflowing of the decisional power of judges in continental legal systems, which have always been less accustomed to the idea of a law of jurisprudential creation and have not grown up with the cultural embankment of the binding nature of precedents, has produced a ‘chaotic’ and unstable situation in which every kind of aberration seems in fact possible: analogies *in malam partem*; incriminating provisions of jurisprudential creation; overruling so frequent as to make the ‘(re)cognizability’ of precepts (often, as mentioned, created directly in courtrooms)² a real ‘chimera’ for citizens.

Faced with this situation – paradoxically facilitated by the legislator himself, who, like a

* The paper is part of the Research Project of Significant National Interest 2017 “Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo”.

¹ Cf. S. Gaboriau, *Éclairage sur la justice en France*, in *questione di giustizia.it*, 2/12/2022, p. 3 ff.

² Against the phenomenon of ‘judicial creationism’, as we know, had already programmatically taken sides L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2017.

modern Macbeth, became the bearer of his own misfortune³ – the spontaneous reaction was obviously the beginning of an anxious and still unexhausted search for ‘corrective measures’ capable of ‘reinforcing’ the principle of legality, giving greater ‘efficiency’ to the system and, above all, stemming the unpredictability that criminal law of jurisprudential matrix notoriously presents⁴.

Precisely from this last point of view, it is not surprising that many of the doctrinal reflections carried out in modern continental legal systems have, at least in recent decades, gone in the direction of a possible valorisation of the doctrine of *stare decisis* (notoriously accepted by *common law* systems), with the hope of distilling at least a little more certainty from systems that, although still *civil law* on paper, are now de facto ‘governed by judges’⁵. Along this ‘ridge’, however, the typical tools of ‘predictive justice’, being able to ‘deepen’ to the extreme the fascination with precedents⁶ if applied at the decision-making stage, seem to go further, promising «to replace this disorder – or, if you prefer, this complex and precarious order – with a linear landscape» that re-proposes «the typically Enlightenment-positivist idea of a perfectly ‘calculable’ law»⁷, as Beccaria predicted in his time⁸.

³ On the ‘corrosion’ of legality favoured by the legislator himself, who is increasingly inclined to ‘give birth’ to a magmatic hotchpotch of provisions, see the reflections of F. Palazzo, *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, p. 285 ff. To illustrate the regulatory chaos of our time we could make an endless series of quotations, from Ferrajoli to Maier, but it is probably sufficient to resort to the ‘telegraphic’ image that M. Alizart, *Criptocomunismo*, Buenos Aires, 2020, p. 14, offered of the modern state as a «rampant bureaucracy, with swarms of officials and law books thicker than the dictionary and the telephone directory combined».

⁴ There are several recent studies on the subject: A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, p. 371 ff.; F.M. Damosso, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Torino, 2022, *passim*; P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *lalegislazonepenale.eu*, 2020, p. 49; Id., *La prevedibilità della norma penale tra legislativo e iurisdicio*, Torino, 2022, p. 173 ff.; A. Galante, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale. Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, Firenze, 2021, p. 207 ff.; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, p. 290 ff.; M. Caterini, *L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell’oligarchia giudiziaria*, in P.B. Helzel, A.J. Katolo (eds.), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, p. 99 ff.

⁵ It is not for nothing that our age is referred to as the “age of jurisdiction”, G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disegno della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ff. On the subject cf. more recently also S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, *passim*.

⁶ Algorithms, in fact, do not seek the applicable rule according to the traditional vocation of *iura novit curia* and do not provide the precise explanation of the hermeneutic choice, but exhaust the ‘judging’ in recourse to mere conforming precedents [as noted by M. Papa, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia*, 2019, p. 502, «in law, A.I. will never be able to live in the present. It will always attribute meaning to the historical happening according to a mechanism of reminiscence»]. Rather, decisional ‘prediction’ is based on correlations between huge masses of judicial decisions, which are not obtained by trying to reproduce the judges’ thinking, i.e., by ‘modelling’ their reasoning in computer terms. One is confronted, in short, with «systems based on case-based reasoning, which are characterised by the fact that new problems are solved on the basis of generalisations of solutions given in the past to similar problems» [as is well illustrated by R.E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.*, 2021, p. 6 ff.; J.G. Corvalán, *Presentación. Inteligencia artificial. Automatización y predicciones en el derecho*, in D. Dupuy, J.G. Corvalán (eds.), *Cibercrimen III. Inteligencia Artificial. Automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, 2022, 44].

⁷ Thus Kostoris, *supra* fn. 6, at p. 5. However, a “digital neo-positivism” was already being spoken of in W. Hoffmann-Riem, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen*, in *Archiv des öffentlichen Recht*, 142, 2017, p. 17 ff.

⁸ Beccaria, as is known, would have wanted to prohibit judicial interpretation, reducing it to a purely logical-syllogistic operation. In § 4 of *Dei delitti e delle pene* one can indeed find the famous programmatic statements, with which the author intended to «impose a kind of *interpretatio sine applicatione*: the possibility of a true interpretation regardless of the cases that occur in social life, as if law were not a living being, but a premise of formal logic» [commenting on this thought, see M. Donini, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*,

Albeit with some substantial differences from the Enlightenment ideal, the decision-making algorithms do in fact promise to realise precisely that syllogistic ‘certainty’ dreamt of by Beccaria. A ‘certainty’ that would, however, be paid «at the price of a tendency to flatten future decisions to those of the past», in a «process of self-fulfilling» that – even in the softest models of predictive justice (those, that is, not based on a radical alternation between man and machine) – would make it difficult (if not impossible) for judges to read «social change in order to adapt the interpretation of legal rules», making the activity of *ius dicere* an operation already flattened on substantially preformed outcomes.

Since we are dealing with an ‘horizon’ that is anything but imaginary, but already in the midst of becoming⁹, one must therefore ask oneself to what extent such an ‘arrangement’ can be said to be worthy of the appellation of ‘justice’ that is often attached to it. An answer that can probably never be obtained by continuing to look only at: (a) either the mere technical ‘feasibility’ of a ‘justice’ administered in whole or in part by machines (i.e., with their help or directly by them); (b) or at its compatibility with positive law.

II. PREDICTIVE JUSTICE: TRUE JUSTICE? THE IMPOSSIBILITY OF FINDING AN ANSWER BY LOOKING AT ‘TECHNICAL’ OR ‘POSITIVE LAW’ CONSTRAINTS.

From a strictly technical point of view, indeed, it seems (unfortunately) necessary to recognise that a human-machine alternation in the assumption of judging functions is not only technically ‘feasible’ (and if it is not now, it almost certainly will be in the future), but also has a good chance of delivering exactly what it promises: ‘good decisions’; decisions that are surely more certain, predictable and probably less biased than those currently offered by human judges¹⁰.

As far as positive norms are concerned, on the other hand, there is nothing to prevent that even legislation that currently seems to ‘bar the door’ to the introduction of a ‘robot judge’ may in the future change to make its entry into the legal system possible (if not as a substitute for the human judge, at least as his auxiliary). An obstacle to such a change, indeed, would only be conceivable if one could see, in the very possibility of hypothesising such an introduction, a blatant violation of certain supranational or superordinate norms, such as the Constitutional ones, which make the judge subject to the law, or identify the latter with parliamentary law alone. But such a conclusion would be difficult to sustain with reference to all existing systems (even if we were to limit the discourse to *civil law* systems, without considering *common law* systems, in which grafting would perhaps meet with less resistance)¹¹. Indeed, the constitutional and European norms that are currently applied in civil law systems do not seem able to definitively ‘bar the doors’ to a use of the typical instruments of ‘predictive justice’, even if only ‘auxiliary’, which could, however, turn out to be no less inadvisable on balance. To realise this, it is sufficient to examine some reflections that have been made with reference to the German and Brazilian legal systems by one of the most influential authors of the new German penal doctrine: Luís Greco.

While it is usually stated in Italy that the «introduction of substitute predictive justice»

§ 4: “*Interpretazione delle leggi*”, in *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, p. 245 ff.; A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, p. 33 ff.; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel “sistema” di Beccaria*, Napoli, 2021, *passim*].

⁹ Cf. S. Barona Vilar, *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, 2021, p. 646 ff.

¹⁰ Cf. D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, 2021, p. 144 ff., 150 ff.

¹¹ For the observation that the use of adjudicative AI «may find less resistance in common law systems» cf. M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in *lalegislaZIONEpenale.eu*, 2021, p. 12.

would result in a blatant conflict with «half a dozen constitutional principles» (Articles 25, 101 and 102 of the Constitution, to name but a few)¹², similarly, with reference to the German constitutional system (which is closely related to ours), it is pointed out that only a human judge could be called upon to administer justice under Art. 101 GG, because only a human being could be considered a ‘natural judge’ (*gesetzlicher Richter*) within the meaning of that provision (an objection that could, however, also be raised identically on the basis of the Brazilian constitution, which has similar principles)¹³.

How far these observations are cogent and capable of preventing a future reform aimed at introducing the ‘robot-judge’ (here as elsewhere), however, remains to be seen. With reference to the critical remark raised by Enders with reference to the German legal system, e.g., it was not wrongly observed that, presented in this way, the argument ends up being reduced «to little more than a baseless assertion or a petition of principle»: it is said that «the robot-judge would be inadmissible, because the ‘judge’, according to constitutional law, would only be a human being», without, moreover, «any reason being offered for using this term in such a narrow sense, which disregards the historical and temporal contingency for which, at the time the constitutional charters were written, the robot-judge was not even conceivable» in theory¹⁴. Obviously, however, this reply could also be reiterated in respect of those Italian authors who consider that a substitute ‘predictive justice’ would in fact give rise to a conflict with Article 102 of the Constitution or with the principle of the ‘natural judge’ pre-established by law pursuant to Article 25 of the Constitution (norms that unfortunately do not seem able to definitively bar the way to future reforms oriented in this direction).

More pregnant is undoubtedly the observation – attributable to several of our interpreters – that substitute ‘predictive justice’ would undermine the judge’s subjection to the law alone under Article 101 of the Constitution. Too bad, however, that even this provision has over the years shown various ‘creaks’¹⁵ and is nowadays mostly interpreted, ‘evolutionarily’, as the judge’s subjection to ‘right’ rather than to ‘law’ (a notion, this one, precisely including those precedents that the algorithm should use to decide *pro futuro*)¹⁶.

¹² Thus M. Barberis, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 3, 2022, p. 10-11; F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 429.

¹³ For the objection raised with reference to the German system see P. Enders, *Einsatz künstlicher Intelligenz bei der juristischen Entscheidungsfindung*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2018, p. 723: «it is clear that the natural judge within the meaning of this provision is a natural person». The observation concerning the Brazilian legal system is instead taken from L. Greco, *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, São Paulo, 2020, p. 41 (where it is also added that with reference to the German system the objection against substitute ‘predictive justice’ could also be made by reference to Art. 92 GG).

¹⁴ Thus Greco, *supra* fn. 13, at p. 41.

¹⁵ Thus, e.g., G. Zaccaria, *Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 12, 2022, p. 21, observes that although «it is true that according to Article 101, paragraph 2 of the Constitution ‘judges are subject only to the law’ (and that this article is linked to Article 111 of the Constitution), [...] it is equally true that this just request for the judge’s independence from other powers must now be declined in the light of the Constitution and its principles, which within the normative material with which the judge is required to measure himself assume a pre-eminent weight. The judge is therefore subject to the Constitution rather than to the law». Cf. then R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 145, nt. 32.

¹⁶ As observed by F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Pisa, 2019, p. 54, «according to the prevailing interpretation, in subjecting the judge to the law, art. 101, paragraph 2, Const. uses the term ‘law’ as a synonym of ‘right’, including the jurisprudential elaboration». According to many, indeed, the concept of ‘law’ should be replaced with that of ‘living law’, both in art. 101, paragraph 2, Const. and (it would seem) in art. 25, paragraph 2, Const. [cf. F. Mazzacova, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazioni dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 237; with reference to art. 101 Cost., D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, *passim*].

Probably the most significant barrier, at least in our system, is given by the principle of legality *ex art. 25, para. 2, of the Constitution* (in and of itself considered), since – as has been said – with such an implementation of ‘predictive justice’ the algorithm would be assigned a «normative» role, according to the code-is-law principle, which would prevent full compliance with the imperative according to which «no one can be punished except by virtue of a law that came into force before the act committed»¹⁷.

It is true, however, that even this provision does not seem to close every applicative ‘chink’ for algorithmic ‘justice’ (at least not in our system), because: (a) the ‘reservation of the law’ concerns more and more only incriminating rules¹⁸; (b) it cannot be ruled out that this provision may not be ‘evolutionarily’ reinterpreted in the future to include the algorithmic ‘law’¹⁹; (c) it is at least doubtful that where the ‘robot-judge’ would be introduced ‘by law’, in order to ‘decide’ on the basis of precedents that other judges have already formed by interpreting provisions, one might not, sooner or later, end up considering the subject punished by the algorithm as a subject «punished [...] by virtue of a law»²⁰; (d) Article 25, para. 2, of the Constitution, however, would certainly not bar the door – as already mentioned – to a merely ‘auxiliary’ use of the algorithm, which, indeed, already seems to have been authorised by law in several jurisdictions.

Indeed, without wishing to discomfort here with the already well-known and often commented upon US ruling in the Loomis case, it should be noted that the possibility of making auxiliary use of algorithms is mostly welcomed at the doctrinal level²¹ and has now found a significant legislative endorsement even in a European legal system culturally close to us (Spain), through the recent *Ley Orgánica* no. 7/2021. As has been observed, in fact, this law, far from introducing «a ban on the implementation of robot judges» (as some think), has merely provided, in Article 14, that the automation of decisions must always remain under the final control of a human user²².

A ‘futuristic’ solution, moreover, does not seem to face absolute preclusion by EU law either. Articles 22 GDPR and 11 of Directive No. 680/2016, often called into question in this matter, indeed, do not seem to pose insurmountable obstacles along the ‘evolutionary ridge’ that sooner or later could lead to a total automation of the criminal justice system²³. If one hopes to give a meaningful answer to the question posed in the title (whether a ‘justice’ wholly or partly administered by ‘robots’ can really be considered as such), i.e. an answer that can have a general dignity, irrespective of the positive norms that this or that system might adopt in the future, as well as from what advances in ‘technology’ might one day make possible, it then becomes clear how the question must be examined (also and perhaps to a greater extent) from a pre-positive point of view, looking at what ‘justice’ is,

¹⁷ Cf. V. Manes, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (ed.), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020, p. 558.

¹⁸ So much so that there has already been no failure to advocate a use of technology and precedent in favour of the defendant; «a sort of ‘generation’ of law through judicial precedent if it is *in bonam partem*» [cf. M. Caterini, *supra* fn. 11, at p. 18; Id., *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Napoli, 2017, p. 277 ff.].

¹⁹ That it can be held, that is, not only that ‘code is law’, but also that ‘law is code’: cf. S. Hassan, P. De Filippi, *The expansion of algorithmic governance: From code is law to law is code*, in *Field Actions Science Report*, 17, 2017, p. 89.

²⁰ Cf. the aforementioned paper by F. Mazzacuvà, *supra* fn. 16, at p. 237, for the «reconciliation of ‘living law’ with the concept of ‘law’».

²¹ Cf. R. Borges Blázquez, *Inteligencia artificial y proceso penal*, Pamplona, 2021, p. 199 ff.; J.-M. Brigant, *Les risques accentués d’une justice pénale prédictive*, in *Arch. phil. droit*, 60, 2018, p. 251.

²² For more on this, see D.R. Pastor, *¿Sueña el sistema penal con jueces electrónicos?*, in E. Demetrio Crespo (ed.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, p. 538 ff.

²³ Cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 42.

and what we might actually accept as such.

Only in this way will it be possible to truly understand whether ‘predictive’ justice, beyond the appellation that often accompanies it, is true ‘justice’.

III. EVEN JURISTS DREAM OF ‘ROBOT-JUDGES’: PASTOR AND HIS (NOT TOO NEW) IDEA OF ‘JUSTICE’

The administration of criminal justice since antiquity has always followed certain patterns, certain rituals. As has been observed, criminal justice «has basically been the same since the time of Socrates»; ever since, in 399 BC, the wise Greek thinker was accused of disrespecting the gods and corrupting the youth, tried by a jury of five hundred of his peers and sentenced to death by a greater majority of votes than had led to the first guilty verdict²⁴. The ‘justice’ with which «from antiquity until today» we have always been satisfied, is a ‘justice’ that appears «on average and at least in part» intrinsically imperfect: that is, «rather discretionary, abulic and capricious», as it was in Socrates’ time, «despite” all the «principles, rights and guarantees» grafted onto the system in order to reduce, at least in part, its «arbitrariness». A justice, in short, imperfect by its very nature, as is the humanity that conceived it and the judges who administer it daily²⁵.

This being the case, there are two options: (a) either we are content with this imperfect ‘justice’ that we have been able to benefit from so far, and we accept it as it is; (b) or we project ourselves towards a new ‘justice’, embracing whatever technological innovations show themselves capable of creating a new and perhaps less arbitrary way of ‘telling the law’.

Well, it is precisely in this second direction that the reflections developed by Daniel R. Pastor, a well-known Argentinean professor, seem to have moved in some of his most recent writings.

Starting from the statement made by the American philosopher and technologist David Weinberger on the fact that «artificial intelligence» (hereinafter A.I.) should force us «to review our idea of justice», Pastor has indeed not failed to observe how the question to be understood today is not so much that of understanding «whether it is possible, thanks to A.I., to do justice as usual, but better» (where «doing justice» in Pastor’s discourse means the «resolution of judicial disputes in a materially correct and formally unexceptionable manner, through a plausible application of the law with respect to the factual assertions that have been verified in the trial»), but rather whether it is possible to «try to» create a new model of «justice» that, while being «indeed of superior quality», is also «in a completely different way» from the past²⁶.

For Pastor, in essence, the question we have been asking since the title (whether the algorithmic ‘justice’ on the horizon can be considered true ‘justice’) makes little sense, as it is the result of the same short-sightedness that would prevent primitive men from properly exploiting modern agricultural tools, hypothetically sent to them in the past via a ‘time machine’²⁷.

²⁴ The original text on this judgement is, of course, Plato’s *Apology of Socrates* (of uncertain date around 400 BC). A very suggestive reflection on the subject is that of I. Stone, *The Trial of Socrates*, New York, 1989, *passim*.

²⁵ As has not failed to be observed, in fact, «the judge has always been and still is a disturbing figure because of his function, characterised by a natural arrogance [...]. That of a subject who, as a system, gives and takes away the reason of others, which means that he always and on principle has it. Moreover, it administers it in a regime of inevitable, sometimes enormous, discretion» [cf. P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, 2015, p. 346].

²⁶ Cf. in particular the reflections of Pastor, *supra* fn. 22, at p. 536 ff.

²⁷ These would probably not know what to do with modern machinery, continuing to use it for the purposes already known to them.

What motivates scepticism and guides the reflections on the subject – in the author’s opinion – is, in short, laziness and the mental “inability” of contemporary interpreters to look beyond their ‘noses’, «an understandable prejudice towards the preservation of what we know and control, of what we have always known, of what gives us a living, together with an unjustified fear of the unknown», which still prevents us from conceiving a definitive alternation between man and machine in the administration of justice²⁸. To borrow Goleman’s words, we would be reluctant to innovate because it is «pleasant for us to remain in a familiar and profitable habit», because taking the first step into new territory» would force us to «abandon placid routine and fight inertia»²⁹.

Also all criticism of the possibility of algorithms being applied in the decision-making phase³⁰ would be for the author nothing more than the fruit of this shared ‘blindness’, which has so far improperly led to the ‘new’ being brought back into consolidated schemes, whereas it would perhaps have been more appropriate to do the opposite, adapting everything that did not fit in with the limitations of the machine (which for some could be considered ‘merits’) to make possible the implementation of a true ‘robot judge’. Thus, e.g., the author considers the shared *cliché* that algorithms are unable to interpret laws in all their subtlest nuances (an obvious limitation of algorithms at present)³¹, should not be read as an obstacle, but as a spur to rethink the model of ‘justice’ still implemented today, which sees in the interpretation of provisions still an essential moment of the activity of ‘judging’³².

In the words of the author, in substance, «to start the revolution, we» should not «think of applying A.I. to the judicial interpretation of laws». What we should «do is to stop devising different semantics for a rule, depending on the case», seeking instead to «achieve, through A.I.» and the construction of written laws «with algorithmic reasoning», something «better than the interpretation of laws: a regime of judicial dispute resolution that, without deciphering the rules, does a better job than the models that» have hitherto functioned «by looking for the best explanation»³³ within an infinite horizon of interpretative possibilities, which in fact makes all kinds of arbitrariness conceivable³⁴.

The question we posed earlier, from this point of view, could (and above all should), therefore, receive an undoubtedly positive answer: ‘predictive justice’ should be considered true ‘justice’, because it is ‘justice’ itself that should be rethought in the future

²⁸ Cf. Pastor, *supra* fn. 22, at p. 542.

²⁹ Cf. D. Goleman, *Focus*³, Buenos Aires, 2018, p. 277.

³⁰ See R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2019, p. 277 ff.

³¹ Cf. J. Corvalán, *Inteligencia Artificial GPT-3, PretorLA y oráculos algorítmicos en el Derecho*, in 1 *Int. J. Digit. L.*, 2020, p. 11 ff.

³² Cf. Pastor, *supra* fn. 22, at p. 543: «another frequent objection states that a computer programme, with its binary structure of everything (1) or nothing (0), is unable to find, in the abstract language of rules, the interpretation that gives the exact nuance for their appropriate application to a specific case. This objection is, yet, impossible for machines to overcome. But the interpretation of rules is. The reason to abolish deciphering the rules of law is that technology would not be able to interpret them; therefore, if the mountain does not go to Muhammad...».

³³ Thus Pastor, *supra* fn. 22, at p. 543.

³⁴ As noted by Pastor, *supra* fn. 22, at p. 543, «after more than two centuries of deciphering legal norms, mankind has learned that any text allows anything if one has the power to impose a narrative as the word of law». Indeed, the author seems to be moved by a lively aversion to this «judicial decisionism that has transformed caprice into a plausible application of legal norms» [Pastor, *supra* fn. 22, at p. 544]. What he ultimately dreams of is to put an end to this relentless «path of discretionary decoding of the deep and real meaning of normative writings» that has been «called ‘interpretivism’ by some, to denote its pathological roots and to distinguish it from the discursive constructions that in a normal way enact the meaning of laws when they apply them, without inventing them, without judges acting as toga-like legislators» [cf. A. Rosler, *La ley es la ley*, Buenos Aires, 2019, *passim*].

in radically ‘innovative’ terms. The one proposed by Pastor, in effect, is a true paradigm shift (in which, however, seems to conceal more of a net ‘return to the past’), in which the use of algorithms should in fact promote a different ‘justice’, but also for this (at least on paper) ‘better’³⁵.

Predictive ‘justice’ would be different, of course, because it would be administered through ‘mechanical’ instruments and because it would be based on a radically new paradigm of process³⁶, but for this reason it would also be ‘better’, since ‘better’ is after all considered by Pastor to be the traditional view of the judge as *bouche de la loi*, of Enlightenment matrix. What is in fact made evident by the circumstance that he – rhetorically asking himself whether it is not «perhaps a blessing, rather than a deficit, to stop decoding the rules», and «whether a system free from interpretation and its distortions would not» after all be considered “more rational and legitimate» – ends up ultimately seeing (a) in the AI’s inability to interpret an opportunity to be grasped, rather than an element of concern; (b) in the Enlightenment dream of the ‘judge-automata’ «a fantasy reasonably shelved since then, not because it was a bad idea, but because» it was at the time “impracticable” (whereas today it probably is no longer so)³⁷.

IV. GRECO’S SCEPTICISM: THE ‘ROBOT-JUDGE’ AND THE NIGHTMARE OF A JUDGE ‘WITHOUT RESPONSIBILITY’

This vision, however, is ideally contrasted by the opinion put forward by Greco, in the paper already cited, where we find some considerations worthy of appreciation and that seem to render the solution outlined by Pastor completely ‘unserviceable’. The Brazilian author, indeed, moving from the assumption that a «robot-judge” is not only “technically” feasible and potentially able to give rise to “good decisions”»³⁸, but also introducible into the system (as there are no particular ‘positive law’ barriers)³⁹, points out that «the heart of the matter» lies «in the fact that the use of robots in justice» would deny a «fundamental dimension of what we understand by law: the dimension of responsibility».

For the author, in fact, «the idea of responsibility» should be considered «intimately linked to what we mean by law»⁴⁰. Greco considers not without foundation (resorting to an extensive literature) that precisely here lies «the decisive and insurmountable barrier for the robot judge: unlike the human judge, the robot is not responsible for what it decides,

³⁵ Thus Pastor, *supra* fn. 22, at p. 545-546: «digital courts that do justice better than people are something to do not because it is easy, but because it is hard, as President Kennedy said in 1962 about putting a human being on the moon and bringing him home safely. For even our ambition to be realised, it is of course necessary to get rid of the lingering burden of thinking and acting in accordance with the power of old, sad habits».

³⁶ As observed by J. Corvalán, *supra* fn. 31, 11 ff., we move «from an iterated, sequential and fragmented process to a simultaneous, instantaneous and collaborative one».

³⁷ In general, on digital courts as machines that should make the Enlightenment ‘dream’ finally realisable, cf. Pastor, *supra* fn. 22, at p. 543 ff.; M. Haissiner, D.R. Pastor, *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales*², Buenos Aires, 2019, p. 101 ff.

³⁸ Cf. the “intermediate conclusions” reached by Greco, *supra* fn. 13, at 37: «there are no insurmountable barriers to the feasibility of the robot-judge. There are no reasons to show that it is not or will not be feasible from a factual point of view to use it for good judicial decisions. All objections raised so far prove to be technically surmountable or can be addressed with even greater emphasis for human beings. The introduction of a robot-judge is feasible from a physical point of view».

³⁹ Cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 40 ff.

⁴⁰ For these thoughts cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 43 ff., where he observes that «the link between power and responsibility seems to correspond to the structure of moral reality, since it presents itself far beyond the law. This is echoed in the problem of theodicy, which is nothing other than the question of why omnipotence, unlimited power, does not generate unlimited responsibility; and at the same time explains the solution embodied in Christian doctrine, which is the transformation of divinity into a human being: it is only from this shared experience that the assumption of responsibility becomes credible».

because this, strictly speaking, does not exist. The robot is not responsible for its decision, even less for its reasons. It cannot look into the eyes of those who are affected by the exercise of its power, it cannot engage in any human dialogue with them, nor can it understand them, because the machine does not understand anything, nor is it able «to show it respect, but only» to «simulate all these attitudes, because the black box (3.O.?) is not only opaque, but empty».

In philosophical discussions on whether computers can think or understand, whether they are conscious or not, one relevant fact has in fact almost always ended up being overlooked: not only that the machine knows nothing and thinks and feels nothing, but above all that the machine, unlike the human being, does not know that it is mortal, ephemeral, and vulnerable⁴¹. The “robot-judge” – who “would literally have no idea what it means to live” – would be “always” and only “a stranger before the citizen”⁴². How could it then “decide on someone’s life” if it is unable to understand its real meaning?

Obviously, certain objections could theoretically be made to this line of thought. The author does not fail to grasp two of them, taking care, however, to debunk their significance: (a) the first objection aimed at questioning the very premise from which he moves, i.e. that if a robot-judge were left to decide on the responsibility of others, one would find oneself in a situation in which no one would be responsible for the judgement rendered (as Greco observes, someone might indeed manage to unearth somewhere “a responsible subject, whom his anti-technological crusade would have forgotten to consider”); (b) the second, on the other hand, tending, on a more fundamentally philosophical level, to alternatively question now the very postulate of “human responsibility” (in an ethical-ontological perspective), now “central aspects of the alleged connection” adumbrated by the author “between power and responsibility” (from a more strictly legal-political perspective).

On the one hand, indeed, one might think: (a) either of holding other subjects responsible, such as the programmer, the company, or the individual himself, who voluntarily submits to the machine’s judgement in preference to the human one⁴³; (b) or, alternatively, to invoke the argument – which has often emerged doctrinally in recent years – of the responsibility of machines.

On the other hand, then, one might even think of subjecting to critical review the very two assumptions on which the author’s reasoning is ultimately based, namely: (a) that of

⁴¹ In a similar vein see also S. Turkle, *Alone Together. Why We Expect More from Technology and Less from Each Other*³, New York, 2017, p. 85 ff. (on the fundamental importance of the ‘gaze’ as a creator of symmetrical relations), p. 286 (for the observation that the knowledge of one’s own death and the experience of the life cycle are the characteristics that make us uniquely human). Note that the aforementioned characteristics are missing from the long list of properties examined by A. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, LIX, 236, 1950, p. 443 ff., in his reflection on the question of whether machines ‘think’. Differently, N. Bostrom, *Die Zukunft der Menschheit*, Frankfurt a.M., 2018, p. 183, mentions them briefly, arguing, without even sketching a reason for it, however, that «even a post-human being» could «be vulnerable, dependent and limited». On the special vulnerability of the human being cf. also A. Werkmeister, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Baden Baden, 2015, p. 94 ff. (with further references).

⁴² In this regard, in addition to Greco, *supra* fn. 13, at p. 46-47, also express themselves J. Weizenbaum, *Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft*, Frankfurt a.M., 1994, p. 282; Turkle, *supra* fn. 41, at p. 85 ff.

⁴³ As Greco, *supra* fn. 13, at p. 51 ff., asks: «what can we say, however, if the affected person consents? Can we attribute to him/her the responsibility that has escaped us so far? It is possible to object to the considerations developed so far that they would be based on an idealised image of a generous, patient, understanding judge, willing to listen and dialogue, leaving out the sad reality that, for many, the justice of human beings is far worse than that of a machine. The member of an oppressed minority may also see the robot judge as his only chance for an impartial decision. Can this individual be denied the hope of an equal treatment, just because it would be provided by a machine, as if the alternative, being discriminated against by a human being, were something better?».

the responsibility of the judge as belonging to the category of human beings, as ontologically “responsible” beings; b) the personalistic-individualistic conception of power and responsibility that the author accepts, which «would bring [...] with it medieval dust; it would go hand in hand with Plato’s *Politikos* or with the charismatic model of domination devised by Max Weber, betting on the virtue or goodness of an individual» and «ignoring», instead, «the solution of modern liberalism, which consists in betting» everything «on good institutions».

Possible criticisms of course (perhaps not even the only ones conceivable in the abstract), but which do not seem to ultimately undermine the validity and clarity of the overall reasoning of the author. So much so that Greco himself, after all, seems to provide more than satisfactory replies to each of the remarks.

The fact that one might, e.g., hold that the responsibility of the human being, the responsible self, is an ‘illusion’ would not compromise the reasoning followed by Greco: «free will is not», in fact, «a necessary premise of the argument» he presents, which «is based, on the contrary, on the very experience of vulnerability, which is understood as a constitutive datum of the *conditio humana* and, as such, something that the person must have in common with his judge, in order for the latter to credibly assume responsibility for what he decides»⁴⁴.

Even the purported goodness of institutions, which could ideally make up for the deficits presented by the robot judge, would not seem to be able to ‘defuse’ the seriousness of the criticism levelled at the latter: one cannot «be satisfied with pointing to institutions as the ultimate source of responsibility»; the «state, like any legally recognised associative entity, is not legitimised by itself, by an original right, but derivatively, by a right granted by responsible individuals», and «this is precisely where the fundamental problem of robot judges lies», which «represent a dissociation between the exercise of power and individual responsibility» hitherto inconceivable⁴⁵.

The search for further responsible subjects then proves to be entirely vain, as neither the developer⁴⁶, nor the company that owns the algorithm⁴⁷, nor even the subject himself, who, hypothetically preferring to submit himself to the judgement of a machine (for fear of discrimination), expressly consents to it⁴⁸, could be institutionally suitable candidates to make up for the deficit of ‘responsibility’ that ontologically afflicts the machine.

⁴⁴ Cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 60.

⁴⁵ Cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 61-62.

⁴⁶ The idea that the programmer might be the person ‘liable’ here ignores, from a factual point of view, the fact that complex computer programmes are not the work of a single technician, but of teams, whose composition often fluctuates. The consequence is that there is probably no one who has a truly global view of the programme and can fully understand it [as already noted by Weizenbaum, *supra* fn. 42, at p. 63, p. 306 ff.]. Today, the problem is perhaps even exacerbated by the spread of programmes that can learn autonomously, so much so that they become unpredictable for their own creators [J. Reichwald, D. Pfisterer, *Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge*, in *Computer & Recht*, 2016, p. 208 ff.; S. Fan, *Will AI Replace Us? A Primer for the 21st Century*, London, 2019, p. 70 ff.]. Even if this were not the case, in any case, it would be legally impossible to consider the programmer as the real ‘judge’. Otherwise, a single person, even if he actually is a ‘judge-programmer’ (as the person responsible for the programme on the basis of which the entire justice system of a state is administered), would have a power that is, to say the least, so disproportionate to prevent him from being called ‘natural’, as required by the Constitutions of almost all countries in the world [cf. Greco, *supra* fn. 13, at p. 48].

⁴⁷ For the precise reasons highlighted by Greco, *supra* fn. 13, at p. 48-51.

⁴⁸ Cf. Greco, *supra* fn. 13, at 51-54, where he observes that it is not so much consent (in fact ‘extorted’ from the subject) that would legitimise the robot-judge here, but possibly considerations closer to those behind the state of necessity that would legitimise it. Hence, the robot-judge, like all solutions based on the state of necessity, should remain nothing more than a plan B, a motive for resignation and sadness, which should certainly not be institutionalised, at the risk of losing sight of plan A, i.e., what should really have been realised from the outset.

The doctrinal reconstructions that want machines to be ‘responsible’⁴⁹ or ‘bearers of rights’⁵⁰, in fact, as the author not wrongly observes, «can only be defended seriously» – that is, as something more than a mere «provocation for debate» – by accepting «the *sacrificium intellectus* of humanity itself». Because, in truth, «the idea of a responsible, guilty, rights-bearing machine is not so much an argument about machines as it is about us human beings»⁵¹. In the sense that «behind the idea that machines can be responsible lies» in reality «a reductionist and profoundly impoverished vision of human beings», a «vision that, strictly speaking, has accompanied the A.I. movement from its very beginnings», leading to its detractors being accused of being “carbon chauvinists”, to be “ridiculed” as adherents of a “bio-conservatism” or even a “fundamentalist humanism” of impossible reception⁵².

It is precisely the so-called ‘post-humanists’ who seem to fall into error. As Weizenbaum observes, “the fact that the A.I. elite believe that feelings such as love, worry, joy, sadness, that everything that makes the human soul overflow with sentiment and emotion, can be transferred, without any loss, to a mechanical artefact with a computerised brain, testifies [...] to a contempt for life, a denial of the human experience itself” that is difficult to ‘digest’⁵³. Behind the idea of the responsibility of machines lies nothing less than a genocidal attitude – which has perhaps not yet been fully understood by the proponents of this idea on the ground of law, but which has certainly been perceived by computer

⁴⁹ On the culpability of machines E. Hilgendorf, *Können Roboter schuldhaft handeln?*, in S. Beck (ed.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Baden Baden, 2012, p. 119 ff., p. 128 ff.; J.C. Schuhr, *Willensfreiheit, Roboter und Auswahlaxiom*, *ivi*, p. 43 ff.; as well as M. Simmler, N. Markwalder, *Roboter in der Verantwortung? - Zur Neuaufgabe der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff*, in *ZStW* 129, 2017, p. 20 ff., p. 41 ff.; J. Hage, *Theoretical Foundations for the Responsibility of Autonomous Agents*, in *Artificial Intelligence and Law*, 25, 2017, p. 255 ff., p. 261 ff.; K. Gaede, *Künstliche Intelligenz - Rechte und Strafen für Roboter?*, Baden Baden, 2019, p. 64 ff.; G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities. From Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron. Intell. Prop.J.*, 2010, p. 171 ff. Even the philosopher D.C. Dennett, *From Bacteria to Bach and Back*, New York, 2017, p. 397, believes that machine responsibility is possible. For further references cf. C. Roxin. L. Greco, *Strafrecht. AT*, München, 2020, I, § 8, rn. 66f ff.

⁵⁰ In this sense, e.g., K. Warwick, *Artificial Intelligence. The Basics*, London, 2012, p. 143; N. Bostrom, E. Yudkowsky, *The Ethics of Artificial Intelligence*, in K. Frankish, W.M. Ramsey (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge, 2014, p. 320 ss; Bostrom, *supra* fn. 41, at p. 99 ss; K. Gaede, *supra* fn. 49, at p. 42 ff. (for a “self-aware artificial intelligence”).

⁵¹ Thus Greco, *supra* fn. 13, at p. 54 ff. (with further references).

⁵² E.g., Minsky, a pioneer at MIT, is credited with depicting the human being as a “machine made of meat” [as noted by Weizenbaum, *supra* fn. 42, at 98]. Moravec and Kurzweil, the two alleged visionaries of ‘post-humanism’ [often confused with ‘transhumanism’: on both movements cf. J. Loh, *Trans- und Posthumanismus. Zur Einführung*, Hamburg, 2019, *passim*], dream of a world in which human beings back up and upload themselves, as if our lives were a hard drive [H. Moravec, *Mind Children. The Future of Robot and Human Intelligence*, Cambridge, 1988, p. 108 ff.; R. Kurzweil, *The Singularity is Near. When Humans Transcend Biology*, New York, 2006, p. 198 ff., p. 383 ff.]. It is argued that our «true nature» is «a sequence of information». If the human being is nothing but information, we end up dissociating the human being from his corporeity, his biology and, with that, from life itself: the difference between our body and synthetic prostheses ceases to exist, «software-based human beings» become conceivable, since the body is «mere jelly» [R. Kurzweil, *supra* fn. 52, at p. 203, 257, 325-330, 386; H. Moravec, *supra* fn. 52, at p. 117; but see also D. Hofstadter, *I Am a Strange Loop*, New York, 2007, p. 257 ff., p. 288].

⁵³ Cf. J. Weizenbaum, *Computermacht und Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 2001, p. 42, p. 52 ff. Harshly critical is also H. Welzer, *Die smarte Diktatur*, Frankfurt a.M., 2018, p. 181. Similarly, G. Liebig, *The Cult of Artificial Intelligence vs. the Creativity of the Human Mind*, in *Fidelio*, 10, 1, 2001, p. 6, calls the one proposed by Kurzweil a «crazy idea», «as anti-human as it is anti-progress» and «grotesque»; J. Lanier, *You Are Not a Gadget: A Manifesto*, London, 2010, p. 29 ff.; in J. Nida-Rümelin, N. Weidenfeld, *Digitaler Humanismus*³, Berlin, 2018, p. 28, it is then observed that only in philosophy seminars or in some pamphlets and AI circles is it possible to affirm the impossibility of distinguishing human beings from machines. See also critically R.M. Geraci, *Apocalyptic AI: Visions of Heaven in Robotics, Artificial Intelligence, And Virtual Reality*, Oxford, 2010, *passim*.

scientists and philosophers hailing the advent of the era in which we will finally all ‘become software’⁵⁴.

In short, as Greco rightly concludes, «a machine that does not know what it is like to feel pain, that cannot understand what it is like to spend irretrievable years inside a prison», that «will never experience the disappointment of defeat», that does not fully understand «how bitter defeat can be when it occurs in a situation where one believed to be right», can never consider itself fit to judge the responsibility of others, because it lacks “responsibility”; «to hold such a machine responsible» would be to adhere to «a diluted and blunt understanding of responsibility», lacking any «point of contact with everything we associate with this word and assume as obvious in the human judge»⁵⁵.

The criticism expressed by the author, moreover, does not even focus only on the possible and predicted alternation between man and machine in the ‘judging’ functions, but also on the very possibility of using machines even as mere auxiliaries of the human judge in the decision-making phase. This second hypothesis, in fact, which even at first sight would appear to be unaffected by the reasoning put forward by the author (after all, there would be a formally ‘responsible’ subject here: the judge who ‘ratifies’ the activity performed by the machine), would in all probability end up – given the amount of information that the machines are able to ‘metabolise’ and ‘process’, as well as the aura of claimed ‘infallibility’ that characterises them in the eyes of the ‘layman’ – to generate «an almost irresistible temptation of uncritical acceptance of the work performed» by them as work that is already in all respects ‘definitive’.

A temptation that would gradually become ‘greater’ as the machines improved further in the performance of their tasks, soon leading the ‘robot-assistant’ to play the role of the ‘Trojan horse’ that would lead to the introduction of the robot-judge *tout court*. This would lead to the definitive demise of all that can be identified as ‘justice’, «because a justice that judges 280 cases with the click of a computer, that is, that possibly decides the fate of 280 lives» in this way, «acts as an administration», and probably has really nothing more to do with justice in the proper sense of the word⁵⁶.

V. CONCLUSIONS.

As it is easy to understand in the light of the considerations just set out, the answer to the question of whether the so-called ‘algorithmisation’ of justice is a path to be pursued or a spectre to be feared, whether or not ‘predictive justice’ can be considered true ‘justice’, inevitably passes through a classical and almost Manichaean opposition between two different ideal conceptions of ‘justice’ (understood not as a ‘virtue’, but as the way in which any judgement should be carried out in the field of law): (a) one that sees in justice, in the activity of ‘judging’, a merely deliberative activity, which could also be reduced to a mere ‘calculation’; (b) the other that instead sees in it something more, and greater affinities also with things like ‘literature’ and ‘poetry’.

Now, in our opinion, only a totally ‘impoverished’ vision of ‘humankind’ and ‘justice’

⁵⁴ Thus Greco, *supra* fn. 13, at p. 57 ff.; cf. also Borges Blázquez, *supra* fn. 21, at p. 44.

⁵⁵ These are the conclusions reached by Greco, *supra* fn. 13, at p. 58 ff. (particularly in debt to those already offered by Weizenbaum). The author points out, moreover, how the argumentation developed does not end with offering the pejorative “disability argument” [Warwick, *supra* fn. 50, at p. 84 ff.]; it is rather an argument about the human condition, from which machines differ substantially. An “argument” that «will remain valid, even if research into so-called machine consciousness» one day «gives the impression that machines can think», or if «efforts towards the so-called embodiment» [W. Wallach, C. Allen, *Moral Machines. Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford, 2009, p. 68] «will come to equip the machines with (five or more) senses» [Warwick, *supra* fn. 50, at 146 ff.], since «anything that can be ‘backed up’ will never» have «reason to fear for its – unique, unrepeatable – existence».

⁵⁶ Thus Greco, *supra* fn. 13, at p. 51, 63 e 66

could advise introducing robot-judges (even if only as auxiliaries of the judge, given the risks that lurk in this soft introduction). This is not the place to return to the arguments already examined by Greco (which are shared here almost in their entirety), but it is perhaps appropriate to further emphasise the position expressed by another influential philosopher of our century (Martha Nussbaum), who recently underlined how the ‘art’ (not by chance defined as such) of judging also requires ‘imagination’, ‘sympathy’, ‘fantasy’ and ‘emotion’, not just ‘cold’ and ‘arid’ calculations⁵⁷.

The «figure of the poet judge» coined by Nussbaum (but with echoes dating back to the works of Hesiod)⁵⁸ frontally opposes the «figure of the robot judge». It represents a kind of ‘counterbalance’ to ‘predictive justice’, distancing itself «from the mechanistic, impersonal and inhuman character of calculative rationality, and from the economic utilitarianism that» the latter «underlies»⁵⁹. Nussbaum shows the merits of ‘poetic’ justice; Delmas-Marty explains its reasons: «from the desire for rationality to logical delirium, slippages are always to be feared and formal validity can often serve as an alibi for the worst abuses»⁶⁰. The possibility of abuses, in fact, in a system that would orient itself, in a predictive justice perspective, towards a kind of *stare decisis* unmitigated by the possibility of ‘overruling’⁶¹, would be just around the corner.

The truth, in short, is that, by coming to adopt (wholly or partly) ‘predictive’ models of justice, we would inevitably end up sacrificing on the altar of efficiency and of a misunderstood form of impartiality (in the progress of time) all those characteristics of ‘humanity’ and ‘flexibility’ that any conceivable and acceptable model of criminal ‘justice’ should necessarily continue to present (now and in the future). All this just to obtain a little more certainty, which would however be paid at the high price of a substantial transformation of ‘law’ into an essentially immutable datum.

A path that does not convince us at all⁶². Not that ‘human’ justice cannot still be improved to some extent (indeed, there is plenty of room for improvement)⁶³. This does not mean, however, that one should agree with the idea that the time has come to definitively send the good old human judge ‘into the attic’, and to adopt a ‘rigid’ system, in which any possibility of ‘adaptation’ would in fact be precluded, since: (a) man himself (with all his

⁵⁷ See M.C. Nussbaum, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, Milano, 2012, *passim*. On the importance of emotions in judgement (of which the machine is devoid), however, also insist A. Punzi, *Difettività e giustizia aumentata. L’esperienza giuridica e la sfida dell’umanesimo digitale*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 121; Kistoris, *Predizione*, *supra* fn. 6, at p. 8-9; J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, p. 19; O. Barral, *L’émotion du juge*, in *Les cahiers de la justice*, 2014, p. 73-77.

⁵⁸ Cf. F. Di Marzio, *Giudici divoratori di doni. Esiodo, alle origini del diritto*, Milano, 2021, p. 177 ff.

⁵⁹ Cf. J.-P. Pierron, *De l’urgence de la poésie en droit ou pourquoi ne peut-on pas robotiser la justice? Le juge-poète, une lecture de Martha Nussbaum*, in *Les cahiers de la justice*, 2018, p. 378.

⁶⁰ See M. Delmas-Marty, J.-F. Coste, *Logiques non-standard et droit: l’exemple des droits de l’homme*, in *Séminaire de Philosophie et Mathématiques*, 5, 1994, p. 12.

⁶¹ That the use of algorithms would prevent any possibility of overruling is well emphasised by A. Jean, *Les algorithms font-ils la loi?*, Paris, 2022, p. 174.

⁶² And to tell the truth, it does not seem to convince even some experts in the field, as A. Jean, *Les algorithms*, *supra* fn. 61, p. 166, 176 ff., whose conclusions seem to acquire even more relevance as they come not from a jurist, but from one of the leading experts in algorithmic science. In a similar vein cf. also A. Christin, *Metrics at Work. Journalism and the Contested Meaning of Algorithms*, Princeton, 2020.

⁶³ Cf. M.C. Nussbaum, *supra* fn. 57, at p. 278, notes, e.g., that judges «must improve not only their technical skills, but also their skills as human beings». Similarly, cf. O. Barral, *supra* fn. 57, at p. 77. The book of D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *supra* fn. 10, at p. 433 ff., then, provide multiple suggestions for better and less ‘noisy’ human decision-making. To give more coherence and stability to jurisprudence (at least in civil law system), and to prevent the generation of frequent overruling *in malam partem* (and perhaps even *in bonam partem*), one could finally think of enhancing incisive forms of binding judicial precedents (cf. the literature cited in fn. 5). In short, there seems to be no shortage of room for improvement, while remaining firmly anchored to an intrinsically ‘human’ justice.

innate characteristics of fragility, humanity, imagination and empathy) still seems to be the only suitable candidate for judging the responsibilities of his fellow human beings (especially when it comes to criminal matters)⁶⁴; (b) the ability of a system to adapt to the specifics of the concrete case (without giving rise to an arbitrary application of the laws) gives a measure of the rate of ‘humanity’ and ‘equity’ that can really be attributed to it. Humans undoubtedly still have much to offer to criminal justice, and it would be totally unwise to even encourage the creation of those conditions that might in the future easily lead to their ultimate ‘capitulation’⁶⁵.

⁶⁴ In addition to Greco’s cited paper, cf.: B. Barraud, *Un algorithme capable de prédire les décisions des juges: vers une robotisation de la justice?*, in *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 134; P. Lomborso, *Je réclame justice! Plaidoyer pour une justice humaine*, Paris, 2022, p. 141 s.; P. Enders, *Einsatz*, *supra* fn. 13, at p. 723; S. Barona Vilar, *Algoritización*, *supra* fn. 9, at p. 652 ff., p. 662.

⁶⁵ We therefore share the idea expressed by Greco, *supra* fn. 13, at p. 51, 63 e 66, that even a merely ‘auxiliary’ use of ‘algorithmic’ tools (at least to decide) should hopefully be avoided. After all, as has also been observed recently, «the brain is like a muscle: it needs to be exercised. Either you use it, or you lose it». The risk we run by relying on algorithms to make judicial decisions (even if we limit ourselves only to the most ‘trivial’ ones, because when faced with ‘difficult’, ‘exceptional’ cases, human intelligence still seems to have something to say, even when compared with A.I.), we seriously risk losing essential brain capacities for the future, as is already happening with ‘spatial reasoning’, which is seriously compromised by the use of GPS that we all do on a daily basis [cf. G. Gigerenzer, *Perché l’intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, Milano, 2023, p. 272-275]. From there, the step to entirely devolving the task of ‘judging’ to the machine would become dangerously short.

PERSONAL DATA'S PROTECTION IN THE USE OF PREDICTIVE JUSTICE SYSTEMS: EU vs U.S.

Ediola Terolli

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION. - II. PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION. – III. PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE UNITED STATES. – IV. PREDICTIVE JUSTICE IN THE EUROPEAN UNION. – V. PREDICTIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES. – VI. DATA PROTECTION IN THE USE OF PREDICTIVE JUSTICE EU vs U.S. – VII. CONCLUSIVE REMARKS.

This research aims to analyze, through the lens of comparative law methodology, the legislative framework of the European Union and the United States on privacy and protection of personal data in the use of predictive justice systems.

The right to privacy was born in the U.S. and developed in the EU into the right to protection of personal data. Unlike the EU, the U.S. presents a fragmented regulatory framework in the field of privacy and data protection. Obviously, the protection of personal data in the use of predictive justice systems in EU and U.S. is based on a very different legal landscape and compliance challenges differ. Notwithstanding the differences, it is interesting to see the EU's General Data Protection Regulation (EU 2016/679) influence on the U.S. data privacy landscape – such as the California Consumer Privacy Act of 2018 and the importance of comparative data protection law in the field of predictive justice.

Keywords: personal data, predictive justice, comparative law, EU, U.S.

I. INTRODUCTION

The right to privacy was born in the United States of America as 'the right to be let alone' that reproduced the pattern of private property, 'my home my castle', excluding others' interference in one's private sphere¹, and developed in the European Union into a fundamental right to the protection of personal data.

The EU and U.S. have a different regulatory framework in the field of privacy and data protection – the latter being quite fragmented².

Despite the differences, it is interesting to see how the General Data Protection Regulation (EU 2016/679) has affected the U.S. data privacy landscape, such as the California Consumer Privacy Act of 2018³, and the relevant developments related to the field of predictive justice.

Predictive justice is defined as the use of artificial intelligence, concretely machine learning and natural language processing technologies, for predicting outcomes of legal disputes. Machine learning algorithms aim at analyzing and creating links among different data and Natural Language Processing means the IT processing of human language.

As it has been explained in a study of the Council of Europe, a machine does not reproduce legal reasoning, it does not explain the meaning of the law or the behavior of judges, but it consists in a statistical or probabilistic approach. Given the impossibility of mechanically identifying all the causative factors of a decision, there remains the risk of confusing correlation and causality⁴.

Robot judges who can decide on cases autonomously do not exist but there are systems that can assist judges and lawyers by quickly analyzing a large quantity of resources to unveil

¹ S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in 4 *Harr. L. Rev.* 5, 1890, p. 193-220.

² L. Jolly, *Data Protection in the United States Overview*, Data Protection Global Guide, Thomson Reuters: Practical Law, 2019.

³ C. Baret, *Are the EU GDPR and the California CCPA becoming the de facto global standards for data privacy and protection?*, 15 *SciTech Law.* 3, 2019.

⁴ Council of Europe, *Artificial Intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice*, 9 May 2018.

the potential outcome of a legal dispute. Even though, there is the risk of not looking beyond the algorithms when studying a case, or losing that singularity that characterizes a specific case, they are being tested. In France, Predictice and Case Law Analytics are start-ups that are operating in the field, having the capacity to analyze millions of court cases in seconds and offer possible results of a case. In the United States, a similar start-up, Lex Machina is being used for statistics regarding court decisions. Dentons and DLA Piper are also using such algorithms for internal assessments.

The scope of this research is privacy and data protection in the use of predictive justice in the EU and U.S., from data protection principles to data subjects' rights.

Compliance with the latest iterations of privacy and data protection legislation in EU or U.S. is key in using algorithms in predictive justice but how do they differ and what do they have in common?

II. PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION

Privacy and data protection in the European Union constitute two separate fundamental rights, the right to privacy is enshrined in art. 7 of the Charter of fundamental rights of the EU and the right to data protection in art. 8 of the Charter of fundamental rights of the EU and art. 16 par. 1 of the TFEU.

EU institutions must respect and guarantee these rights, as well as the Member States when implementing the EU law⁵.

The right to privacy manifests itself in the 'negative' freedom not to have one's private life interfered with, while the right to personal data protection in the 'positive' freedom to exercise control over the processing and circulation of information concerning one's person⁶.

The EU data protection framework includes another legal instrument: the ePrivacy Directive⁷ and ePrivacy Regulation -proposal, that aims to provide a higher level of protection to users of electronic communications⁸.

The EU data protection framework is complemented by Regulation 2016/679 (GDPR)⁹, Directive 2016/680 (LED)¹⁰ - applicable to data processing by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security, Regulation 2018/1725¹¹ - applicable to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data and Directive (EU) 2016/681 (PNR) – applicable to the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime¹².

For the purposes of this research, we will focus on the GDPR.

⁵ Article 51, Charter of Fundamental Rights of the EU.

⁶ S. Rodotà, *"Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli"*, Dall'habeas corpus all'habeas data, Roma, 2014, p. 31-32.

⁷ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) available at:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02002L0058-20091219>.

⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) available at

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010>.

⁹ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>.

¹⁰ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32016L0680>.

¹¹ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1725>.

¹² Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016L068>.

A. The General Data Protection Regulation

The Regulation (EU) 2016/679¹³ of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, better known as GDPR is a regulation of the European Union which became applicable on 25 May 2018¹⁴.

Since its entry into force, the GDPR has repealed Directive 95/46/EC¹⁵ and unified a patchwork of 28 different data protection laws of the Member States, bringing about a crucial and ambitious shift in the field of personal data protection.

The dispositions of Regulation (EU) 2016/679, unlike Directive 95/46/CE, are immediately applicable, without any necessary national legislative intermediation, except the few articles where explicit reference is made to it regarding specified cases and areas¹⁶.

The GDPR compared to Directive 95/46/EC has an extraterritorial scope and determines whether processing falls within its geographical scope by considering the following factors: the location where personal data are processed and the location of the data subject¹⁷. The intention is to make the Regulation equally applicable to organisations inside and outside the EU when processing personal data of EU citizens. The extraterritorial scope of the GDPR currently makes comparative privacy and data protection law of great interest.

The Recitals of the Regulation itself state that the processing of personal data is at the service of mankind; the right to the protection of personal data is not an absolute prerogative but must be considered in the light of its social function and be balanced with other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality.

«Rapid technological developments and globalisation have brought new challenges for the protection of personal data»¹⁸.

Under the regulation «personal data» means any information relating to an identified or identifiable natural person («data subject»); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors

¹³ Published on the Official Journal of the EU on L 119/1, 04/05/2016.

¹⁴ For an extensive analysis of the GDPR see: L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (eds.), *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; M. Soffientini (ed.), *Privacy Protezione e trattamento dei dati*, Milano, 2016; M. G. Stanzione, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1249 ff.; S. Sica, V. D'Antonio e G.M. Riccio (eds.), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; L. Califano e C. Colapietro (eds.), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; A. Ciccio Messina e N. Bernardi, *Privacy e regolamento europeo*, Milano, 2017; G. Finocchiaro, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 1 ff.; G. Finocchiaro (ed.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; E. Calzolaio, *Il regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: spunti ricostruttivi e profili problematici*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 331 ff.; G. Cassano, V. Colarocco, G.B. Gallus. e F. P. Micozzi (eds.), *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Milano, 2018; G. Comandé e G. Malgieri (eds.), *Manuale per il trattamento dei dati personali*, Milano, 2018; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 106 ff.; V. Zeno-Zencovich, *Data protection in the Internet*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, p. 431 ff.; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (eds.), *GDPR e normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018; V. Cuffaro, R. D'Orazi e V. Ricciuto (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; R. Panetta (ed.), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019; E. Tosi (ed.), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019; N. Zorzi Galgano (ed.), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019.

¹⁵ The Directive 95/46/CE entered into force on 13/12/1995, with the scope of harmonising the EU data protection law given the precedent difficulties in the free flow of personal data between Member States. In that sense, G. Scarchillo, *Il trasferimento di dati verso gli Stati Uniti. Evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Responsabilità e diritti*, Jovene Editore, Napoli 2018, p. 12.

¹⁶ In that sense, F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p. 150.

¹⁷ Art. 3, GDPR: «Territorial Scope».

¹⁸ Recital 6 GDPR.

specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person»¹⁹.

The scope of application of GDPR includes the processing of personal data wholly or partly by automated means and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system. It does not include the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security²⁰.

The GDPR allows member states to introduce exemptions on issues including national and public security, judicial independence and civil law enforcement as deemed necessary and appropriate. Also, the GDPR allows member states to introduce limitations to specific contexts such as the balancing of data protection rights with freedom of information and expression²¹ or archiving proposes²².

In an increasingly data-driven world, the rules aim to protect all EU citizens from privacy and data breaches, while creating a clearer and more coherent framework for businesses²³.

The GDPR in Article 5²⁴ outlines the six data protection principles that organisations must respect when collecting, processing and storing personal data of EU residents:

1) Lawfulness, fairness and transparency

Personal data collection activities by organisations must comply with the law and must not hide anything from the data subjects. The principle of lawfulness must be read in correlation with the principle of strict legality enshrined in Article 52 of the Nice Charter²⁵. The principle of fairness essentially concerns the relationship between the data controller / processor and the data subject²⁶. As regards the principle of transparency, as recital 39 specifies, it must be transparent to natural persons how their data are collected, used, consulted or otherwise processed and the extent to which they are or will be processed²⁷.

2) Purpose limitation

The purpose for which personal data is collected must be precise and the data must be kept only as long as necessary to complete the purpose for which it was collected. The purposes of processing must be «specified, explicit and legitimate and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes»²⁸.

3) Data minimisation

Only data that are necessary to achieve the purposes for which they are processed should be processed. Personal data must only be processed if the purpose of the processing cannot reasonably be achieved by other means (use of anonymised or pseudonymised data)²⁹. In

¹⁹ Art. 4 GDPR.

²⁰ Art. 1, par. 1 e Art. 2, par. 1 GDPR.

²¹ Art. 85 GDPR.

²² Art. 89 GDPR.

²³ K. Milt, *Protezione dei dati personali*, 2018, Note sintetiche sull'UE available at: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2017/N54564/it.pdf

²⁴ Art. 5, GDPR.

²⁵ See F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p. 241.

²⁶ *Ivi*, p. 267.

²⁷ G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (eds.), *GDPR e normativa Privacy. Commentario*, cit., p. 54.

²⁸ Recital 39, GDPR.

²⁹ Recital 39, GDPR.

the principle of minimisation provided by the GDPR, qualitative and quantitative aspects are combined³⁰.

4) Accuracy

Data subjects have the right to request that their inaccurate or incomplete data be erased or rectified³¹. The concept of accuracy is relational because it needs to be assessed in close correlation with the purpose and use of the data³².

5) Storage limitation

Personal data must be retained as long as they are necessary for the purposes for which they are collected, with further retention only permitted for archiving in the public interest, scientific or historical research or statistical purposes³³.

6) Integrity and confidentiality

Data must be processed in such a way as to ensure adequate security, including protection, by appropriate technical and organisational measures, against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage³⁴.

The person in charge for compliance to such principles is the data controller.

The key changes of the GDPR are as follows: increased territorial scope; enhanced data inventory requirements; increased penalties; appointment of a Data Protection Officer (DPO); broader obligations for data controllers; direct obligations for data controllers; more timely reporting of personal data breaches; the right to data portability; the right to erasure ('the right to be forgotten'); increased consent from the data subject³⁵.

III. PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE UNITED STATES

The United States' data protection framework is fragmented and lacks a single regulatory framework applicable to the private sector, unlike the European Union. As regards the public sector, the Privacy Act of 1974³⁶ regulates access, collection, processing, and disclosure of personal data by federal government activities. The Privacy Act imposes several obligations on federal governmental activities to protect the privacy of data subjects, such as, inter alia, notifying the data subject of the existence and nature of the file containing his or her personal data, as well as the possibility of modification. Yet, the effectiveness of the protection guaranteed by the Privacy Act is doubtful, as the statute provides numerous exceptions for information collected for national security purposes³⁷.

On the level of sources of law, at the constitutional level, the Fourth Amendment to the Constitution protects privacy and the protection of personal data, which does not, however,

³⁰ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (eds.), *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 107.

³¹ Articles 16 and 17, GDPR.

³² On this point, see F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., p. 200.

³³ The Court of Justice's case law on data retention has been built on the principle of storage limitation (*Digital Rights Ireland*, rendered in Joined Cases C-293/12 and C-594/12, on 8/4/2014 and *Tele2 and Watson*, rendered on 21/12/2016, in Joined Cases C 203/15 and C 698/15), to the point of annulling both national and European regulations (Dir. 2002/58/EC in part qua), which were deemed incompatible with these principles. See G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (eds.), *GDPR e normativa Privacy. Commentario*, cit., p. 60.

³⁴ Art. 5, par.1, lett. f), GDPR.

³⁵ *Ex multis*, see C. Russell, S. Fuller, *GDPR for Dummies, MetaCompliance Special Edition*, Chichester, 2017, p. 6.

³⁶ 5 U.S.C. § 552° (2000 & Supp. IV 2004), see *Overview of the Privacy Act of 1974*, The United States Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/opcl/overview-privacy-act-1974-2015-edition>.

³⁷ Regarding the exceptions on the scope of application of the *Privacy Act*, see F. Bignami, *European versus American liberty: a comparative analysis of anti-terrorism data-mining*, in 48 B.C. L. Rev. 609, 2007, p. 631 ff.; F. Bignami, G. Resta, *Transatlantic Privacy Regulation: conflict and cooperation*, in 78 *Law & Contemp. Probs*, 2015, p. 237.

enshrine a general constitutional right to privacy³⁸, whereas the ordinary type of regulation in the US legal system includes federal and state legislation.

Moreover, in the jurisprudence of the U.S. courts, state or federal, there is no majority position in favour of a constitutional right to privacy³⁹. This is also due to the so-called 'third party doctrine'⁴⁰ which denies Fourth Amendment protection to information and data that an individual voluntarily exposes to third parties, even from his or her home or office⁴¹.

The Fourth Amendment to the United States Constitution enshrines the right of every individual to be secure in his or her person, dwelling, and effects, protecting him or her from unreasonable searches and seizures by government authorities⁴². Reasonableness is determined by balancing two interests, the intrusion on an individual's rights protected by the Fourth Amendment and the legitimate interest of government authority such as public safety⁴³.

The third-party doctrine⁴⁴ argues that an individual does not have a legitimate expectation of privacy with respect to information disclosed to third parties by him or her voluntarily⁴⁵. The NSA's databases, belonging to this category of 'non-content information', do not fall within the scope of the Fourth Amendment⁴⁶.

The third-party doctrine, which has proven to be a tool for legitimising government surveillance activities by U.S. authorities, has been challenged in a recent U.S. Supreme Court ruling, in which Justice Sotomayor, in support of the decision stated that even if an individual protests the government's disclosure, without a warrant, of a list of all websites visited in the previous week, month, or year, he or she will only be able to obtain constitutional protection if Fourth Amendment jurisprudence stops treating secrecy as a prerequisite to privacy⁴⁷.

A. Sectoral Federal Laws

In the United States, there is no federal law regulating the collection and use of personal data. The U.S. privacy model, unlike the general framework of EU law, is a system of sectoral laws⁴⁸, federal and state laws⁴⁹, as well as numerous case law precedents⁵⁰. In

³⁸ See C. M. Barrett, *FBI Internet Surveillance: The Need for a Natural Rights Application of the Fourth Amendment to Insure Internet Privacy*, 8 Rich. J.L. & Tech 16, 2002.

³⁹ On these aspects see F. Bignami, G. Resta, *Transatlantic Privacy Regulation: conflict and cooperation*, cit., p. 235-236.

⁴⁰ Common law doctrine elaborated by the U.S. courts.

⁴¹ Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967).

⁴² Available at <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>.

⁴³ C. Barrett, *Are the EU GDPR and the California CCPA becoming the de facto global standards for data privacy and protection?*, cit., pp. 24-29.

⁴⁴ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 744 (1979). For a complete analysis of "third party doctrine", see R.M. Thompson II, *The Fourth Amendment Third-Party Doctrine*, Congressional Research Service Report, 2014. Available at <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43586.pdf>.

⁴⁵ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 743-44 (1979).

⁴⁶ See F. Bignami, *European versus American liberty: a comparative analysis of anti-terrorism data-mining*, cit., p. 624-625.

⁴⁷ On this topic see A. Schinelli, *Profili critici del trasferimento di dati personali UE-USA tra conflitti regolatori e reazioni politiche*, in S. Bonavita (a cura di), *Società delle tecnologie esponenziali e General Data Protection Regulation: La circolazione internazionale dei dati personali*, Milano, 2019, p. 11-35.

⁴⁸ The relevant constitutional protection essentially passes through the decisions of the Washington Supreme Court.

⁴⁹ See G. Stevens, *Privacy Protections for Personal Information Online*, in Congressional Research Service, 2011.

⁵⁰ «In addition to the very narrow scope of data protected under federal statutes, court cases are also of limited benefit with respect of data privacy because of the conflicting interpretations of these sparse statutes», W. G. Voss, K. A. Houser, *Personal Data and the GDPR: Providing a Competitive Advantage for U.S. Companies*, in 56 *Am. Bus. Law J.* 2, 2019, p. 302.

addition, there are many guidelines developed by government agencies and industry groups that are regarded as 'best practices' and have components of accountability and sanctions that are increasingly being used as an instrument of control by legislators.

Some of the most important federal privacy laws include, but are not limited to, the following:

The Federal Trade Commission Act (FTC Act)⁵¹ is a federal consumer protection law that prohibits unfair or deceptive practices and has been applied to offline and online privacy and data security policies. The FTC has introduced numerous enforcement actions against companies that do not comply with published privacy policies and for unauthorised disclosure of personal data. The FTC is also the primary enforcer of the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) (15 U.S.C. §§6501-6506), which applies to the online collection of children's information and the Self-Regulatory Principles for Behavioural Advertising.

The Financial Services Modernization Act (Gramm-Leach-Bliley Act)⁵² regulates the collection, use and disclosure of financial information. It applies broadly to financial institutions such as banks, securities firms and insurance companies, and other businesses that provide financial services and products.

The Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)⁵³ regulates the medical information industry. It may apply to healthcare providers, data controllers, pharmacies and other entities that deal with medical information.

The Fair Credit Reporting Act⁵⁴ (and the Fair and Accurate Credit Transactions Act⁵⁵), which amended the Fair Credit Reporting Act) applies to consumer reporting agencies, those that use consumer reports, and those that provide information on consumer reports. The Electronic Communications Privacy Act⁵⁶ and the Computer Fraud and Abuse Act⁵⁷ regulate the interception of electronic communications and computer tampering, respectively.

In 2016, Congress enacted the Judicial Redress Act, giving citizens of some allied nations (notably, EU Member States) the right to seek redress in U.S. courts for privacy violations carried out in the exchange of information with law enforcement agencies.

B. State privacy laws

There are many laws at the state level regulating the collection and use of personal data, California being at the forefront, having adopted several privacy laws, some of which have far-reaching effects nationwide.

California was the first state to enact a security breach notification law⁵⁸. The law requires a person or business that owns or licenses computer data that includes personal information to notify any breach of system security to all California residents whose unencrypted personal information was acquired by unauthorised persons.

Most early state laws on security breach notification mirrored California law and tended to be reactive, i.e., they set forth requirements for responding to a security breach, such as the Massachusetts Regulation⁵⁹, which prescribes in detail an extensive list of technical, physical, and administrative security aspects and protocols aimed at protecting personal information that companies must implement in their security architecture.

⁵¹ 15 U.S.C. §§41-58.

⁵² (GLB) 15 U.S.C. §§6801-6827.

⁵³ 42 U.S.C. §1301 et seq.

⁵⁴ 15 U.S.C. §1681.

⁵⁵ Pub. L. No. 108-159.

⁵⁶ 18 U.S.C. §2510.

⁵⁷ 18 U.S.C. §1030.

⁵⁸ California Civil Code §1798.82.

⁵⁹ 201 CMR 17.00.

On 28 June 2018, California passed the broadest of all privacy laws in the United States, the California Consumer Privacy Act of 2018 (effective in January 2020)⁶⁰. The Act offers Californian consumers numerous new rights: the right to be informed about how personal information is collected and for what purpose;⁶¹ the right to know with which third parties personal information is shared; the right to object to having one's personal information sold to third parties (right to opt-out)⁶²; the right to request the deletion of one's data⁶³; the prohibition to sell the data of children under 16 to third parties, unless consent is given (right to opt-in), which must be parental consent if the personal information is of a child under 13⁶⁴; the right to take action against the company in case of a personal information breach⁶⁵; the right to seek protection from the California Attorney General. The right to act against the company in case of a personal information breach will probably lead to high-level class actions in California⁶⁶.

A company that has suffered a data breach is obliged to notify the General Attorney within 30 days of the breach, under penalty of a penalty of USD 7,500 per breached record.

In November 2020, CCPA was amended by the Proposition 24, the CPRA that added additional privacy protections as of 1 January 2023: the right to correct inaccurate personal information that a business has about them and the right to limit the use and disclosure of sensitive personal information collected about them.⁶⁷

With the introduction of these rights, the California Consumer Privacy Act 2018 bears similarities to the GDPR⁶⁸, although there are still vast differences⁶⁹. Sometimes even referred to as 'the mini-GDPR'⁷⁰ The Californian framework protects individuals only as consumers residing in California (and not as citizens or users of a public service)⁷¹.

Even at this level, the Californian regulation only binds for-profit organisations that: obtain revenues of at least USD 25 million per year; or process the personal information of at least 50,000 consumers, households or devices; or obtain at least 50 per cent of their profits from the sale of personal information⁷².

The compliance of local operators in cases where their business also concerns the personal data of EU citizens would be burdensome as they have to comply with California state law, U.S. federal law, and the EU Regulation (GDPR).

Other federal states such as Nevada, Maine and New York, Massachusetts and Connecticut are embracing the same trend of privacy protection and data sovereignty.

New York passed the Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act ('SHIELD Act')⁷³ and made amendments to the data breach notification law⁷⁴. It represented a clear

⁶⁰ Official text available at: https://leginfo.ca.gov/jaces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180:AB375.

⁶¹ 1798.100; 1798.110.

⁶² 1798.120.

⁶³ 1798.105.

⁶⁴ 1798.120. (d)

⁶⁵ 1798.150.

⁶⁶ L. Jolly, *Data Protection in the United States Overview*, cit.

⁶⁷ R. Bonta, Attorney General, *CPPA*, available at <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>.

⁶⁸ J. Tashea, *Leading the Way: Inspired by Europe's sweeping GDPR, California's new data privacy law could change how companies do business in the Golden State*, in 34 *ABA Jour.*, 2019, X. Becerra, *California's GDPR inspiration, Reactions*, London, 2019.

⁶⁹ C. Barrett, *Are the EU GDPR and the California CCPA becoming the de facto global standards for data privacy and protection?*, cit., p. 24-29 and J. Tashea, *Leading the Way*, cit.

⁷⁰ C. Meyer, A. Pierce, *California Enacts Mini-GDPR Effective 1 January 2020*, in *JDSupra*, 2018.

⁷¹ 1798.140 (g) del *California Consumer Privacy Act* 2018.

⁷² 1798.140 (c) (A) (B) (C) del *California Consumer Privacy Act* 2018.

⁷³ Senate Bill S5575B, available at: <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/s5575>.

⁷⁴ On these aspects, J. Day, *New York Passes SHIELD Act Amending Data Breach Notification Law - The SHIELD Act significantly amends New York's data breach notification law and data protection requirements*, in *JDSupra*, 2019. Besides see M.M. Miner, A. Troyanovych, *The New York SHIELD Act: What's new under the state's breach law?*, in 33 *The Business Journal- Central New York, Syracuse* 48, 2 December 2019.

step forward in data protection but many politicians in New York wanted to take it a step further. This led to the drafting of the New York Data Privacy Act, very similar to the GDPR.

The New York Data Privacy Act has many similarities with the California Consumer Privacy Act, but goes even further, aiming to allow any citizen of the state the possibility of suing companies in the event of unlawful processing of personal data⁷⁵. New York Data Privacy Act has passed Senate on 8 June 2023 – Senate Bill 365⁷⁶.

Residents of New York could boast strong control over their data, much more than in any other state in the U.S. Businesses, on the other hand, would have to put users' privacy before their profit.

Moreover, while the California law applies only to companies that generate more than \$25 million in annual gross revenue, the New York law would apply to companies of any size. The New York Privacy Act would thus grant state citizens greater control and power over their personal data and force companies to prioritise privacy over profit. In short, the bill would force all technology companies to act as 'information fiduciaries', which would prevent them from using data in ways that harm consumers.

Like the CCPA, New York's privacy law would allow citizens to require companies to disclose the recipients with whom data is shared, and, where appropriate, to correct or delete it. Sharing data or selling it to third parties would therefore risk ending⁷⁷.

Alike the GDPR, companies will have to respond to general requests for information within 30 days (but unlike the GDPR, only for a 12-month reference period prior to the request). The obligation to report data breaches is clearly inspired by the GDPR.

Vermont has a law strictly focused on data brokers. Maine does not regulate data brokers but regulates Internet service providers. Illinois has a biometric data law that most other states do not. Twenty-five states and Puerto Rico have considered legislation focusing on various aspects of consumer data.

All 50 states, as well as the District of Columbia, Puerto Rico and the U.S. Virgin Islands have enacted laws requiring notification of security breaches involving personal information. All these laws are subject to change.

This complex and inconsistent regulatory environment risks the U.S. relinquishing its leading position in technology. The best solution would be a federal law that provides a consistent set of standards applicable online and offline.

A national privacy law would be stronger with unified and well-funded enforcement through the Federal Trade Commission. Federal oversight would allow all U.S. citizens to benefit from multiple privacy protections, including the option to delete their data, transparency in data collection, and portability of data between services⁷⁸.

IV. PREDICTIVE JUSTICE IN THE EUROPEAN UNION

The European Union's regulatory approach to Artificial Intelligence includes in addition to the data protection framework that is analysed above and remains fully applicable, the newly enacted legislation – Data Services Act⁷⁹ and Data Markets Act⁸⁰, as well as the AI

⁷⁵ California law leaves enforcement to state attorney general.

⁷⁶ See New York State Assembly. Available at: https://nyassembly.gov/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=S00365&term=2023&Summary=Y&Actions=Y&Text=Y.

⁷⁷ On these aspects see M. Valeri, *Privacy per lo Stato di New York vale più del profitto: nuova legge fa tremare i big del Web*, in *Cybersecurity360*, 13 June 2019.

⁷⁸ M. Beckerman, *Americans will pay a price for State privacy laws*, in *The New York Times*, 14 October 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/10/14/opinion/state-privacy-laws.html>.

⁷⁹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament And of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>.

⁸⁰ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU)

Act⁸¹ that was actively debated and adopted by the European Parliament on March 13, 2024.⁸²

According to the European Commission, the aim of DSA and DMA is «to create a safer digital space in which the fundamental rights of all users of digital services are protected and to establish a level playing field to foster innovation, growth, and competitiveness, both in the European Single Market and globally»⁸³.

Whereas the AI Act is the first international comprehensive law on Artificial Intelligence to ensure better conditions for the development and use of this innovative technology.

Predictive justice is still in its experimental phase in the EU.

In France, two appeal courts - Douai and Rennes, in 2017, at the initiative of the Ministry of Justice, tested a predictive justice software called "Predictice" that aimed to make justice more scientific, logic and controllable by reducing the variability in court decisions in the name of the principle of equality of citizens before the law. Software reasoning biases were revealed that resulted in inappropriate outcomes «due to confusion between mere lexical occurrences of judicial reasoning and the causalities that had been decisive in the judges' reasoning»⁸⁴. Judges concluded that there is no added value in using predictive justice in their activities⁸⁵.

In France, another start-up called Case Law Analytics uses Artificial intelligence to quantify of legal risk. The company models the judicial decision process to present you the whole decisions that would be made on a given file⁸⁶.

In Italy, some interesting projects of AI applications in the field of predictive justice are taking place. The first one, operational since November 2021, is promoted by the Court of Appeal and the Court of Brescia, in cooperation with the University of Brescia. For now, it only deals with 'Labour Law' and 'Business Law', already accessible on the website of the judicial offices. The aim of the project is to provide users and economic agents with data of certainty and predictability and, at the same time, to contain demand, disincentivising reckless litigation, as well as to promote the transparency of decisions, the circularity of jurisprudence between first and second instance and the overcoming of unconscious contrasts⁸⁷.

Another project is promoted by the Court of Appeal of Venice, in collaboration with Ca' Foscari University of Venice, *Unioncamere del Veneto* and Deloitte. The aim of the first phase, relating only to the subject of dismissals for just cause, was to digitalise all the decisions issued in the district during the three-year period 2019-2021, to make case law precedents knowable and decisions predictable, discouraging litigation with low probability of success⁸⁸.

2020/1828 (Digital Markets Act), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R1925>.

⁸¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts, 21/04/2021, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/?uri=celex%3A52021pc0206>.

⁸² European Parliament legislative resolution of 13 March 2024 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

⁸³ European Commission, The Digital Services Act Package, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

⁸⁴ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPJ), Council of Europe, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, 4 December 2018, p. 42.

⁸⁵ M. Par Jahera, C. Piret, *La justice predictive: de la revolution à la désillusion*, in *InterFrance*, 13 October 2017.

⁸⁶ Source: Case Law Analytics. Available at <https://www.caselawanalytics.com>.

⁸⁷ See C. Castelli, *Giustizia predittiva*, in *Quest. giust.*, 8 February 2022.

⁸⁸ A. Traversi, *Giustizia predittiva: Quale futuro?*, in *Altalex*, 15 March 2023.

Also in the tax sector, a project called 'Prodigit' has been financed, aimed at creating systems based on algorithms that can analyse laws, judgments, and doctrinal contributions to predict, with a sufficient degree of probability, the orientation of the decision of a judge on a given legal issue. It is envisaged that the computer, by analysing a large quantity of judgments, thanks to its capacity to learn, will become increasingly reliable, allowing the taxpayer, when the system is operational, to obtain an answer as to whether or not to file an appeal⁸⁹.

In the field of administrative justice, there have already been some ground-breaking decisions of the Council of State on the role of artificial intelligence in public administration decision-making that underly the advantages of the use of artificial intelligence, provided that the mechanism through which the robotized decision is realised is knowable and, consequently, can be reviewed by the judge⁹⁰.

Regarding criminal justice, in the Italian Code of Criminal Procedure, no expert opinions are allowed to establish the character or personality of the defendant (Article 220(2) of the Code of Criminal Procedure). Therefore, an Italian judge could hardly use a computer to establish whether there is a risk of a defendant reoffending⁹¹.

In respect of international courts, researchers at UCL, the University of Sheffield and the University of Pennsylvania have done a study on 584 decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR), by using a machine learning algorithm and the judicial decisions of ECtHR have been predicted to 79% accuracy, being the first to predict the outcomes of a major international court. This success rate is on the "facts" part, and it decreases to 62% on the application part of the Convention⁹².

V. PREDICTIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES

Artificial Intelligence is developing rapidly in the U.S., but «federal agencies are largely constrained to adapting existing U.S. law to AI systems». «The EU has passed, and is beginning to implement, the DSA and DMA. These acts have significant implications for AI in social media, E-commerce, and online platforms in general, while the U.S. does not appear yet prepared to legislate on these issues», authors suggest that the U.S. should work on a legal framework for online platforms and consider alignment with the EU's DSA and DMA as well as a framework similar to the AI Act⁹³.

In the U.S., at the federal and state levels, artificial intelligence – automated decision-making tools are frequently used in the criminal justice system to estimate the risk that a given defendant will commit a crime after release⁹⁴. According to the Electronic Privacy Information Center risk assessment tools are being used by judges in pre-trial, sentencing, prison management and parole. Factors such as socioeconomic status, family background, neighborhood crime, employment status, stability and other factors are being used to predict individuals' criminal risk and classified as "low", "medium" or "high"⁹⁵.

One of the most widely used algorithms in the U.S. courts is the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions – COMPAS that uses statistics to assess the risk of recidivism. It is based on the criminal history of the offender and 137 questions

⁸⁹ See A. Traversi, *Op. cit.*

⁹⁰ Cons. Stato, sec. VI, no. 2270/2019, Cons. Stato, sec. VI, no. 8472/2019, no. 8473/2019 and no. 8474/2019. On these decisions see: A.L. Rum, *Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A.*, 13 May 2021.

⁹¹ See A. Traversi *Op. cit.* and G. Canzio, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in G. Canzio, L. Luparia Donati (eds.), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Milano, 2022, p. 908.

⁹² See A. Traversi *Op. Cit.*

⁹³ A. Engler, *The EU and U.S. diverge on AI regulation: A transatlantic comparison and steps to alignment*, in *Brookings*, 25/04/2023.

⁹⁴ J. Forward, *The Loomis Case: The Use of Propriety Algorithms at Sentencing*, in *State Bar Wis.*, 19 July 2017.

⁹⁵ Electronic Privacy Information Center, *Algorithms in the Criminal Justice System*, available at <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice>.

that the latter must answer to generate a risk score between 1 and 10. Based on this score, COMPAS classifies the risk of recidivism as low-risk (1 to 4), medium-risk (5 to 7), or high-risk (8 to 10). The result is then part of the defendant's PSI report supplied to the sentencing judge. As a result, a defendant's sentence is influenced to some degree – if not determined – by the COMPAS's recidivism risk assessment.⁹⁶

The Wisconsin Supreme Court has highlighted the need of a cautious use of the COMPAS risk assessment in the case of Eric Loomis⁹⁷. Although, it held that COMPAS is a proprietary instrument whose mechanism can't be disclosed to the public. Also, it noted that it used publicly available data and information provided by the defendant and the court had based its decision only partly on the COMPAS assessment as other circumstances were taken into consideration as well in taking an individualised judgement⁹⁸.

Some studies consider the tool as biased against African Americans⁹⁹.

«Cognitive bias occurs because of distortion or change in perception from rational to irrational in making decisions and illogical interpretation in human thought. In other words, the wrong way of thinking makes us wrong in making a decision»¹⁰⁰.

Another predictive justice tool used in the United States is PredPol that is used for predictive policing. It predicts “crime hotspots” by using data related to crime type, date, and time¹⁰¹.

There are many companies operating in the field of predictive justice such as Lex Machina, a company based in Silicon Valley, that provides legal analytics by combining data and software with individual attorney review. Its «Lexexpressions® engine scans millions of pages of litigation information to create valuable insights on courts, judges, law firms, lawyers, and parties. This information has enabled legal professionals, for the first time, to anticipate the behaviors and outcomes that different legal strategies will produce»¹⁰². According to a lawyer and data scientist at Lex Machina, recently a user can build a list of cases according to any criteria and then look at and filter the analytics for that list of cases. Get information about judges regarding caseloads, timing, damages, remedies and even how they handle specific violations¹⁰³.

In the U.S. predictive justice applications are developing rapidly.

VI. DATA PROTECTION IN THE USE OF PREDICTIVE JUSTICE EU VS U.S.

Predictive justice, the automated analysis of data, raises concerns for the data protection/privacy laws.

In the EU, GDPR guarantees the right to “meaningful information about the logic involved”¹⁰⁴ in automated decisions and AI applications in predictive justice should provide detailed reasoning. In addition, it guarantees the data subject “the right not to be subject to

⁹⁶ A. Lee Park, *Injustice Ex Machina: Predictive Algorithms in Criminal Sentencing*, in *UCLAReview.org*, 19 February 2019.

⁹⁷ Loomis was an African American convicted felon, arrested after an escape attempt driving a car previously involved in a fire and found in possession of weapons, whom a Wisconsin judge sentenced to six years' imprisonment in 2016, based on the COMPAS algorithm's response that had defined him as a 'high risk of violence'.

⁹⁸ *State v Loomis* 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), sec 16., See H.-W. Liu, C.-F. Lin, Y.-J. Chen, *Beyond State v Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability*, in 27 *Int. J. Law Inf. Technol.* 2, 2019, p. 122-141.

⁹⁹ J. Angwin, et. al., *Machine Bias*, in *ProPublica.org*, 23 May 2016; M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti e Europa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, p. 5.

¹⁰⁰ D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Farrar, 2011.

¹⁰¹ M. Degeling, B. Berendt, *What is wrong with Robocops as consultants? A technology-centric critique of predictive policing*, in 33 *AI & Soc.*, 2018, p. 347-356.

¹⁰² A LexisNexis Company <https://lexmachina.com/about/>.

¹⁰³ R. Ambrogio, *Judge Analytics is the New Black*, in *Litigation and Research*, 23 July 2015.

¹⁰⁴ Article 13-15 GDPR.

a decision based only on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly affects him or her”¹⁰⁵.

The right to information on the underlying logic of algorithms’ decisions is enshrined in the GDPR, while in the U.S. courts are still reluctant to recognize it fully and weigh private interests – particularly the protection of intellectual property¹⁰⁶.

GDPR is a more comprehensive legal framework and offers a stronger protection of personal data even when it comes to predictive justice.

State laws, in U.S., that are introducing alike standards like the California Consumer Protection Act and New York Data Privacy Act, are raising the data privacy standards.

According to the Council of Europe, case law in open data is fuel for AI application as there is a growing tendency to make available data coming from public institutions – including courts’ decisions in the form of freely downloadable databases as part of a global movement calling for transparency and accountability of public action¹⁰⁷.

In France, with the adoption of the 2016 law on “Digital Republic”, all court decisions at all instances are disseminated in the form of open data for free and with respect for the privacy of the persons concerned. An analysis of the risk of reidentification of the persons concerned is done beforehand¹⁰⁸.

The Court of Justice of the European Union and the General Court when acting in their judicial capacity ensure that the principle of open courts and public information is balanced with the protection of personal data of natural persons mentioned in cases brought before it. They provide the data subject the possibility of requesting anonymity in the context of that case¹⁰⁹. This is very important in case predictive justice tools would be used on its case-law.

It is interesting to see that in a resolution of the American Bar Association, that addresses ethical and legal issues related to the usage of artificial intelligence in the practice of law, it is recommended regarding privacy that: «Considering that AI could be used in monitoring people and making decisions about them based on their personal information, it is important that the courts and lawyers address the privacy impact in using the AI and to the extent that lawyers and law firms are subject to privacy laws, AI impact analysis may need to assess such usage’s compliance with such laws, such as GDPR»¹¹⁰.

VII. CONCLUSIVE REMARKS

The U.S. approach to privacy is part of the larger U.S. understanding of the appropriate regulatory approach to the digital economy¹¹¹. The EU approach, on the other hand, seeks to balance the development of the digital economy with the protection of personal data as a fundamental right.

The U.S. data protection framework is fragmented and lacks a single legal framework - at the federal level - applicable to the private sector, unlike the European Union. As seen above, it consists of a system of federal and state laws, as well as numerous case law precedents.

The GDPR, which ensures the highest level of data protection globally, is affecting the global privacy and data protection landscape, including the United States.

The California Consumer Privacy Act 2018 bears similarities to the GDPR with regard to the new rights introduced (e.g. the right to be forgotten), although there are still vast

¹⁰⁵ Art. 22, par. 1, GDPR.

¹⁰⁶ CEPJ, Council of Europe, cit., p. 55.

¹⁰⁷ Council of Europe, Artificial Intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice, 9 May 2018.

¹⁰⁸ Council of Europe, Artificial Intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice, 9 May 2018.

¹⁰⁹ Court of Justice of the European Union, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2699100/en/.

¹¹⁰ American Bar Association, House of Delegates, Resolution, 12-13 August 2019.

¹¹¹ H. Farrell, A.L. Newman, *Of Privacy and Power. The Transatlantic Struggle over Freedom and Security*, Princeton, 2019.

differences. Furthermore, the future New York Data Privacy Act, when adopted, will be very similar to the GDPR.

An eventual move towards harmonisation, if not standardisation, of privacy laws at the federal level seems inevitable considering the compliance costs that companies currently face¹¹².

It is interesting to note that European Commission adopted a new adequacy decision for the EU-U.S. Data Privacy Framework on 10 July 2023, after the invalidation of Privacy Shield in the *Shrems II* judgement of the Court of Justice of the European Union, that allows personal data to flow freely from the EU to companies in the United States that participate in the Data Privacy Framework¹¹³.

Predictive justice algorithms need to comply with the applicable data privacy laws both in the EU and the U.S..

According to the GDPR standards', is important to assess the compatibility of the algorithms used in predictive justice with data protection principles such as the lawful, fair, and transparent processing of personal data, the purpose limitation, data minimization, accuracy, storage limitation, integrity, confidentiality, and accountability.

In addition, it is necessary to carry out a data protection impact assessment and implement data protection by design and by default at a very early stage when algorithms are used to assist judicial proceedings.

Moreover, the rights of the data subjects concerned shall be respected and protected, inter alia the right not to be subject to an automated decision, the right to have access to the data that are being processed, the right to object, the right to obtain information about the reasoning of the data processing carried by algorithms, the right to a legal remedy etc.

Also, important questions such as who the data controller and data processor are apply – as well- in predictive justice algorithms.

Predictive justice applications in the U.S. do not face all these challenges in every state, given the fragmented data privacy framework analysed above but it is promising to see that alike standards are being introduced in some states.

Predictive justice tools are built by private companies and their mechanism is kept confidential due to trade secrets; this poses a transparency problem that some authors call also “the black box” problem¹¹⁴. It could be resolved by a public-private partnership in building such mechanisms or if they would be completely developed by the public authorities' oversight.

In conclusion, research engines make links among doctrine, case law, laws and regulations could be helpful, but data should be of a good quality and algorithms should be transparent, non-biased, certified by an independent authority, always accessible by a judge for an

¹¹² E. Goldman, *An Overview of the California Consumer Privacy Act*, in *Internet Law Cases & Materials*, 2019, p. 9. For a complete analysis see M. Humerick, *The Tortoise and the Hare of International Data Privacy Law: Can the United States Catch Up to Rising Global Standards?*, 27 *Cath. U. J. L. & Tech.*, 2019 and N. O'Connor, *Reforming the U.S. Approach to Data Protection and Privacy*, in *Council on Foreign Rel.*, 2018: «Most Western countries have already adopted comprehensive legal protections for personal data, but the United States-home to some of the most advanced, and largest, technology and data companies in the world-continues to lumber forward with a patch-work of sector-specific laws and regulations that fail to adequately protect data. U.S. citizens and companies suffer from this uneven approach-citizens because their data is not protected, and companies because they are saddled with contradictory and sometimes competing requirements».

¹¹² Even before the invalidation of *Privacy Shield* some were thinking of alternative mechanisms *Binding Corporate Rules*. In that sense, C. Stupp, *Companies Face Uncertainty Over Challenges to Trans-Atlantic Data Transfers; EU's Privacy Shield and other legal tools could be upended in near-term court decisions*, in *WSJ*, 23 September 2019.

¹¹³ Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, available at https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf.

¹¹⁴ H.-W. Liu, C.-F. Lin, Y.-J. Chen, *Beyond State v Loomis*, cit., p 17.

adversarial debate – as the judge cannot exclude doubt a priori in the face of machines built to give certain answers¹¹⁵, and in compliance with the rights of the data subjects and the applicable legislation that is trying to keep up with the pace of AI.

¹¹⁵ G. Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. Pen.*, 3, 2019, p. 10.

GLOBAL NORTH, LEGAL PLURALISM AND RELIGIOUS ADJUDICATION: THE RELATIONSHIP BETWEEN MUSLIM COMMUNITIES AND THE STATE IN UNITED KINGDOM, FINLAND AND THE NETHERLANDS

Riccardo Arietti

TABLE OF CONTENTS

I. MINORITIES, ISLAM AND GLOBAL NORTH: AN OVERVIEW. – II. LEGAL PLURALISM MODELS. – III. THE UK AMONG SHARIA COUNCILS AND MUSLIM ARBITRATION TRIBUNAL (MAT). – IV. APPROPRIATE GOVERNANCE FOR THE MINORITY GROUPS IN THE FINNISH SYSTEM? – V. CLASH, CONCURRENCY AND INFORMAL LAW IN THE NETHERLANDS. – VI. SOME CONCLUDING REMARKS

Within the borders of the countries that form the Global North, the links between informal justice and ‘official’ jurisdictional channels have become more intense. Such a situation leads to grappling with the notion of legal pluralism: in particular, a paramount role is occupied by Shara’itic justice, which is of great relevance to the Islamic communities spread all over Europe. This patchwork of unofficial courts, guardians of values and customs related to personal status comes to work far too often in the shadow and parallel with official courts. More precisely, by scrutinising the dynamics and relationships between religious marriages and civil ones, it is likely to notice the rise, in each country, of various models of legal pluralism, which switch based on the State’s reply. A first example of this can be found in the British context, where the debate on the phenomenon of Sharia Councils has been going on for more than a decade. Similarly, Finland and the Netherlands also faced the emergence of almost identical demands.

Keywords: Global North; Muslim communities; Sharia Councils; Unregistered Marriages; Legal Pluralism.

I. MINORITIES, ISLAM AND GLOBAL NORTH: AN OVERVIEW

As societies in the Western legal tradition become more and more complex, some breaking points emerge between groups and the State, pushing the first ones farther away from the binaries of the ‘official’ legal system.

More precisely, we can identify each religious entity as an autonomous creator of rules and, thus, we can define them as a ‘nomos’, according to the notion offered by R. Cover, which can smash the State’s monopoly of producing juridical provisions: while «the creation of legal meaning [...] takes place always through an essentially cultural medium», and since the procedure of shaping the perception of legitimacy is a collective process, the religious communities are qualified to challenge the State’s rule-making as they are guardians of a culture-based medium¹. Within a world long handed the so-called ‘end of history’² and that glimpses the powerful revival of religious issues as a tool employed to design the borders of every legal order, «it has become increasingly reductionist, and dangerous, to insist that ‘law’ or ‘religion’ as monist entities on their own can manage sustainably how we live together»³. The tensions between religion and the State, enhanced by globalisation⁴, may just be decoded by balancing the competing interests at stake and harmonising the fundamental human rights

¹ R.M. Cover, *The Supreme Court 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* 1, 1983, p. 11.

² F. Fukuyama, *State-building Governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca, 2004.

³ W. Menski, *European Islam in the Age of Globalisation and Legal Pluralism: Not Easy Being European*, in 1 *Nord. J. L. Soc. Res.*, 10, 2021, p. 187.

⁴ According to A. Büchler, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: Beyond cultural and religious identity in family law*, in 8 *Int. J. Law Context* 2, 2012, p. 197, «globalisation has [...] not only made society more pluralistic, it has also made social groups more ethnic».

involved⁵. That lesson seems ingrained in the Global South countries⁶, as compared to the Global North ones, overwhelmed by an approach in which «official claims are advanced that the state law is uniform and supreme»⁷. The collision discloses a struggle between some models that are still locked in a scenario of legal centralism and those that support legal pluralism, a feature «seen as problematic by ‘modern’ scholars», but which «is [...] the globally dominant legal arrangement»⁸. However, this is not a novelty in the West because, for many Centuries, legal systems were marked by several pluralistic trends⁹.

The hints provided by discussions on minorities and legal pluralism receive tremendous leverage when they reach the issue of Muslim communities’ relations within Western countries.

Here, it is clear that populations from Afro-Asiatic backgrounds belonging to the Islamic religion somehow tend to overcome their Diaspora by re-establishing, onto foreign soil, the body of rules they are bound¹⁰. With a share of the population of around 5% and the ever-increasing phenomena of Islamophobia¹¹, the Islam issue arose in Europe, along with the deception that Muslim communities require wholesale enforcement of any part of the Sharia. Otherwise, qualitative and quantitative research proves that «support is strongest for applying Muslim family law, and weakest for some of the sharia-based physical punishments, such as stoning, whipping, and amputation of limbs»¹². The most risky area of intervention narrowed down to family and marriage matters, where Muslim communities, compelled by the Qur’an, choose the spiritual code rather than State rules in the performance of marriages, giving space for the growth of an internal legal pluralism filled by religious courts¹³.

Using the comparative method¹⁴, this paper aims to explore, through the analysis of case studies referring to three countries that have differently haggled with the troubles posed by European Islam, the links between Muslim communities and the State, focusing on how the State reaction affects in terms of legal pluralism. The research means to clarify if the

⁵ E.g. I. Leigh, *Religious Adjudication and the European Convention on Human Rights*, in 8 *Oxf. J. Law Relig.* 1, 2019, p. 8, maintains that «the self-governance of religious communities is an important aspect of collective freedom of religion and belief. This entails freedom to associate with other likeminded religionists, and self-governance according to religious norms free from state interference follows from this. These norms typically involve such important aspects of communal and family life, including membership, admission, discipline and expulsion from religious communities, recognition of family events such as marriage, divorce, maturity into adulthood and the acceptance of children into full membership, inheritance as well as questions such as dietary observance». See M. Malik, *Minorities and the Law: Past and Present*, in 67 *Curr. Leg. Probl.* 1, 2014, p. 67-98; R. Hirsch, A. Shachar, *Competing Orders: The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in 85 *U. Chi. L. Rev.* 2, 2018, p. 425-455.

⁶ A broad definition in J.L. Comaroff, J. Comaroff, *Theory from the South: Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa*, Boulder, 2012.

⁷ W. Menski, *supra* note 4, at p. 197.

⁸ *Ibid.*, at p. 198.

⁹ For example N.V. Vinding, *Sharia and the Scandinavian Welfare States*, in 16 *Scand. J. Islam. Stud.* 2, 2022, p. 10, assumes that «the state has always been a producer of religion, and the argument is that the pluralisation of the post-Westphalian state-and-religion relations facilitates breaking the monopoly on goods of salvation [...]».

¹⁰ A. Büchler, *supra* note 5, at p. 202.

¹¹ B. Polok, *Islamic Personal Law in Europe: A Chance for the Integration of European Muslim Community*, in 7 *LUMS L. J.*, 7, 2020, p. 152-153. See also <https://www.pewresearch.org/religion/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>.

¹² V. Dzutsati, C.M. Warner, *The socioeconomic matrix of support for sharia: a cross-national study of Muslims’ attitudes*, in *Relig. State Soc.*, 2021, p. 13.

¹³ M. Berger (ed.), *Applying Shari’a in the West: facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden, 2013.

¹⁴ E. Örüçü, D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Portland, 2007.

emergence of complex societies automatically involves the endorsement of legal pluralism and if the vehicles of religious justice should be opposed or incorporated into the web of the official legal order. The ultimate question is whether «state law should permit religious legal obligations to be enforced in the sense of allowing them to be adopted as or translated into state obligations»¹⁵.

Therefore Section II will discuss the concept of legal pluralism. Then (Section III), the United Kingdom case is scrutinised, showing a vibrant interaction between Muslim law bodies and State Courts. In Section IV the focus moves to Finland, where cooperation between the State and the religious authorities has dramatically curbed the issue of legal pluralism. Lastly, Section V deals with the Netherlands. In this country the political climate utterly opposed to the Muslim minority has led to a severe enclavisation of the communities: although the judiciary tries to offer safeguards, the State ruled out any possible enforcement of the Islamic-based conventions. The final Section includes some considerations inspired by the review of the three countries.

II. LEGAL PLURALISM MODELS

Shifting to the peripheries of the foremost pillar of this article, we can outline numerous definitions of legal pluralism starting with the outbreak of studies in the 1970s¹⁶.

This contribution offers a broad outline to provide the reader with some tools to face the consequent analysis effectively: approximately, «at its core, legal pluralism refers to the co-existence de jure or de facto of different normative legal orders within the same geographical and temporal space»¹⁷.

Based on this initial statement, it is now possible to split the classification into chronological criteria. Alongside *classic legal pluralism*, which focuses on the search into the vestiges of customary and traditional law in the lands colonised by the West and explores their ties with European law, one finds *new legal pluralism*, which follows a similar survey in Western countries and, thirdly, *post-modern legal pluralism*, shaped by global and transnational law¹⁸.

Within the studies coupled with the relationship between groups and the State, the most paramount one is the work by S. Falk Moore, who introduced the visionary image of a ‘semi-autonomous social field’, a kind of group-network that has «rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance». At the same time, the ‘semi-autonomous social field’ is «set in a larger social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes at the invitation of persons inside it, sometimes at its own instance», and is traceable as far «in a tribal society» as in «all the nation-states of the world». This paves the way for the research of the phenomena of pluralism in the West¹⁹.

¹⁵ I. Leigh, *supra* note 6, at p. 3.

¹⁶ *Ex multis*, L. Pospisil, *Anthropology of law: a comparative theory*, New York, 1971; J. Gilissen (ed.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972; M.G. Smith, *The Plural Society in the British West Indies*, Berkeley, 1974; M.B. Hooker, *Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975.

¹⁷ H. Quane, *Legal Pluralism and International Human Rights Law: Inherently Incompatible, Mutually Reinforcing or Something in Between?* in 33 *Oxf. J. Leg. Stud.*, 4, 2013, p. 676.

¹⁸ B. Sousa Santos, *State, Law and Community in the World System: An Introduction*, in 1 *Soc. Leg. Stud.*, 1, 2, 1992, p. 131-142; G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997; R. Michaels, *Global Legal Pluralism*, 5 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, p. 1-35, 2009.

¹⁹ S.F. Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in 7 *Law Soc. Rev.* 4, 1973, p. 720 ff. Lately, G. Swenson has also forged the four ‘archetypes’ of legal pluralism, which represent at times a dispute between groups and the State (*combative legal pluralism*; *competitive legal pluralism*) and at other times a partnership (*cooperative legal pluralism*; *competitive legal pluralism*). G. Swenson, *Legal Pluralism in Theory and Practice*, in 20 *Int. Stud. Rev.*, 2018, p. 438-462.

Concerning the categories, the classification drawn by J. Griffiths, who differentiates legal pluralism in a ‘strong’ sense, «a situation in which not all law is state law nor administered by a single set of state legal institutions, and in which law is therefore neither systematic nor uniform», and in a ‘weak’ sense «when the sovereign [...] commands [...] different bodies of law for different groups in the population», is still useful²⁰.

The models of legal pluralism, hence, range from the «classic example of non-state law co-existing with but separate from state law, to the formal integration of religious/customary law into state law, to non state law operating in a semi-detached manner from the state»²¹, with the result that, as the current legal pluralism tendency maintains, «plural normative orders are found in virtually all societies»²².

Yet, the matter doesn’t remain confined to academic hypothesis. The European institutions carried a harsh view upon the compatibility of Sharia and the Western legal system, triggering what has been termed a ‘moral panic’²³ against Islamic law in Europe, which has engaged States with increasing stakes of legal pluralism²⁴. Notably, the ECHR’s position is severe: starting with *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* (2003), the Court declared the wholesale irreconcilability between Sharia and the European Convention on Human Rights, in a strict manner not even overcome by the later *Molla Sali v. Greece* (2018) ruling²⁵. The Court rejects the legal pluralist dimension, while this hard-line approach has been criticised because it is not unproblematic, inasmuch as «the criticism of Islam as a whole lead to an even more resolute rejection of Western values and radicalisation of Muslim views»²⁶. Contrary to this Global North attitude quite unfriendly to multi-cultural and inter-cultural approaches²⁷, the Global South nations are more open, as witnessed by judgments of the African Court on Human and Peoples’ Rights and the IACHR²⁸.

III. THE UK AMONG SHARIA COUNCILS AND MUSLIM ARBITRATION TRIBUNAL (MAT)

The first country comprising the review is the United Kingdom. In this nation, the immigration from lands within the British Commonwealth – mainly from the Indian Subcontinent and Eastern Africa – has created partings among Muslim communities at the territorial, political and legal tiers.

²⁰ J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in 18 *J. Leg. Plur. Unoff. Law*, 24, 1986, p. 5.

²¹ H. Quane, *supra* note 18, at p. 681.

²² S.E. Merry, *Legal Pluralism*, in 22 *Law Soc. Rev.* 5, 1988, p. 873.

²³ R. Sandberg, F. Cranmer, *The Council of Europe and Sharia: An Unsatisfactory Resolution?*, in 21 *Eccles. Law J.* 2, 2019, p. 212.

²⁴ I. Shahr, *Legal Pluralism and the Study of Shari’a Courts*, in 15 *Islam. Law Soc.* 1, 2008, p. 112–141; J. Auda, *Rethinking Islamic law for Europe. The concept of the Land of Islam*, in M. Hashas, J.J. De Ruiter, N.V. Vinding (eds.), *Imams in Western Europe. Developments, Transformations, and Institutional Challenges*, Amsterdam, 2018; P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari’ah councils in Inghilterra*, Torino, 2020.

²⁵ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], app. no. 41340/98 (2003); *Molla Sali v. Greece* [GC], app. no. 20452/14 (2018).

²⁶ B. Polok, *supra* note 12, at p. 167.

²⁷ W. Kymlicka, *The rise and fall of multiculturalism? New debates on inclusion and accommodation in diverse societies*, in 61 *Int. Soc. Sci. J.*, 61, 2010, p. 97–112; K. Banting, A. Harell, W. Kymlicka, *Nationalism, Membership and the Politics of Minority Claims-Making*, in 55 *Can. J. Pol. Sc./Rev. Canad. Sci. Pol.* 3, 2022, p. 537–560; N. Meer, T. Modood, *How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in 33 *J. Intercult. Stud.* 2, 2012, p. 175–196.

²⁸ E.g., *Amnesty International and Others v. Sudan*, African Commission on Human and Peoples’ Rights, Comm. No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999); *Saramaka People v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights (2007).

From the 1970s onwards, Muslims in the UK began to restrain their family law, including precise regulations for the celebration and annulment of marriage²⁹. After few decades of 'stillness' the legal publications flared a vibrant debate in 2008, following a lecture by the Archbishop of Canterbury, Rowan Williams, who proposed to open up to Sharia law, claiming that the expansive use of spiritual rules by members of the Islamic belief would make it feasible to harmonise spiritual rules with State law³⁰. A wide-ranging argument followed, taking on the shapes of what has been called a 'tabloid outrage'³¹ and revealing Islamophobia in the British context, which has been described as «ethnic nationalism characterised by structural and cultural racism based on anti-immigrant, anti-minority and anti-Muslim rhetoric»³².

Behind this clash, the informal marriage practices of Muslims, lacking recognition by the country's official law, foster the emergence of religious justice structures.

The so-called Sharia Councils, which operate informally and at the risk of violating the human rights of women and the minor children of couples, are alienating Muslims from the State. The only court formally recognised by the UK, the Muslim Arbitration Tribunal (MAT), is failing to meet the communities' demands, because «Muslims have deep disagreements on the nature of marriage and its legal and religious consequences, facts that give them reason to support legal pluralism»³³.

The issue of Sharia Councils is surely controversial. According to Zee, these informal and unregistered councils apply Sharia in all areas of law, coming into conflict with the state by creating a parallel legal system³⁴. Conversely, other authors confirm that «95% of the case load for Sharia Councils encompasses women seeking divorce, of whom women in unregistered 'Islamic' marriages form the predominant majority as they have no recourse to the English courts to dissolve their union should they so choose»³⁵. As a result, Islamic communities' claims of legal pluralism are severely limited to family law. The necessity to engage Sharia Councils stems, indeed, from the need to appear divorced in the eyes of the community, which is considered just as important as a civil divorce. In the want of an Islamic judge, this absence must be compensated by granting the wife's request for dissolution in the Quranic cases or by ratifying the husband's unilateral divorce.

The position of the MAT is a different one. This tribunal, which is very important in sketching the main features of Muslim law in the UK, offers legally binding arbitration based on Islamic law. It operates under Secc. 46 and 66 of the *Arbitration Act* (1996)³⁶. However,

²⁹ Cf. S. Poulter, *Ethnicity, Laws and Human Rights: The English Experience*, Oxford, 1998, p. 196 ff.

³⁰ R. Williams, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective*, in 10 *Eccles. Law J.* 3, 2008, p. 262-282.

³¹ See J. Wilson, *The Sharia Debate in Britain: Sharia Councils and the Oppression of Muslim Women*, in 1 *Aberd. Stud. Law Rev.* 4, 2010, p. 46.

³² According to T. Abbas, *Islamophobia as racialised biopolitics in the United Kingdom*, in 46 *Philos. Soc. Crit.* 5, 2020, p. 498, «populism, authoritarianism and white supremacy are the paradigms that dominate political thinking in relation to questions of difference, diversity and division in societies across the global north».

³³ B. Clark, *Legally Pluralist and Rights-Based Approaches to South African and English Muslim Personal Law – A Comparative Analysis*, in 53 *Comp. Int. Law J. South. Afr.* 2, 2020, p. 4.

³⁴ M. Zee, *Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils. Untangling the Debate on Sharia Councils and Women's Rights in the United Kingdom*, in 16 *J. Relig. Soc.*, 2014, p. 3. This view is fairly endorsed by E. Manea, *Application of Islamic law in the UK and universal human rights*, in 29 *Rev. Estud. Int. Mediterr.*, 2020, p. 73.

³⁵ S.S. Ali, *Authority and authenticity. Sharia councils, muslim women's rights and the English courts*, in 25 *CFLQ* 2, 2013, p. 132.

³⁶ *Arbitration Act* (1996), Sec. 46: «(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute: (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or; (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. (2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules. (3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable». *Arbitration Act* (1996),

though the MAT may deliver judgments enforced as legally binding by the civil courts, it is not interested in marital issues, thereby failing to address this crucial topic in conformity with the English rules. Those examples display «two moments of the same more general phenomenon of the aspiration of those belonging to the same religious creed to see individual aspects of their life regulated by precepts of a religious nature»³⁷. Comparing the two cases, however, it appears that those courts dealing with the most sensitive subjects (Sharia Councils) are not recognised, while the MAT – which acts as a hinge between the systems – fails to satisfy general demand.

The real breaking point of the system is the unregistered Muslim marriage (the so-called ‘nikah-only marriage’). According to contemporary estimations, around 75-80% of Muslim marriages celebrated on British ground are not registered³⁸: this is a result of a legislation (Marriage Act, 1949; Matrimonial Causes Act, 1973) which is rigid and based on a set of formal requirements that British-Muslim couples often fail to comply with³⁹. When these marriages are brought before the civil courts, they are ultimately declared as non-existent marriages, denying the weaker party of the financial support that could even be granted in the face of a decree of nullity: thereby, «the inaccessibility of the courts means that those married under Sharia Law have to obtain religious divorces from religious and cultural tribunals instead of resorting to the courts»⁴⁰, bringing a serious *vulnus* to women’s and children’s rights, which are pushed into a religious court that may not, in all cases, make binding rulings on their behalf. If, on the one hand, it is clear that «the role of the law in this context is to balance two rights of equal constitutional importance»⁴¹ on the other, the case law has failed to resolve this conundrum, as the decision in *Akhter v Khan* (2018), which qualified these marriages as void rather than non-existent, was overturned on appeal two years later⁴².

This opens up the chance to relate the UK’s difficulties in accommodating Muslim marriage practices, which tend to the existence of informal religious tribunals, to the model of legal pluralism that best defines the actuality of the country. The British-Muslim community bears both the features of a ‘nomos’, in creating and implementing its own rules, and of a ‘semi-autonomous social field’, in interacting with its system of rules and that of British civil law. At the same time, failing to link Muslim legal institutions to the judicial system creates a *strong legal pluralism*. The lack of dialogue between the courts and the *Sharia Councils* reinforces this argument, while «better protection could be achieved by state regulation of religious and

Sec. 66: «(1) An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect. (2) Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award. (3) Leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award [...]». For practical details regarding the legislation see M. Zee, *supra* note 35, at p. 5.

³⁷ E. Odorisio, *The Muslim Arbitration Tribunal (MAT)*, in 11 *Comp. L. Rev.* 1, 2020, p. 80.

³⁸ S. Gondal, *Limping marriages: a problem cured or hidden?*, in 51 *Fam. L.*, 2021, p. 1181.

³⁹ By now, the bibliography is huge: since it is not convenient to review the full case at this stage, we would refer to R. Probert, S. Saleem, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in 7 *Oxf. J. Law Relig.* 3, 2018, p. 376-400; R. Akhtar, *Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives*, in 7 *Oxf. J. Law Relig.* 3, 2018, p. 427-454; V. Vora, *The Continuing Muslim Marriage Conundrum: The Law of England and Wales on Religious Marriage and Non-Marriage in the United Kingdom*, in 40 *J. Muslim Minor. Aff.* 1, 2020, p. 148-162.

⁴⁰ B. Clark, *supra* note 34, at p. 9 ff.

⁴¹ J. Wilson, *supra* note 32, at p. 52.

⁴² *Akhter v. Khan*, [2018] EWFC 54; *HM Attorney General v. Akhter*, [2020] EWCA Civ 122.

cultural practices, including Islamic arbitration»⁴³: contrariwise, Muslim communities create a 'hybrid law' named *Angrezi Shariat*, which is far below human rights protection standards⁴⁴. As long as the touchpoints are narrow⁴⁵, it is obvious that «failure to formally recognise Islamic legal institutions operating in Britain would force these institutions to continue operating in the private sphere, where women are at the mercy of their communities», whereas «by formalising the Sharia Council and subjecting Islamic legal institutions to secular state regulation, arbitrators could be encouraged to comply with national human rights and gender equality legislation»⁴⁶.

IV. APPROPRIATE GOVERNANCE FOR THE MINORITY GROUPS IN THE FINNISH SYSTEM?

The aforementioned scenario is fundamentally at odds with the Finnish example for many reasons. The relationship between Muslim Communities and the State has been studied for a short time in this country, nevertheless, the issue is a well-known one to Nordic scholars. The latter have been reasoning at length on how the arising of Islamic courts in the West may manifest themselves⁴⁷.

In Finland, the history of Muslim residents is a young one. Apart from the only community with historical ties to the region, i.e. the Tatars, that dates back to the 19th Century, Muslims came in between the 1980s and 1990s and stayed small in population numbers at a maximum of 100,000 individuals, thus avoiding both marginalisation and radicalisation. Hence, a public debate centred upon the 'Islamic dilemma' is absent in the country⁴⁸.

We have already noticed how one precise moment of a clash between Islamic practices in the European context and national states lies in the parting between Muslim wedding traditions and State legislation. The first *Finnish Marriage Act*⁴⁹ entrusted all religious congregations with the right to celebrate marriages: in case of Islam, the *Freedom of Religion Act* (2003), which recognises Muslims as a religious community, reinforces these provisions⁵⁰. Under the *Performing of Marriage Ceremonies* (2008), the local register office ('maistraatti'), following a request, gives authorisation to a religious celebrant, who is free to perform a legally binding marriage: the marriage certificate is, subsequently, registered by the same

⁴³ J. Wilson, *supra* note 32, at p. 51.

⁴⁴ D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, III, London, 1998; I. Yilmaz, *Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law*, in 21 *J. Muslim Minor. Aff.* 2, 2001. See: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1782170>; A.A. Ahmed, *Anglophone Islam: A new conceptual category*, in 16 *Cont. Islam.* 2, 2022, p. 135-154.

⁴⁵ *Uddin v. Choudhury*, [2009] EWCA Civ 1205.

⁴⁶ J. Wilson, *supra* note 32, at p. 63. See also VV.AA., *The independent review into the application of sharia law in England and Wales*, 2018.

⁴⁷ J. Petersen, *The Islamic Juridical Vacuum and Islamic Authorities' Role in Divorce Cases*, in 1 *Nord. J. L. Soc. Res.* 10, 2021, p. 71 ff. Later on, Petersen himself observes: «women therefore rely on their husbands consent if they want an Islamic divorce that is accepted socially but in cases of disputes there are no legal institutions that can hear their cases. For this reason, some women start searching for court-like institutions that can play the role of an Islamic court or Islamic authorities who can play the role of an Islamic judge. In other words, it is not the imam or Islamic religious authority who tries to uphold a jurisdiction, he is cast in the role of a sort of quasi Islamic judge by a demand among a segment of Muslim women».

⁴⁸ Cf. M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *Between 'Official' and 'Unofficial': Discourses and Practices of Muslim Marriage Conclusion in Finland.*, in 7 *Oxf. J. Law Relig.* 3, 2018, p. 461 ff.

⁴⁹ *Marriage Act* (1929), act no. 234/1929.

⁵⁰ See M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *Governing Divorce Practices of Somali Finnish Muslims: Does Religious Literacy Matter?*, in I. Rissanen, M. Ubani, T. Sakaranaho (eds.), *The Challenges of Religious Literacy. The Case of Finland*, Cham, 2020, p. 58.

celebrant⁵¹. Thanks to these circumstances, the spiritual communities in Finland are entitled to enter into legally binding marriages via authorised people: so, they perform «marriages [...] as valid as civil marriages concluded at a notary office»⁵². This shows a notable tendency in cooperation on the part of both religious authorities and the State. As stressed by M. Al-Sharmani and S. Mustasaari, differently from what occurs in the prevalence of Western countries, «some mosques — in their roles as officially registered religious communities undertaking the responsibility of attending to the spiritual needs as well as the integration of Muslim families into the larger society — promote Muslim marriage and divorce practices that combine and reconcile between Islamic and Finnish laws»⁵³. This encourages a renewed understanding of secular and religious law as two pillars of an extremely significant stage in the lives of people. This framework of far-reaching liberalisation of matrimonial affairs is reinforced by the lack of penalties for marriages that were concluded informally. Similarly, there is no requirement to perform a civil marriage just before a religious one⁵⁴. This virtuous link is even boosted by the flexibility of marriage laws and the limited number of Muslims in Finland. These conditions promote the development of best practices due to a case law exceptionally careful to protect minorities and migrants⁵⁵: unlike the UK, «disputes about the validity of Muslim marriages or their legal existence have not been reported in Finnish courts»⁵⁶.

The interaction of the Finnish Islamic ‘nomos’ and the State then leads to a kind of *weak legal pluralism*, whereby the State prescribes the general regulations and frees the communities to arrange the marriages along the ritual norms⁵⁷. In addition to bridging the detrimental consequences concerning the weak parties this makes it easier to achieve *joint governance* as first proposed by A. Shachar, resulting in cooperation among the social actors to reach the well-being of the whole citizenship⁵⁸.

The existing situation obviates the desire (for Muslim devotees) to seek for Sharia Council-like bodies, which is not witnessed in Finland: moreover, unregistered and, in turn, not legally binding marriages are decreased to a minimal number. The power of the Finnish model rests on the assertion that «as the state grants the mosque a sense of legal authority it simultaneously grants the religious community a recognized space for exercising religious authority»⁵⁹.

⁵¹ S. Mustasaari, V. Vora, *Wellbeing, law, and marriage. Recognition of Nikah in multicultural Britain and the Finnish welfare state*, in M. Tilikainen, M. Al-Sharmani, S. Mustasaari (eds.), *Wellbeing of Transnational Muslim Families. Marriage, Law and Gender*, I, London/New York, 2019, p. 49.

⁵² M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *Islamic Family Law(s) in Finland: Reflections on Freedom of Religion from the Wellbeing Perspective*, in 58 *Nord. J. Stud. Relig.* 2, 2022, p. 225-226.

⁵³ M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *supra* note 51, at p. 57.

⁵⁴ In M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *supra* note 49, at p. 460 ff, the authors state that «unlike some other European states, the Finnish state has so far not viewed religious marriages as problematic», and, thus, «Finnish law includes no provisions that would [...] penalize religious-only marriages or require that a civil marriage be concluded prior to a religious one».

⁵⁵ See *Finnish Supreme Court*, KKO:2005:84, where the Court upheld the validity of a wedding entered into to circumvent the immigration rules.

⁵⁶ M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *supra* note 49, at p. 473.

⁵⁷ Based on the survey of M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *supra* note 51, at p. 59, it is quite obvious that «for Muslims in Finland, it is often a case of legal pluralism where individuals use both Finnish and Islamic legal systems to organize their marriages and divorces».

⁵⁸ A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001.

⁵⁹ M. Al-Sharmani, S. Mustasaari, *supra* note 49, at p. 467.

V. CLASH, CONCURRENCY AND INFORMAL LAW IN THE NETHERLANDS

The situation in the Netherlands is even slightly non-identical to what has been reported in UK and Finland. It is, we would suggest, stuck someway in the midpoint of the two foregoing models.

The Dutch are historically oriented towards a deep pluralism in the governance of their societies. Between the two World Wars – and more accurately since the 1950s – the so-called ‘Pillarisation’ model became well established in the Netherlands. The Dutch population was partitioned into several pillars (‘zuilen’) on the grounds of their religious (i.e. Catholic pillar, Protestant pillar) as well as political (i.e. Socialist pillar, Liberal pillar) memberships, in which groups could arrange themselves separately and autonomously⁶⁰. Under this system, which lasted until the late 1970s, the Netherlands was split into a cluster of parallel, autonomous entities⁶¹.

Regardless, this technique of the government to hold minorities and group rights drastically moved in the later decades, right when more heavy Muslim immigration broke out. Whereas the 1960s and 1970s brought the rise of the two major communities – the one from Turkey and the one from Morocco – their membership in the Islamic faith wasn’t felt to be problematic by Dutch institutions, «in the early 1980s, the number of migrants with an Islamic background had increased considerably, mainly as a result of family reunion, and they became more visible in society»⁶². Thus, the phenomena described as ‘Muslim enclavisation’ grew explosively from this moment onwards⁶³. So on, Muslims in the Netherlands alienate themselves from civil society, not least because «forms of Islamophobia, have influenced Muslims’ lives considerably and also impacted on their social and political participation»⁶⁴. Hence, a narrative that views the Muslim communities as bearers of a stigma increases and the former largely pro-minority approach is displaced by a hard-line assimilationist trend⁶⁵. This relatively rough attitude is also mirrored in the experience of Muslim marriages, which are dealt with in an erratic manner in the Global North countries.

The issue of unregistered Muslim marriages spread on a significant scale from the 2000s onwards and is modelled, similarly to the United Kingdom, in a wholly informal way⁶⁶: even

⁶⁰ J. Rath, R. Penninx, K. Groenendijk, A. Meyer, *The recognition and institutionalisation of Islam in Belgium, Great Britain and the Netherlands*, in 18 *J. Ethn. Migr. Stud.* 1, 1991, p. 57.

⁶¹ The ‘Pillarisation’ scheme is outlined as such by I. Sportel, *Claims-making in court cases on children: Religion, ethnicity, and culture in cases of Dutch minority families against the state*, in 11 *Oñati Socio-Leg. Ser.* 4, 2021, p. 1072: «Since the late 19th century, Dutch society was organised in denominational spheres, called “pillars”, where Catholics, Protestants, and social-democrats – as well as smaller humanist and liberal groups – each had their own political parties, social institutions, trade unions, radio and television programming, and even shops».

⁶² M. de Koning, T. Sunier, ‘Page after Page I Thought, That’s the Way It Is’. *Academic Knowledge and the Making of the ‘Islam Debate’ in the Netherlands*, in 10 *J. Muslims Eur.* 1, 2021, p. 93.

⁶³ T. Sunier, *Islam, locality and trust: making Muslim spaces in the Netherlands*, in 44 *Ethn. Racial Stud.* 10, 2021, p. 1741.

⁶⁴ M. de Koning, T. Sunier, *supra* note 63, at p. 90-91.

⁶⁵ According to I. Sportel, *supra* note 62, at p. 1072, «from the 1990s onwards this minority-based approach, characterised by an ideology of multiculturalism and plurality started to shift. A harsher, more nationalistic and disciplinary discourse of assimilation slowly became dominant». About adverse opinions on Islam in the Netherlands, see J. Rath, R. Penninx, K. Groenendijk, A. Meyer, *supra* note 61, at p. 63.

⁶⁶ A. Moors, V. Vroon-Najem, *Converts, marriage, and the Dutch nation-state. Contestations about Muslim women’s wellbeing*, in M. Tilikainen, M. Al-Sharmani, S. Mustasaari (eds.), *Wellbeing of Transnational Muslim Families. Marriage, Law and Gender*, I, London/New York, 2019, p. 24-26. Those cases had already a poor public reputation from previous periods, insofar as «in the 1970s migration marriages were considered as having a negative impact on the wellbeing of white Dutch women who were allegedly tricked into fraudulent marriages by migrant men, while by the 1980s and 1990s post-migrant women were seen as victims of their families, marrying them off for a high dower to men from the country of origin who were eager to migrate and gain residency rights». This

in this area, the State's reaction is «a broad preventive and repressive approach to counter radicalisation and violent extremism»⁶⁷. First of all, in the Netherlands, it must be noted that the sole civil marriage is legally acknowledged by the Courts: of course, there is room to celebrate a religious marriage, but this one is without any legal relevance if not preceded by a registered civil marriage. As a result, in the presence of a merely religious marriage, the «marriage is not legally recognized and no marital rights can be enforced»: due to this very reason, the various religions organised their courts to manage family law and religious rules. Yet, such a court network doesn't exist in the case of Muslim minorities and unlike in the United Kingdom, they are apparently not even arranged around Islamic councils⁶⁸. Furthermore, the Dutch penal code makes non-compliance with the regulations on civil marriage as well as the performance of a religious ceremony without legal conditions, a criminal offence⁶⁹.

In short, this system is caught in a blatant inconsistency. On the one hand, there is the premise, particularly on the part of politics and lawmaking, that «rules of sharia are contrary to fundamental principles of the Dutch legal order and that, as a consequence, their application in any form should be prohibited»⁷⁰; on the other, the case law embraces a certainly milder line of reasoning – which complies with the State's duty to protect the weaker parties involved in marriage – and recognises the unregistered Muslim marriage as void in the eyes of the law, enabling the judge to provide suitably on the economic aspects of the controversy⁷¹.

The overall impression is that this clash between politics, legislature and case law affects the design of the whole Muslim-State relationship. The atmosphere of rejection against Islamic law, although softened by the Courts' attempt at accommodation which pursue a 'colour-blind approach', keeps Muslims away from the rule of law⁷². On the opposite, the Dutch-Muslim 'nomos' abandons the trail of the courts to «turn to imams of local mosques and other respected 'key persons' in the community to look for workable solutions to their private and family disputes»⁷³. Though there is a lack of well-organised bodies such as the Sharia Councils or the Muslim Arbitration Tribunal (MAT), several investigations show that single imams fulfil a quasi-judicial assistance, offering communities the relief they are unable to secure elsewhere⁷⁴.

theory is also supported by M. Berger, *The Year 2004: Historiographical Issues Concerning Islam in The Netherlands*, in 12 *J. Muslims Eur.* 3, 2023, p. 1-22.

⁶⁷ M. de Koning, T. Sunier, *supra* note 63, at p. 99.

⁶⁸ Cf. M. Berger, *Responding to sharia in the Netherlands*, in 33 *Can. J. Netherl. Stud.* 2, 2012, p. 136-137.

⁶⁹ *Dutch Penal Code* (1886), Artikel 449. See A. Moors, M. de Koning, V. Vroon-Najem, *Secular Rule and Islamic Ethics: Engaging with Muslim-Only Marriages in the Netherlands*, in 6 *Sociol. Islam* 3, 2018, p. 274-296.

⁷⁰ M. Berger, *supra* note 69, at 140, who also argues: «However, the domestic setting out of court provides a different picture. If one were to apply the fundamental principle of gender equality to any kind of relation and situation within the Netherlands, then surely many religious rules in this respect would have to be abandoned: the Catholic church should allow female priests, Protestant schools should be denied their right to refuse non-Protestant pupils and staff, and a Jewish divorce should not be the exclusive prerogative of the husband but also the right of the wife».

⁷¹ For example, *Hoge Raad* 17 juni 2005, LJN: AS9035. For more details M.F. Cavalcanti, *Le interazioni tra ordinamento giuridico e ordinamento islamico: pluralismo giuridico e marital captivity nel Regno Unito e nei Paesi Bassi*, in DPCE online [S.I.], 50, 2022, p. 1446 ff.

⁷² Cf. I. Sportel, *supra* note 62, at p. 1072-1079.

⁷³ A. Muradin, *Religious Authority and Family Dispute Resolution among Moroccan Muslims in the Netherlands*, in 11 *J. Muslims Eur.* 1, 2022, p. 54.

⁷⁴ *Ibid.*, at p. 56 ff. See also E. Van Eijk, *Khul' Divorce in the Netherlands*, 26 *Islam. Law Soc.* 1/2, 2019, p. 36-57.

So, the legal pluralism in the country incorporates a slightly *weak* tendency – which is embodied in the activities of the Courts and fails to reconcile the social fabric – that ends in a *strong legal pluralism* as Islamic worshippers can self-administer their family law through informal channels, thus competing with the State.

VI. SOME CONCLUDING REMARKS

We trace here some potential findings based on the previous examination. The research demonstrates that the belief of the Western legal orders as enclosed systems – mainly ruled by the centrality of State law as the only source of lawfulness – is quite unrealistic.

Conversely (*supra*, Sec. II), legal pluralism represents the existing state of affairs in the West and it varies radically in accordance with the reaction shown by the State, for example, to claims coming from religious groups on the territory. The presence or the absence of dialogue between the State and the communities ultimately does not witness the existence or non-existence of legal pluralism, but merely its descriptive typology⁷⁵.

Among the three paradigms scrutinised, the United Kingdom (*supra*, Sec. III) showed the most harsh features, as well as the largest gap between State and Muslim ‘nomos’. While facing a huge number of informal marriages performed by this community, the Courts fail to lead these unions into the State-sanctioned legal framework. Consequently, some literature describe this approach as a ‘laissez-faire attitude’ which drives Muslims towards unofficial judicial bodies, i.e. the Sharia Councils that operate in the shadows and, at times, in conflict and in competition with State law⁷⁶. On the contrary, the Muslim Arbitration Tribunal (MAT) is not chosen for marriage disputes, which are settled in a dimension of strong legal pluralism, thus promoting the creation of parallel justice systems right alongside the State.

The Finnish situation is quite the opposite since we find a very positive understanding of power-sharing towards religious communities, which includes the Muslim one (*supra*, Sec. IV). Here, «rather than being something that rigidly follows from one particular norm, ‘legality’ is [...] something constructed and mutually defined by the various sources of authority»⁷⁷: the cooperation which arises amongst the law, Courts and group practices – set up in a context of *weak legal pluralism* – wipes out the problematic issues affecting other European countries. There is, accordingly, neither an alternative justice system nor a precise issue related to the recognition of unregistered marriages: basically, «Muslim marriages have not been the focus of much public debate»⁷⁸.

Lastly, a *tertium genus* affects the Netherlands (*supra*, Sec. V), where formally *weak legal pluralism* is in place, but, at the same time, it is possible to spot the shadow of *strong legal pluralism*. Indeed, although Dutch history displays a highly sympathetic attitude to organising society into several different groups, its politics radically shifted approach in coincidence with the rise of the Muslim population. Right from the very beginning, «much literature on [...] Muslim marriages» assumed «a state-centric point of view, considering such marriage as a threat to the integrity of the nation-states»⁷⁹ and portrayed the situation as pernicious. As an outcome, besides a body of legislation that strives to hold Muslim customs out of the scope of the law, the Courts in this country sought to safeguard vulnerable parties. Nonetheless,

⁷⁵ On those matters A. Büchler, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Farnham, 2011; M. Burchardt, I. Michalowski (eds.), *After Integration. Islam, Conviviality and Contentious Politics in Europe*, Wiesbaden, 2015.

⁷⁶ Cf. S.S. Ali, J. Jones, A. Shahid, *To register or not to register? Reflections on Muslim marriage practices in Britain*, 1 Nord. J. L. Soc. Res. 10, 2021, p. 30 ff.

⁷⁷ S. Mustasaari, M. Al-Sharmani, *supra* note 49, at p. 457.

⁷⁸ *Ibid.*, at p. 461.

⁷⁹ A. Moors, V. Vroon-Najem, *supra* note 67, at p. 27.

this hasn't avoided the emergence of self-regulating Islamic policy-making institutions, often embodied by single imams.

Ultimately, it is clear that European society is forced to deal with the Muslim communities living across the Continent. This dynamic 'nomos' obliges a tense encounter that throws into argument the Western notion of the unity of law. Setting due limits in terms of respect for human rights, we observe how European countries still struggle to accept some flexibility of the legal system, opening up to some forms of *weak legal pluralism*. Nevertheless, when this happens, the experiences are extremely positive and it is possible to manage the complexity of contemporary social fabric in a more harmonious manner⁸⁰.

⁸⁰Cf. B. Polok, *supra* note 12, at p. 168.

LA “POLARITÀ” POLITICO-RELIGIOSA NELL’ISLAM COME STRUMENTO DI
COOPERAZIONE PER LA STABILITÀ INTERNA.
IL CASO DEL GRAN MUFTÌ DI EGITTO

Ornella Giardini

SOMMARIO

I. IL CONFRONTO CON IL MONDO ISLAMICO. – II. LA “POLARITÀ” POLITICO-RELIGIOSA NELLE ESPERIENZE GIUSPUBBLICISTICHE ISLAMICHE. – III. L’EGITTO: IL PRINCIPALE “LABORATORIO” DELLA “STATUALIZZAZIONE” DELL’ISLAM. – IV. IL GRAN MUFTÌ DI EGITTO E LA COOPERAZIONE CON L’ESECUTIVO PER LA STABILITÀ INTERNA. – V. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE FUTURE.

A partire dalle “Primavere arabe”, la dottrina comparatistica ha intensificato la propria attenzione sulle dinamiche giuspubblicistiche dell’Islam mediterraneo, sunnita nella sua quasi totalità, portando alla luce i limiti di alcune categorie interpretative tipicamente europee. In particolare, è emerso come il rapporto tra religione e vita pubblica non possa essere letto né in termini di laica separazione né in termini di teocratica fusione. Si può parlare, piuttosto, di una “polarità” politico-religiosa. Inoltre, risulta complicato comprendere come l’abbinamento tra la collocazione della Shari‘ah al vertice delle fonti e la presenza di una Suprema Corte costituzionale abbia portato, ad esempio, in Egitto, a un forte ridimensionamento del ruolo delle autorità islamiche, consentendo riforme non solo in ambito economico, ma anche nell’ambito dei diritti (ad esempio delle donne e dei cristiani), pur in un quadro sostanzialmente autoritario. Quella “polarità”, infatti, ben si comprende alla luce del paradigma comunitaristico che continua a dominare le esperienze politiche dell’Islam mediterraneo, al di là delle pur significative esperienze statual-nazionali realizzate nel suo ambito, ed è proprio sul terreno dell’amministrazione della giustizia che tale “polarità” emerge con maggiore evidenza. In Egitto, il Presidente della Repubblica al-Sisi non solo ha tenuto una serie di lezioni di “universalismo islamico moderato” ad Al-Azhar, ma ha anche promosso la nomina di un cristiano a capo della Corte costituzionale, ovvero al vertice dell’istituzione cui spetta, in ultima istanza, di valutare la coerenza di una legge con la Shari‘ah.

In particolare, verrà qui analizzato il rapporto tra il Gran Mufti e il vertice dell’Esecutivo, esempio classico di “polarità” politico-religiosa, qui declinata come cooperazione tra l’autorità religiosa e quella politica per la risoluzione delle tensioni e per la tutela della stabilità. Tutto ciò, tenendo conto delle rivalità strategiche che caratterizzano l’odierno confronto tra le diverse anime del mondo islamico.

Starting from the “Arab Spring”, Comparative Doctrine has intensified its attention on dynamics related to Public Law of Mediterranean Islam, bringing to light the limits of some typically European interpretative categories. In particular, it emerged that the relationship between religion and public life cannot be interpreted neither in terms of secular separation nor in terms of theocratic fusion. We can speak, rather, of a political-religious “polarity”. Furthermore, it is difficult to understand how the combination between the Shari‘ah at the top of the legal sources and the presence of a Supreme Constitutional Court have led, for example, in Egypt, to a strong reduction in the role of the Islamic authorities, allowing reforms not only in the economic field, but also in the context of rights (for example for women and Christians).

That “polarity”, in fact, is well understood in light of the Communitarian paradigm that characterizes most political experiences of Mediterranean Islam, despite relevant state-national experiences. It is precisely in the field of the administration of justice that this “polarity” emerges in a significant way. In Egypt, the President of the Republic al-Sisi promoted lessons of “moderate Islamic universalism” in Al-Azhar, and promoted the appointment of a Christian as head of the Constitutional Court. In particular, the relationship between the Grand Mufti and the President will be analyzed here, as an example of political-religious “polarity”, here expressed as the cooperation between the religious and political authorities with the purpose of ensuring national stability.

Keywords: diritto islamico, Shari‘ah, Din wa Dawlah, statualizzazione dell’Islam, Gran Mufti

I. IL CONFRONTO CON IL MONDO ISLAMICO

Tra le conseguenze a medio e lungo termine dello scioglimento dei ghiacci della Guerra fredda, particolare rilievo viene attribuito alla riemersione di ideologie e strategie geopolitiche, prevalentemente di segno anti-occidentale, rimaste a lungo “congelate” nel bipolarismo USA/URSS, dall’eurasiatismo di segno panslavista russo al neo-ottomanesimo turco, fino alle odierne elaborazioni della via cinese alla pace e alla prosperità globale.¹ Il crescente *gap* tra lo sviluppo della tecnologia, che ha un andamento esponenziale, e lo sviluppo degli strumenti giuridici e politici, che segue un andamento lineare,² favorisce il diffondersi di un sentimento di scetticismo nei confronti della democrazia e dello stato di diritto, mentre i processi di interconnessione globale e di “deteritorializzazione”, a dispetto di tutte le teorie sulla de-globalizzazione,³ mettono a dura prova quei paradigmi “vestfaliani” che, pur tra mille contraddizioni e con mille varianti, hanno presieduto allo sviluppo delle esperienze giuspubblistiche occidentali.⁴

In questo contesto di (per parte della dottrina, beninteso, presunta, ma su questo non possiamo qui diffonderci) crisi del diritto pubblico occidentale,⁵ il “principio ordinatore islamico”, di segno comunitaristico, basato sull’universalità della Comunità islamica, sembra essere particolarmente “adattabile” alla nuova era, anche a dispetto delle profonde divisioni e intense rivalità che oggi attraversano la *Ummah*. A favore di quella adattabilità sembrerebbero militare, in particolare, alcuni fattori: la già citata interconnessione globale, che rende inevitabile il confronto con “paradigmi alternativi”; i crescenti flussi migratori verso il Vecchio Continente, uniti al basso tasso di natalità in Occidente; la crescente rilevanza geopolitica dell’odierno confronto tra le varie anime dell’Islam contemporaneo, specie dell’Islam mediterraneo.⁶ Le teorie sulla cosiddetta “alternativa islamica”⁷ alimentano, da qualche decennio, studi sul ruolo attivo svolto dalla cultura islamica nello sviluppo della società moderna e della stessa civiltà occidentale. Interessante, ad esempio, il caso degli studi sulle origini islamiche del *Common Law*, in conseguenza dei rapporti arabo-britannici sviluppatisi al tempo delle Crociate. Si è sottolineato, ad esempio, come sia da ricondurre alla teologia islamica il rapporto, tipico dell’esperienza giuridica anglosassone, tra la scepse sulla possibilità di una compiuta ed esauriente rappresentazione del mondo, e la preferenza per la dimensione giurisprudenziale rispetto alla codificazione o alla sistemazione dottrinale. Poco importa che quella scepse, nel mondo anglosassone, abbia una radice sostanzialmente individualistica ed empiristica, mentre nell’Islam si sviluppi all’interno di una rigorosa teologia dell’incommensurabilità della dimensione umana e di quella divina.⁸ Anzi, questa diversa radice starebbe, per l’appunto, a dimostrare la maggiore completezza della visione islamica del diritto. La stessa tesi dell’incompatibilità tra Islam e Costituzionalismo, dovuta all’assenza o estrema debolezza della dimensione territoriale nell’esperienza politica dell’Islam, sostenuta dallo studioso greco-americano Panayotis Vatikiotis, subisce un ribaltamento di significato

¹Cfr. C. Sbailò, *Europe’s Call to Arms, Philosophical Roots and Public Law Profiles of the Confrontation with the Monster of the 21st Century: Westernization without Democratization*, Baden Baden, 2023.

²Sullo sviluppo esponenziale della tecnologia, cfr. A. Azhar, *Exponential. How Accelerating Technology is leaving Us Behind and What to do about it*, Londra, 2021.

³Sull’interconnessione, cfr. P. Khanna, *Connectography. Mapping the Global Network Revolution*, Londra, 2016, p. 7-12.

⁴Cfr. C. Sbailò, *Dall’11 settembre all’emergenza Covid-19: sicurezza nell’età della bebelarchia (2001-2021)*, Napoli, 2021, p. 13-14.

⁵Cfr. C. Sbailò, *Sul sentiero della notte – La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa, 2020, p. 14 e ss.

⁶Cfr. A. Davutoglu, *Alternative Paradigms*, Lanham, 1993.

⁷Cfr. M. Campanini, *L’alternativa islamica*, Milano, 2012.

⁸Cfr. L. Rosen, *The Justice of Islam. Comparative Perspectives on Islamic Law and Society*, Oxford, 2002, p. 40 e ss.

politico.⁹ Secondo Vatikiotis, infatti, il *Rule of Law*, in ambito islamico, non potrà mai affermarsi per ragioni antropologico-culturali, in quanto – facciamo qui una sintesi un po' brutale – lo Stato, nel mondo islamico, ha un significato ideologico, non territoriale. Questo, però, significa, paradossalmente, che il modello islamico risulta particolarmente adatto alle dinamiche politiche del mondo globalizzato, segnato dal declino del modello "vestfaliano". Si fanno, a tal proposito, gli esempi del costante emergere di affiliazioni di natura comunitaristica-tribale anche in Occidente (ad, esempio, al fenomeno delle Corti sciaraitiche nel Regno Unito) o della crisi del "secolarismo di Stato" in Francia.¹⁰

Tutto ciò ha spinto la dottrina comparatistica, specialmente quella italiana, ad intensificare, in particolar modo a partire dalla Primavera araba, la propria attenzione sulle dinamiche giuspubblicistiche dell'Islam mediterraneo, portando alla luce i limiti di alcune categorie interpretative tipicamente occidentali, che non sempre possono essere utilmente adoperate per comprendere le dinamiche comunitaristiche tipiche del mondo islamico.

Ancor prima della Primavera araba del 2010-11, s'è discusso, in dottrina e nell'opinione pubblica, sulle gravi conseguenze geopolitiche dei vari tentativi, ciclicamente compiuti, di esportare non solo la democrazia occidentale, ma lo stesso paradigma vestfaliano.¹¹ È emersa, in questo senso, una sorta di continuità "ideologica" tra gli Accordi di Sykes-Picot del 1916, stipulati per definire territorialmente le sfere di influenza inglesi e francesi a seguito della sconfitta dell'Impero Ottomano, fino alla Dottrina del "Grande Medio Oriente" (2004), secondo la quale la stabilità planetaria e la sicurezza dell'Occidente sarebbero state garantite dall'esportazione della democrazia in un'area compresa tra il Maghreb, il Corno d'Africa e il Kazakhstan.¹²

In particolare, è emersa l'impossibilità di circoscrivere la *Ummah* islamica dentro confini territoriali definiti, a causa, appunto, del suo carattere universale (si pensi, ad esempio, che un musulmano in Egitto e uno in Francia sono entrambi membri della stessa comunità e, per fare un esempio, accedono alle stesse fonti letterarie, artistiche e culturali). Allo stesso modo, è risultato spesso complicato comprendere come il rapporto tra religione e vita pubblica, nell'Islam, non possa essere letto né in termini di laica separazione (concetto tipicamente

⁹ Cfr. P. Vatikiotis, *Islam and the State*, Londra, 1987, p. 42-63.

¹⁰ I Paesi occidentali presentano approcci differenti in tema di gestione delle crescenti affiliazioni tribali. Nel Regno Unito, la visione multiculturale, sostenuta, ad esempio, dalla presenza di Corti sciaraitiche, sembra dimostrare un'estrema tolleranza religiosa, cfr. D. Torrance, *Sharia law courts in the UK*, London, House of Commons Library, 2019. Al contrario, in Francia, l'approccio assimilazionista, si basa sui valori di laicità e secolarizzazione promossi dalla Repubblica, vietando qualsiasi forma di simbolismo religioso, considerato una minaccia all'unità nazionale (*Legge n. 2021-1109* (agosto 2021, consultabile su: <https://www.assemblee-nationale.fr>). Infine, in Italia, nonostante l'art. 8 della Cost. sui rapporti tra la Repubblica e le comunità religiose, non è stato possibile stipulare un'intesa con la comunità islamica, a causa dell'assenza di un capo universalmente riconosciuto dalla comunità (non esiste una gerarchia religiosa nel sunnismo). Allo stesso tempo, si è discussa la possibilità di istituire un registro nazionale degli *imam*, cfr. C. Sbailò, *Testo dell'audizione resa il 14 novembre 2017 innanzi alla I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), nel corso dell'esame delle proposte di legge c. 2976 e c. 3421 recanti disposizioni in materia di istituzione del registro pubblico delle moschee e dell'albo nazionale degli imam*, in *Osservatorio AIC*, III, 2017, p. 435.

¹¹ Il paradigma "vestfaliano" nasce con la pace di Vestfalia nel 1648 e delinea la concezione territoriale degli Stati-nazione. Infatti, per il modello vestfaliano i soggetti dello spazio politico globale sono esclusivamente gli Stati. Quindi, ne consegue che la rappresentazione dello spazio politico si articola secondo i principi della fisica classica, in base ai quali esiste «congruenza e simmetria tra agenti decisori e ambiti in cui le decisioni hanno effetto». Cfr. C. Sbailò, *Dall'11 settembre all'emergenza Covid-19*, cit., 174; D. Held, A. Fane Hervey, *Democracy, climate change and global governance*, Londra, 2009, p. 5.

¹² Sulla "Dottrina del Grande Medio Oriente", cfr. *The Greater Middle East Initiative*, in *Aljazeera*, 2004, consultabile su: <https://www.aljazeera.com>; J. Al Tamimi, *The 'New Middle East' and its 'constructive chaos'*, in *Gulf News*, 2013, consultabile su: <https://gulfnews.com>; C. Sbailò, *Dall'11 settembre all'emergenza Covid-19*, cit., p. 168.

occidentale), né in termini di teocratica fusione (questo per quanto riguarda, in particolare, il mondo sunnita, vale a dire la componente islamica dominante). Piuttosto, si parla di una “polarità” (*Din wa Dawlah*, religione e spazio pubblico), ovvero di una stretta interconnessione, che prevede l’influenza della religione in tutti gli ambiti della società, ma che ha anche permesso, come si vedrà, al potere politico di “controllare” il potenziale eversivo religioso islamico.¹³

II. LA “POLARITÀ” POLITICO-RELIGIOSA NELLE ESPERIENZE GIUSPUBBLICISTICHE ISLAMICHE

Tale “polarità” si esprime in maniera emblematica nella strategia costituzionale della “statualizzazione” dell’Islam – volta ad un controllo politico del potenziale rivoluzionario islamico, per il mantenimento dello *status quo* nell’area –, tipica di alcune esperienze giuspubblicistiche islamiche, a partire da quella marocchina, elaborata, poi, con vari adattamenti dentro altre esperienze islamiche, come quella egiziana.¹⁴ All’interno del conflitto intrasunnita (in arabo *fitna*) in corso nell’area MENA, tale istanza si contrappone a quella dell’“islamizzazione” della società – promossa dall’Islam popolare (come, ad esempio, dalla Fratellanza musulmana), e volta alla creazione dal basso di un’alternativa islamica alla società occidentale.¹⁵

L’esperienza “statualizzatrice” marocchina si incentra, in particolar modo, sulla figura del Sultano (ora del Re),¹⁶ posta a custodia dell’Islam (il Principe del Marocco è anche Principe dei Credenti, art. 41 Cost., a tutela delle libertà e dei diritti delle tre religioni monoteiste: Ebraismo, Cristianesimo e Islam) e dell’interesse del popolo, attraverso, appunto, un’interpretazione in chiave stabilizzatrice del principio della “polarità” politico-religiosa,¹⁷ grazie alla quale il Marocco può vantare della sua reputazione di Paese moderato e contrario all’estremismo religioso (Si pensi, ad esempio, che nel 2004, il Sovrano ha tenuto un discorso sulla necessaria modernizzazione e moderazione dell’ambito religioso).¹⁸

Similmente, in Tunisia, la nuova svolta iper-presidenzialistica di Sa’id sembra essere volta alla limitazione dell’influenza dell’Islam popolare, accusato dal Presidente di corruzione. A tal proposito, lo stesso Sa’id ha accusato il *leader* del partito islamico *Ennahda* di riciclaggio di denaro e ha, attraverso il nuovo Testo costituzionale del 2022, rimosso il riferimento all’Islam come religione di Stato (ex art. 1 Cost. 2014), inserendo l’art. 5: «(...) lo Stato da solo deve lavorare, in un sistema democratico, per raggiungere gli obiettivi del puro Islam nel preservare la vita, l’onore, il denaro, la religione e la libertà». In altri termini, il Presidente

¹³ Sull’universalità spazio-temporale della *Ummah* e sul *Din wa Dawlah*, cfr. C. Sbailò, *The re-expansion of the Islamic ordering principle in a Comparative Constitutional Perspective*, in *Comp. L. Rev.*, 7 1, 2016, p. 10-11.

¹⁴ Cfr. C. Sbailò, *Principi sciariitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico*, Padova, 2012, p. 191-218.

¹⁵ Si pensi che l’ideologia dei Fratelli musulmani si basa sul carattere “popolare”, volto all’islamizzazione dal basso, senza la guida di uno Stato. Per questo motivo, l’ideologia veniva diffusa principalmente in contesti sociali, come scuole e librerie. Cfr. M. Affan, *Competing Models of the Modern Islamic State: Wahhabi vs. Muslim Brotherhood Ideologies*, American University in Cairo, Master’s Thesis, 2014. AUC Knowledge Fountain; sui Fratelli musulmani, cfr. M. Campanini, K. Mezran (a cura di), *I Fratelli musulmani nel mondo contemporaneo*, Torino, 2010.

¹⁶ Il Sultano del Marocco Muḥammad V divenne primo Re nel 1957, dopo la fine del protettorato francese.

¹⁷ È proprio grazie a tale interpretazione in chiave stabilizzatrice della “polarità” politico-religiosa che il Marocco, al contrario di altri Paesi del Nord Africa, non è stato colpito dalla Primavera araba. Infatti, il Re, nonostante alcune proteste popolari del “Movimento del 20 febbraio” (2011-2012) e, successivamente del *Ḥirāk al-ša’abi* (il movimento del popolo), tra il 2016 e il 2017, è rimasto saldamente al potere. Cfr. T. Desrués, *Le Mouvement du 20 février et le régime marocain: contestation, révision constitutionnelle et élections*, in *L’Anée du Maghreb*, 8, 2012, p. 359-389; A. Suárez-Collado, “*Le temps des cerises*” in *Rif: Analysis of a Year of Protests in Northern Morocco*, in *CIDOB*, 2017.

¹⁸ Cfr. *Discours royal relatif à la restructuration du champ religieux au Maroc*, Ministère des Habous et des Affaires Islamiques, 2004.

sembrerebbe candidarsi a guidare un processo di ulteriore ammodernamento dell’Islam nazionale.¹⁹

Infine, la “polarità” politico-religiosa, sulla quale si basa la “statualizzazione” dell’Islam, ha permesso al Presidente egiziano al-Sīsī, come si vedrà, di “fare lezione di Islam” moderato ad Al-Azhar, la più autorevole istituzione islamica del mondo sunnita, promuovendo un messaggio islamico di moderazione. Inoltre, ha anche concesso allo stesso al-Sīsī di promuovere la nomina di un cristiano copto a capo della Suprema Corte costituzionale, ovvero al vertice dell’istituzione secolare cui spetta, in ultima istanza, di valutare la coerenza dell’attività legislativa con la *Shari‘ah* (visto che, secondo l’art 2 della Cost. egiziana, i principi sciaraitici sono la fonte legislativa principale).²⁰ Infatti, l’abbinamento tra questa collocazione della *Shari‘ah* al vertice delle fonti e la presenza di una Suprema Corte costituzionale ha portato in Egitto a un forte ridimensionamento del ruolo dell’autorità religiosa islamica.

La contrapposizione tra l’istanza della “statualizzazione” dell’Islam e quella dell’“islamizzazione” della società hanno, inoltre, importanti proiezioni geopolitiche, come dimostrato dal già citato scontro intrasunnita in atto nell’area MENA. Infatti, attualmente, quest’area sembra essere divisa da due strategie in opposizione per la *leadership* regionale: da una parte, il fronte degli Accordi di Abramo del 2020 (Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, Bahrein e Israele), supportati anche dal Marocco, dall’Egitto e dagli Stati Uniti, per il mantenimento dello *status quo* nella regione,²¹ con l’Arabia Saudita come *Leading Nation*, con il suo piano di riforme “Vision 2030” per la modernizzazione del Regno.²² Dall’altra, il fronte dell’Islam popolare con la Turchia di Erdogan e con il suo progetto di espansione neo-ottomana, sostenuto dalla dottrina turca *Blue Homeland*, per l’espansione nel Mediterraneo.²³ Ankara gode del supporto del Qatar e, per alcuni versi, dell’Iran. Questo fronte è simboleggiato dalla riconversione in Moschea dell’antica Basilica di Santa Sofia per ordine del Presidente turco. Un gesto volto a sottolineare l’islamizzazione, in opposizione al passato secolare turco promosso da Mustafa Kemal Atatürk.²⁴

Questo scontro, tuttavia, sembra affievolirsi, negli ultimi anni, probabilmente, con lo scopo di contrastare le comuni minacce globali esacerbate dalla pandemia e dalla guerra in Ucraina. Infatti, i Paesi del Nord Africa sono importatori di grano proprio da quell’area e sembrano risentire gli effetti della crisi.²⁵ La nuova era di – probabilmente momentaneo – *appeasement* è segnata dall’AlUla Agreement che segna la fine dell’embargo imposto dalla maggior parte

¹⁹ Cfr. F. Biagi, *Tunisia: la Costituzione di Kaïs Saïed*, in *diritticomparati.it*, 28 luglio 2022.

²⁰ Cfr. C. Sbailò, *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, seconda edizione riveduta e ampliata, Padova, 2022, p. 132-133.

²¹ Cfr. E. Sorkin, *The Abraham Accords: the culmination of a decades-long normalization process between Israel and the UAE*, Boston, 2021.

²² Cfr. *Vision 2030*, official website, consultabile su: <https://www.vision2030.gov.sa>.

²³ A. Denizeau, *Mavi Vatan, the "Blue Homeland" The Origins, Influences and Limits of an Ambitious Doctrine for Turkey*, *Studes de l’Ifri*, 2021.

²⁴ E. Edhem, *The Reconversion of the Hagia Sophia into a Mosque: A Historian's Perspective*, in 8 *J. Ottoman Turk. Stud. Assoc.* 1, 2021, p. 243-260.

²⁵ Gli effetti della guerra in Ucraina hanno gravi ripercussioni sull’economia del Nord Africa. Si pensi che circa il 60% del fabbisogno alimentare di questi Paesi si basa sulle importazioni. Per questo motivo, i Governi hanno dovuto sovvenzionare i mercati locali per evitare il collasso economico. Si pensi che i Paesi del Golfo hanno finanziato l’Egitto per 22 miliardi di dollari per evitare la crisi, che sarebbe potuta sfociare in una nuova Primavera araba. Cfr. N. El Sawy, *Gulf countries pledge \$22bn to help Egypt avoid economic crisis amid Russia-Ukraine war*, in *The National News*, 2022; S. Sons (a cura di), *A new “Pivot to the Maghreb” or “more of the same”? The transformative shift of the Gulf engagement in North Africa*, Berlino, 2021.

dei Paesi del Golfo al Qatar nel 2017 (poiché accusato di finanziare il terrorismo),²⁶ che ha fatto da apripista ad altri riavvicinamenti, come quello tra Turchia e Arabia Saudita nel 2022, al disgelo, nel 2023, delle relazioni diplomatiche tra Arabia Saudita e Iran (storiche nemiche), grazie alla mediazione della Cina,²⁷ e al riavvicinamento tra Egitto e Turchia, dopo le tensioni durante la Primavera araba.²⁸

Comunque, il fronte saudita si sta dimostrando resiliente, grazie soprattutto all'utilizzo della tecnica e della tecnologia occidentali. Il fronte dell'Islam popolare, invece, nonostante la validità del suo progetto universale e transnazionale, ha dimostrato, all'interno dei Paesi del Nord Africa, una debolezza legata alla mala gestione di Governo e al clientelismo politico.²⁹ In Marocco, ad esempio, il partito islamico moderato PJD, dopo il successo alle elezioni legislative del 2011 e del 2016, ha visto un altrettanto sconfitta alle elezioni del 2021 (quando ha ottenuto solo 13 seggi). In Tunisia, il già citato colpo di Stato di Sa'īd e il nuovo Testo del 2022 sembrano aver inaugurato una politica volta alla "statualizzazione" dell'Islam per il controllo del potenziale eversivo islamico. In Algeria, si assiste ad una sorta di "marginalizzazione" dei partiti islamici, soprattutto dopo l'esperienza della Guerra civile (dal 1991 al 2002), scoppiata a causa dell'annullamento da parte del *Pouvoir* della vittoria del partito islamico Fronte Islamico di Salvezza (FIS) alle elezioni legislative del 1991. Infine, in Egitto, la politica di "statualizzazione" attuata da al-Sīsī sfocia in una violenta repressione politica contro la Fratellanza musulmana.³⁰

III. L'EGITTO: IL PRINCIPALE "LABORATORIO" DELLA "STATUALIZZAZIONE" DELL'ISLAM

Negli ultimi anni, s'è venuto confermando, sotto il profilo geopolitico, il ruolo-leader dell'Egitto nelle politiche di "statualizzazione" dell'Islam, soprattutto per quel che riguarda un aspetto istituzionale di particolare rilievo in quest'ambito, vale a dire il rapporto tra l'Esecutivo e l'amministrazione della giustizia.

La Repubblica Araba d'Egitto viene proclamata nel 1953, a seguito del colpo di Stato degli "Ufficiali liberi", nel 1952, guidati da Ḡamāl 'Abd el-Nāṣer, che ha posto fine alla monarchia guidata da Re Farūq.

La prima Costituzione della Repubblica (del 1956) si può definire "d'impianto socialista", con richiami all'Islam e al mondo arabo.³¹ Infatti, la politica di Nāṣer è caratterizzata proprio da una forte nazionalizzazione e arabizzazione, riflesse, ad esempio, nel sistema scolastico, dove i giovani, anche non musulmani, erano obbligati allo studio dell'Islam.

²⁶ Cfr. T. Khalid, *Full transcript of AIUla GCC Summit Declaration: Bolstering Gulf unity*, in *Alarabiya*, 2021, consultabile su: <https://english.alarabiya.net/News/gulf/2021/01/06/Fulltranscript-of-AIUla-GCC-Summit-Declaration-Bolstering-Gulf-unity>.

²⁷ Per un approfondimento sul tema, cfr. Y. Farouk, *Riyadh's Motivations Behind the Saudi-Iran Deal*, in *carnegieendowment.org*, 30 marzo 2023.

²⁸ Sui rapporti egizio-turchi, cfr. A. Melcangi, *Egypt and Turkey's Geopolitical Relations in a Troubled Middle East: What Can Be Improved and How*, in K. Mezran, R. Menotti, A. Melcangi, E. Badi, A. Pavia (a cura di), *North Africa's transatlantic relations amid change and continuity*, Atlantic Council- Rafik Hariri Center for the Middle East, Washington, 2022, p. 11-13.

²⁹ Cfr. J. O. Frosini, F. Biagi (a cura di), *Political and Constitutional Transitions in North Africa: Actors and Factors*, Londra, 2015.

³⁰ Il Presidente egiziano al-Sīsī, con lo scopo di garantire la stabilità interna, reprime violentemente ogni forma di dissenso politico attraverso carcerazioni preventive e numerose condanne a morte, come denunciato dal Human Rights Watch. Cfr. *Egypt: No End to Systematic Repression. Human Rights Defenders and Ordinary Citizens Targeted, Harassed, Tortured*, Human Rights Watch, 2022, consultabile su: <https://www.hrw.org/news/2022/01/13/egypt-no-end-systematic-repression>

³¹ Il Pan-arabismo di Nāṣer sfocia nell'istituzione, nel 1958, della Repubblica Araba Unita (RAU) tra Egitto e Siria. Tuttavia, il tentativo fallirà nel 1961.

La politica di “statualizzazione” dell’Islam promossa da Nāṣer è caratterizzata dall’opposizione con la Fratellanza musulmana, promotrice dell’istanza dell’“islamizzazione” della società. Queste tensioni si acuiscono con il tentato omicidio di Nāṣer, utilizzato dal Governo per avviare una soffocante repressione nei confronti della Fratellanza.³²

Successivamente a Nāṣer, Sādāt guiderà il Paese con la Costituzione del 1971, sulla quale si baserà l’intero impianto giuspubblicistico egiziano.

Infatti, nella Costituzione Sadatiana si introduce la definizione di Stato “democratico” (socialista nella formulazione precedente), i principi sciaraitici sono al vertice delle fonti (art. 2) – posti come «fonte preminente» e in seguito come «fonte principale» della legislazione (art. 2, Cost. 1980) –, e si ribadisce, almeno formalmente, il sistema multipartitico (comunque incentrato sulla figura del Presidente). Il risultato principale di questa Costituzione è la Suprema Corte costituzionale: la sintesi tra Islam e costituzionalismo.³³ La Suprema Corte, infatti, attraverso la collocazione apicale della *Shari‘ah* nel sistema delle fonti, ha lo scopo di ridimensionare il ruolo dei dotti islamici, supportando le politiche di modernizzazione, con il fine di controllare il potenziale eversivo islamico, basando, comunque, il sistema su valori comunitaristici islamici come il consenso e il benessere della collettività. In poche parole, una Corte secolare decide se le leggi sono coerenti o meno con la *Shari‘ah*. I giudici, infatti, sono garanti dell’identità egiziana in un contesto di controllo esclusivo delle norme per l’attuazione dei principi islamici, al fine di ridurre le influenze di “islamizzazione dal basso” promosse dall’Islam popolare. Comunque, nonostante questo importante risultato, la strategia di Sādāt subirà un brusco arresto a causa della sua politica, considerata da alcuni, troppo propensa “all’apertura” verso l’Occidente, sfociata, ad esempio, negli Accordi di Camp David con Israele nel 1978 e nell’introduzione di elementi di liberalismo nell’economia nazionale, che favoriranno la diffusione del clientelismo politico e dell’endemico problema della corruzione, che caratterizzeranno anche le future esperienze egiziane, soprattutto durante la successiva presidenza autoritaria di Mubārak, sostituito, poi, da Muḥammad Mursī, leader dei Fratelli musulmani, eletto alle elezioni presidenziali nel 2012. Durante la presidenza di quest’ultimo, verrà varata la Costituzione del 2012, per il rafforzamento dell’identità islamica. Nel Preambolo, infatti, i riferimenti ai valori islamici sono numerosi con lo scopo di evidenziare la necessità di una ricostruzione in chiave sciaraitica dei diritti e delle libertà fondamentali dell’Islam e delle altre due religioni rivelate (che godono, come detto, nel diritto islamico di uno *status* speciale di protezione: *Dimma*).

Nel 2013 Mursī verrà deposto e verrà eletto al suo posto al-Sīsī, il quale porterà avanti un progetto costituzionale che sfocerà nel Testo del 2014, di carattere meno islamico (ma, comunque, non laico). Il Testo si basa sulla tutela dei diritti fondamentali e sull’uguaglianza tra uomini e donne, sottolineando, inoltre, il divieto di formazioni politiche basate su religione, sesso, razza, provenienza geografica. I principi sciaraitici restano la principale fonte legislativa con, tuttavia, un netto sbilanciamento di potere a favore dell’élite militare, ora al vertice della catena di comando (l’apparato militare verrà ulteriormente rafforzato con la Costituzione del 2019).³⁴

In questo contesto, la geopolitica di al-Sīsī, si basa sul già citato fondamentale ruolo dell’Egitto nel contesto del conflitto intrasunnita, a fianco del fronte saudita. Infatti, il Presidente sembra insistere con una marcata politica volta alla “statualizzazione” dell’Islam

³² La violenta repressione culminerà con l’impiccagione di Sayyīd Quṭb, membro dei Fratelli musulmani e autore di “*Pietre miliari*”, nel 1966.

³³ M. Oliviero, *L’Alta Corte costituzionale egiziana*, in G. Ferrari, F. Gambaro (a cura di), *Corti Costituzionali e Comparazione Giuridica*, Napoli, 2006.

³⁴ La Costituzione del 2019 viene approvata tramite referendum popolare con il 90% dei voti favorevoli.

per l'annichilimento della Fratellanza musulmana, considerata un elemento di destabilizzazione nazionale e regionale. L'alleanza strategica con l'Arabia Saudita, in questo contesto, può essere individuata nella cessione, da parte del Cairo, delle isole di Tiran e Sanafir, di rilevante importanza strategica, nel 2017, a Riad.³⁵

Dal punto di vista interno, a partire dal 2014, Al Sīsī si è rivolto, come detto, ai dotti di Al-Azhar, sottolineando la necessità di rinnovare il discorso religioso e di contrastare la manipolazione dei testi sacri, spesso attuata con lo scopo di giustificare la violenza.³⁶ In questo contesto, Il Gran *Imām* Aḥmad at-Ṭayyib ha istituito, nel 2015, un osservatorio per il contrasto dell'estremismo religioso, promuovendo una riforma didattica per la rimozione dai libri di testo dei passaggi facilmente suscettibili di manipolazione. Infine, nel febbraio 2022, al-Sīsī ha promosso la nomina del cristiano copto Būlūs Fahmī a Presidente della Suprema Corte costituzionale,³⁷ dopo che, nel 2021, le prerogative della Corte sono state estese al di fuori dell'Egitto. Il Parlamento ha, infatti, approvato un disegno di legge che va a modificare la legge 48/1979 sulla Suprema Corte costituzionale, estendendo l'ambito di competenza della Corte a: decisioni e risoluzioni di organismi internazionali; sentenze arbitrali emesse contro lo stato egiziano; sentenze emesse da tribunali stranieri che coinvolgono lo stato egiziano.³⁸

In particolare, la “statualizzazione” dell'Islam emerge, come detto, in Egitto in ambito di amministrazione della giustizia, dove, come si vedrà, la figura del Gran *Muftī* ha un ruolo fondamentale.

IV. IL GRAN MUFTĪ DI EGITTO E LA COOPERAZIONE CON L'ESECUTIVO PER LA STABILITÀ INTERNA

La dottrina islamica si basa sull'interpretazione delle fonti sacre (Corano, Sunna: ovvero, la tradizione, Consenso dei dotti e analogia) per mano di autorevoli giurisperiti: i *Muftī*.³⁹ Essi possono emettere le *fatwa*,⁴⁰ ovvero pareri giuridici autorevoli e non vincolanti riguardanti differenti ambiti, spesso afferenti al diritto civile.

L'attuale Gran *Muftī* del Cairo è Shawqī Ibrāhīm 'Abdel-Karīm 'Allām eletto nel 2013 da Al-Azhar ed è a capo della “Casa della *Fatwa*” (ovvero il comitato consultivo legale per le questioni giuridiche islamiche). Il Gran *Muftī* è in qualche modo il garante del rispetto dei principi non solo dell'Islam, ma anche delle già citate “religioni celesti” (ebraismo e cristianesimo). Infatti, egli è intervenuto, ad esempio, in merito alla riconversione in Moschea dell'antica Basilica di Santa Sofia di Istanbul, promossa dal Presidente Erdogan, affermando che è illecito convertire in moschea una chiesa, in particolare, facendo riferimento all'Egitto, dove nessun luogo di culto cristiano è stato mai trasformato in moschea, sottolineando, così,

³⁵ L'iniziativa di al-Sīsī è stata oggetto di sentenze contrastanti da parte della giustizia egiziana che, nel giugno dello stesso anno, ha considerato incostituzionale qualsiasi tentativo di cessione di territorio nazionale. Quest'ultima è stata, invece, approvata dal Parlamento. Al-Sīsī ha, quindi, ratificato l'accordo di cessione pubblicandolo sulla Gazzetta Ufficiale. Cfr. Gazzetta Ufficiale egiziana, n. 33, 17 agosto 2017.

³⁶ Cfr. G. B. Verderame, *Il discorso del Presidente egiziano Al Sisi all'Università Al-Azhar de il Cairo e il terrorismo islamista: è inevitabile lo “scontro di civiltà”*, in *La comunità internazionale*, 1, LXX, 2015, p. 3 ss.

³⁷ Cfr. G. Deiana, *Un copto al vertice della Corte Costituzionale. Un altro passo verso la statalizzazione dell'Islam in Egitto*, in *ALEXIS. Testi per il dialogo euro-mediterraneo*, Primavera 2022.

³⁸ Cfr. H. Darwish, *Egypt – The New Amendments of the Supreme Constitutional Court Law n. 48 of 1979: A Commentary*, in *MIDEAST Law*, 2021, consultabile su: <https://mideastlaw.de/en/news/egypt-the-new-amendments-of-the-supreme-constitutional-court-law-no-48-of-1979-a-commentary/>

³⁹ Sulla figura del *Muftī*, cfr. A. Bausani, *L'Islam. Una religione, un'etica, una prassi politica*, Milano, 1999, p. 39.

⁴⁰ La *fatwa* più famosa è quella emessa dall'Ayatollah Khomeini contro “*I versetti satanici*” di Salman Rushdie nel 1989. Sulla *fatwa*, cfr. W. B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge, 2009, p. 9.

implicitamente, il suo ruolo di garante delle libertà e dei diritti fondamentali, a tutela, in questo caso, dei cristiani.

Il ruolo politico e giudiziario del Gran *Mufti*, in particolare, trova conferma nel suo potere di avallare o revocare le condanne a morte secondo l’art. 381 del c.p.p. egiziano. L’articolo in questione stabilisce, infatti, che la pena di morte può essere applicata solo dopo la consultazione del Gran *Mufti*.

Questo aspetto ha, di fatto, permesso una continua “interazione” tra potere politico e religione (in nome, appunto, della “statualizzazione” dell’Islam) che ha avuto ricadute anche dal punto di vista dell’amministrazione della giustizia e della risoluzione delle tensioni interne. Ad esempio, il Gran *Mufti* si è pronunciato a favore della costruzione di chiese con il denaro dei musulmani, e a favore dei musulmani che lavorano nella costruzione di chiese.⁴¹ Infatti, il parere del Gran *Mufti* è estremamente importante per la società egiziana e per le sue questioni. Ad esempio, quest’ultimo si è anche pronunciato contro l’infibulazione delle donne e a favore di una maggiore integrazione di queste nella religione e nelle sue manifestazioni. Inoltre, ricordiamo che questa interazione tra la sfera politica e quella religiosa ha permesso ad al-Sisī di elaborare una strategia politica per scoraggiare i cosiddetti “reati politici”. Infatti, egli ha fatto ampio ricorso alla condanna alla pena capitale utilizzando, però, il ruolo del Gran *Mufti* per graziare i condannati ed evitare tensioni sociali che sarebbero potute sfociare in guerre civili e sanguinosi scontri. Si pensi che tra gennaio 2011 e dicembre 2020 in Egitto sono state emesse circa 2340 condanne a morte e solo il 9/10% circa di queste sono state eseguite.⁴² Questa strategia ha avuto lo scopo di scoraggiare tentativi di eversione e insurrezione da parte della popolazione senza però rischiare una nuova Primavera araba. Allo stesso modo, in questa chiave si può interpretare la recente riattivazione (nell’aprile 2022, dopo la sua istituzione nel 2016) del “Presidential Pardon Committee”⁴³ da parte del Presidente, che ha permesso la scarcerazione di oltre 3000 detenuti non coinvolti in crimini violenti o di terrorismo (tra i quali giornalisti, attivisti e politici), che conferma la volontà politica egiziana di “placare” gli animi, soprattutto dopo l’attuale crisi globale, esacerbata prima dalla pandemia e poi dalla guerra in Ucraina, la quale con i suoi effetti energetici e alimentari, continua a minacciare la stabilità del Paese, alle prese con un aumento generale dei prezzi e un alto tasso di inflazione.

In questo difficile contesto, infatti, nonostante il fallimento della proposta di legge avanzata da alcuni parlamentari nel 2020, finalizzata ad attribuire la nomina del Gran *Mufti* al Capo dello Stato (per intensificare maggiormente il rapporto di cooperazione tra il potere politico e l’autorità religiosa),⁴⁴ la “complicità” tra al-Sisī e il Gran *Mufti* si presenta oggi, agli occhi di molti osservatori internazionali, come un elemento fondamentale per la garanzia della sicurezza e della stabilità dell’Egitto, contro le diverse minacce, tra le quali, quelle di matrice jihadista, che continuano a minare gli equilibri regionali ed internazionali.

⁴¹ Cfr. *Grand Mufti of Egypt says OK for Muslims to build churches*, in *Al-Monitor*, 2021.

⁴² Cfr. C. Sbailò, *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo*, cit., p. 134.

⁴³ Cfr. *Egypt: One year after the reactivation of the Presidential Pardon Committee in, the issue of political prisoners remains unresolved*, in *cjustice.org*, 24 maggio 2023.

⁴⁴ Cfr. N. J. Brown, M. Dunne, *Who Will Speak for Islam in Egypt—And Who Will Listen?*, in *carnegieendowment.org*, 7 giugno 2021; G. Deiana, *Egitto tra consolidamento e crisi*, in G. Deiana, O. Giardini, *Evoluzione degli assetti politici e costituzionali dei Paesi Nordafricani a dieci anni dalle rivolte*, in *Alexis. Testi per il dialogo euro mediterraneo*, Autunno-Inverno 2021/2022, p. 73 e ss.

V. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE FUTURE

Visti i delicati equilibri regionali a causa degli effetti della crisi globale, esacerbati dalla guerra in Ucraina, la stabilità interna sembra essere una priorità per tutta la regione. Infatti, i Paesi dell'area MENA sembrano essere focalizzati sulla protezione dei propri interessi in una logica di "cooperazione" momentanea per il mantenimento dello *status quo*. In questo contesto, la "polarità" politico-religiosa tipica del mondo islamico si sta rivelando un efficace strumento di "giustizia alternativa", per la risoluzione di controversie e per la protezione degli interessi nazionali e regionali. In particolare, il caso dell'Egitto sembra essere tra i più significativi, grazie alla continua cooperazione tra l'autorità religiosa e quella politica per il controllo dell'eversivo islamico allo scopo di proteggere i delicati equilibri interni.

Infatti, le difficili situazioni socio-economiche della regione rischiano di diventare terreno fertile per attività anti-*establishment*, di segno radicale, che minerebbero la sicurezza regionale ed internazionale. In particolare, in Egitto, il Presidente al-Sīsī è stato accusato dal popolo di aver portato il Paese al collasso economico, con un alto tasso di inflazione legato al mercato alimentare. Continuano a crescere anche i tassi di disoccupazione e di povertà. Nel frattempo, il Presidente continua ad attuare una politica oppressiva nei confronti dei dissidenti e dei rivali politici, in particolar modo, in opposizione alla Fratellanza musulmana e all'Islam popolare, considerati dal Presidente elementi pericolosi per la stabilità e la sicurezza.⁴⁵ La politica di al-Sīsī, fortemente incentrata nella logica della "statualizzazione" dell'Islam, ha bisogno di un alleato interno, come il Gran *Mufti*, per il controllo della stabilità nazionale. Ed è proprio grazie alla "polarità" politico-religiosa che il Presidente riesce, in cooperazione con l'autorità religiosa, a limitare l'influenza dell'Islam. Tuttavia, resta da chiedersi per quanto tempo il Presidente riuscirà ancora a placare gli animi della popolazione, vista la difficile situazione nella quale riversa l'Egitto. Infatti, al-Sīsī sembra essere sempre più isolato, ma gli egiziani, allo stesso tempo, temono gli effetti di una nuova protesta, che potrebbe avere conseguenze economiche devastanti. Quest'ultimo timore potrebbe cessare di essere un argine laddove le tensioni sociali legate alla grave situazione economica, alla scarsa mobilità sociale e alla corruzione esplodessero senza controllo. Il precedente più significativo, in tal senso, è costituito proprio dai fatti che precedettero le rivolte in Tunisia nell'inverno 2010-2011.

⁴⁵ Cfr. *Egyptians are disgruntled with President Abdel-Fattah al-Sisi*, in *The Economist*, 2023.

LE CORTI DI DIRITTO EBRAICO IN INGHILTERRA E LA COOPERAZIONE TRA AUTORITÀ CIVILI E RELIGIOSE IN MATERIA DI DIVORZIO

Rosamaria Tristano

SOMMARIO

I. IL DIRITTO NELLA NUOVA SOCIETÀ MULTICULTURALE TRA APPARTENENZA RELIGIOSA E IDENTITÀ NAZIONALE. – II. IL RUOLO DEGLI ORGANI GIURISDIZIONALI RELIGIOSI: IL *BETH DIN* EBRAICO. – III. IL DIVORZIO TRA CITTADINI INGLESI DI FEDE EBRAICA: UN DOPPIO PROCEDIMENTO. – IV. IL *DIVORCE (RELIGIOUS MARRIAGES) ACT*. – V. IL DIVORZIO RELIGIOSO EBRAICO E LE ALTRE NORME DI TUTELA DEI DIRITTI. – VI. CONCLUSIONE.

Rules and principles that are specific to different legal systems coexist with rules and other parallel values of religious, cultural, and traditional nature, which can play a significant role in the lives and behaviors of many individuals. Indeed, every believer, besides being a citizen subject to the laws of his country, is also part of a religious community and is obliged to follow the precepts and rules of his faith. However, in a multicultural society like today's, where different minorities coexist, but not all recognize the clear separation between religion and law historically affirmed in Europe, this is not without implications.

The various minorities that make up modern society, even if fully integrated into the context of the states hosting them, maintain their identity and tend to apply their own rules internally. Just think of the social organization of Hindu communities or the Muslim or Jewish precepts, which go beyond the personal sphere and affect areas normally regulated by law, such as family relationships, but also contractual ones.

The simultaneous belonging of an individual to two parallel systems, legal and religious, is a phenomenon as delicate and complex as the risk of an overlap of identities and competences, and facing this phenomenon requires a balance between the freedom recognized to each person to profess their faith and follow its precepts, with the guarantee of equality of every individual before the law and the general validity of fundamental principles, regardless of each person's creed.

In this sense, the English approach appears particularly interesting, based on the idea that in a mixed and multicultural society, national law cannot aim to impose its absolute supremacy over other rules, as this would instead lead to its rejection. The suggested remedy is rather to allow the application of different rules, provided it's within specific well-defined areas and ensuring that this does not result in a conflict with the rights and fundamental principles of the legal system, which are always guaranteed to every individual regardless of their faith and culture.

A practical application of this theory is the recognition of the members of certain religious minorities' faculty to devolve disputes arising among them to the jurisdiction of their religious bodies, which are attributed an alternative judicial role. This happens in specific areas, typically those related to the personal sphere and the traditions and beliefs of each individual, such as family relationships.

A widely debated case is that of Sharia Courts, the Islamic legal tribunals, but a less known yet equally relevant role is that of the Jewish legal courts, traditionally called Batei Din.

In England, the oldest and most famous Jewish court is the Beth Din of London, dating back to the 18th century, which represents the majority of British Jews. It serves two main functions: on one hand, it is a religious authority, dealing with personal and faith matters and assisting the faithful by mediating between them or providing decisions, called dayanim; on the other hand, the Beth Din has been expressly recognized as a ritual arbitration body by the Arbitration Act of 1996 and can issue arbitral awards in civil matters, legally binding and enforceable if approved by a civil court.

Even though the Beth Din cannot issue arbitral decisions in family matters under the Arbitration Act, it still plays a role in divorce proceedings, which is relevant not only from a formal but also a substantive point of view.

The Jewish religious tribunal, therefore, although less known than other religious courts operating in England, has a particularly significant role in the alternative resolution of disputes in the family sphere and is a clear example of cooperation between civil and religious authorities.

The aim of this work is to analyze the dual role of the Jewish Beth Din in the English legal system with reference to divorce proceedings, which fall within its competence as a religious authority.

Keywords: società multiculturale; autorità religiose; Corti di diritto islamico; divorzio; risoluzione alternativa delle controversie.

I. IL DIRITTO NELLA NUOVA SOCIETÀ MULTICULTURALE TRA APPARTENENZA RELIGIOSA E IDENTITÀ NAZIONALE

Nella società odierna, dove sempre più culture eterogenee coesistono all'interno degli stessi paesi, alle regole giuridiche proprie degli ordinamenti nazionali si affiancano i precetti religiosi seguiti dagli appartenenti alle diverse comunità che, anche quando sono pienamente integrate nel contesto degli stati che le ospitano, hanno mantenuto identità e tradizioni proprie e al loro interno hanno ricreato le loro istituzioni, applicando le loro regole⁸²⁸.

Ciò fa sorgere il rischio di una sovrapposizione di identità e di competenze e rende auspicabile un intervento legislativo volto a bilanciare la tutela delle minoranze e la libertà di professare la propria fede seguendone i precetti, con la garanzia dell'uguaglianza di ogni individuo di fronte alla legge e della generale validità dei principi e valori giuridici fondamentali di ogni ordinamento a prescindere dal credo di ciascuno.

Non tutte le culture, infatti, riconoscono allo stesso modo la netta separazione tra religione e diritto che storicamente si è affermata in Europa e per molti popoli alcune questioni giuridiche sono anche questioni di fede, sicché il rispetto di regole e precetti religiosi rischia di porsi in contrasto con le norme legislative.

In Gran Bretagna, dove alle elezioni di luglio 2022 la metà degli iniziali candidati era di origini straniere e di fede musulmana o induista, compreso l'attuale primo ministro⁸²⁹, l'approccio pluralista e multiculturale alla nuova dimensione della società è ormai consolidato.

Ciò risulta evidente non solo dalle parole del re d'Inghilterra⁸³⁰, che più volte ha fatto riferimento alle "fedi" religiose, al plurale, e non a una singola fede, ma è esposto con particolare chiarezza nel discorso dell'allora Arcivescovo di Canterbury, Rowan Williams,

⁸²⁸ Cfr. A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *Cardozo E. L. B.*, Aprile 2018, p. 11 ss. che, partendo dall'osservazione della circolazione dei modelli giuridici, osserva che "i moderni flussi migratori e la enorme circolazione di persone e di regole comportano comunque lo "stingimento" di principi e prassi aliene sulla tela del sistema giuridico ospitante, cioè un fenomeno che definisce di «circolazione non (ancora) istituzionalizzata», determinata dalla modificazioni nella composizione dei gruppi sociali, ad esempio a causa di fenomeni migratori, e dalla presenza di comunità e gruppi che, portando con loro modelli e tradizioni giuridiche proprie, inevitabilmente contaminano il sistema del paese che li ospita.

⁸²⁹ A luglio 2022, in vista delle elezioni per la nomina del Primo ministro inglese, è stato osservato che nonostante solo il 14% dei cittadini britannici abbia origini diverse da quelle europee, la metà dei candidati, quattro su otto, apparteneva a una minoranza. Accanto all'attuale primo ministro Rishi Sunak, di origini indiane e induista, e a Liz Truss, inglese, prima vincitrice e poi dimissionaria, gli altri candidati erano infatti Kemi Badenoch, di origini nigeriane, Suella Braverma, di origini indiane, Nadhim Zahawi, di origini curde e nato in Iraq e poi gli inglesi Jeremy Hunt, Penny Mordaunt e Tom Tugendhat. Oltre ad esprimere una perfetta parità di genere tra uomini e donne, i candidati rappresentavano anche le quattro fedi religiose più diffuse in Inghilterra: anglicanesimo, cattolicesimo, Islam e Induismo.

⁸³⁰ La declinazione al plurale delle fedi religiose caratterizza ogni affermazione del Re d'Inghilterra sull'argomento. Già in una prima dichiarazione del 1994 Carlo III si era dichiarato "difensore delle fedi religiose" e, tornando sull'argomento nel 2015 in un'intervista alla BBC, aveva parlato del suo impegno per la garanzia dell'inclusione e della pari libertà di culto per gli appartenenti a tutte le confessioni religiose. Ciò, peraltro, conferma quanto già affermato da Elisabetta II sulla necessità non di difendere l'Anglicanesimo escludendo le altre fedi, bensì di garantire la pari libertà di culto in tutto il paese.

intitolato “Civil and Religious Law in England: a religious perspective”, pronunciato nel 2008 presso la Royal Court of Justice nell’ambito di un dibattito su “Islam in English Law”⁸³¹.

Il discorso⁸³² evidenzia la necessità di trovare uno spazio per il riconoscimento dell’identità delle minoranze religiose nell’ambito della legge nazionale. Il riferimento principale riguarda la comunità musulmana, ma la stessa situazione coinvolge anche gli ebrei ortodossi, gli induisti e le altre minoranze, poichè «the issues that arise around what level of public or legal recognition, if any, might be allowed to the legal provisions of a religious group, are not peculiar to Islam»⁸³³.

Un punto di centrale importanza, dunque è il riconoscimento della duplice identità di ciascun individuo, al contempo cittadino e credente, che è necessario venga considerata e rispettata in quanto tale, senza attribuire una generica maggiore rilevanza ad uno solo dei due aspetti che la compongono⁸³⁴.

Tutto ciò non è privo di rischi e sono state mosse numerose critiche: «the first objection to a higher level of public legal regard being paid to communal identity is that it leaves legal process (including ordinary disciplinary process within organisations) at the mercy of what might be called vexatious appeals to religious scruple», ma l’attribuzione di un ruolo attivo anche alle autorità e agli organi di ciascuna minoranza contribuirebbe «to help determine "the relative seriousness of conscience-related claims», delimitando gli ambiti e le competenze⁸³⁵. Ancora, però, l’attribuzione di un ruolo ufficiale e riconosciuto alle autorità religiose potrebbe portare ad un rafforzamento della componente identitaria delle minoranze, incoraggiandone anche quegli aspetti più distanti, se non contrastanti, rispetto ai principi dell’ordinamento nazionale e i diritti degli individui.

Proprio per questo, la chiave di volta di un ordinamento pluralistico deve essere l’idea della supremazia dei diritti e principi fondamentali, riconosciuti a tutti gli individui a prescindere dall’appartenenza religiosa, dunque «no “supplementary” jurisdiction could have the power to deny access to the rights granted to other citizens [regardless of faith affiliation], or to punish its members for claiming those rights»⁸³⁶.

In particolare, Williams prende spunto dalla riflessione della giurista ebraica Ayelet Shacar⁸³⁷ per affermare la necessità di superare l’ultimatum “either your culture or your rights” e ribadire che a ciascuno sono riconosciuti diritti la cui tutela è garantita dall’ordinamento, che non possono essere violati, compressi o messi in discussione in conseguenza del riconoscimento di uno spazio per precetti e autorità giurisdizionali religiose.

Su questo presupposto, è proprio attraverso l’apposita delimitazione e regolamentazione dell’ambito di applicazione di regole di matrice religiosa e soprattutto l’affermazione dell’assoluta superiorità dei diritti umani e dei principi fondamentali dell’ordinamento, che si eviterebbero le conseguenze pregiudizievoli che dovessero derivare dall’apertura agli ordinamenti religiosi all’interno dello stato.

⁸³¹ Questa serie di sei incontri e dibattiti sul tema si è tenuta a febbraio 2008 in occasione del “Temple festival” organizzato dalla Temple Church anglicana di Londra e dal Centre of Islamic and Middle East Law at the School of Oriental and African Studies.

⁸³² Il testo è interamente reperibile online ed è stato pubblicato dall’*Ecclesiastical Law Journal*. Cfr. R. Williams, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective*, in 10 *Eccles. Law J.* 3, 2008, p. 262-282.

⁸³³ Cfr. R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 262-263.

⁸³⁴ «The danger arises not only when there is an assumption on the religious side that membership of the community (belonging to the umma or the Church or whatever) is the only significant category, so that participation in other kinds of socio-political arrangement is a kind of betrayal. It also occurs when secular government assumes a monopoly in terms of defining public and political identity», R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 265.

⁸³⁵ Cfr. R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 267.

⁸³⁶ Cfr. R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 268.

⁸³⁷ Cfr. Shacar, A. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, 2001.

Non può non tenersi conto, infatti, del fatto che «it is not enough to say that citizenship as an abstract form of equal access and equal accountability is either the basis or the entirety of social identity and personal motivation», because “societies that are in fact ethnically, culturally and religiously diverse are societies in which identity is formed... by different modes and contexts of belonging, “multiple affiliation”»⁸³⁸.

In una società pluralistica come quella attuale, pertanto, il ruolo della legge dovrebbe essere ripensato, considerando che «the rule of law is thus not the enshrining of priority for the universal/abstract dimension of social existence but the establishing of a space accessible to everyone in which it is possible to affirm and defend a commitment to human dignity»⁸³⁹. Infatti «It would be a pity if the immense advances in the recognition of human rights led, because of a misconception about legal universality, to a situation where a person was defined primarily as the possessor of a set of abstract liberties, and the law’s function was accordingly seen as nothing but the securing of those liberties irrespective of the custom and conscience of those groups that concretely compose a plural modern society»⁸⁴⁰.

In conclusione, Williams suggerisce una sovrapposizione di giurisdizioni (“overlapping jurisdictions”) che possa dare pieno riscontro alla sovrapposizione di identità che caratterizza la società moderna e, riferendosi ancora a Shacar parla di un sistema di “transformative accommodations”⁸⁴¹, in cui a ciascun individuo, in alcuni ambiti specifici, venga lasciata la libertà di scegliere a quale organo giurisdizionale rivolgersi, come già sperimentato con successo in Canada dalle comunità di nativi americani e da alcune minoranza Islamiche⁸⁴².

Le parole dell’Arcivescovo Williams sono state molto criticate. Non solo per l’assenso manifestato all’applicazione di alcune regole sharaitiche⁸⁴³, che è stato ritenuto inaccettabile, ma anche per il controverso suggerimento all’apertura alle confessioni religiose, ritenuto erroneamente un invito alla coesistenza di più giurisdizioni parallele, che è apparso incompatibile con l’idea moderna di stato di diritto.

In realtà, non una convivenza di giurisdizioni parallele, bensì un dialogo tra ordinamenti diversi, fondato sulla reciproca conoscenza e tolleranza, pur nella consapevolezza della diversità delle tradizioni giuridiche di ciascuno, potrebbe essere la chiave per ripensare il ruolo del diritto in una prospettiva più pluralista e idonea a confrontarsi con una società sempre più multiculturale e le sue esigenze⁸⁴⁴.

È innegabile infatti che, a prescindere da un riconoscimento ufficiale, le minoranze e le comunità presenti all’interno di un paese, sia la Gran Bretagna, l’Italia o qualunque altro stato, conservano e tramandano le proprie usanze e abitudini e, pur rispettando le leggi nazionali nei rapporti esterni, continuano a seguire le proprie regole in tutti quegli aspetti che

⁸³⁸ R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 269 e 270.

⁸³⁹ R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 272.

⁸⁴⁰ R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 273-274.

⁸⁴¹ A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, cit., p. 122.

⁸⁴² R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit., p. 274.

⁸⁴³ Dinanzi alla domanda «the application of sharia in certain circumstances - if we want to achieve this cohesion and take seriously peoples’ religion - seems unavoidable?» Williams ha manifestato il suo assenso, ritenendo il riconoscimento di alcune regole islamiche non solo inevitabile, ma anzi necessario per raggiungere un’effettiva coesione sociale, anche alla luce del fatto che «as a matter of fact certain provisions of sharia are already recognised in our society and under our law». Queste parole sono state oggetto di un acceso dibattito, anche quando, più recentemente, il caso *Ahkteer v Khan* [2020] EWCA 122 sulla validità del matrimonio religioso islamico ha riaperto l’attenzione per il ruolo delle Sharia Courts in Inghilterra. Sul punto cfr. A. Pera, *Family law, religious marriage and sharia courts in western societies. one comparative insight on the English model*, in 23 *Cardozo E. L. B.* 1, 2017, p. 2-47.

⁸⁴⁴ Sul punto si veda anche la teoria della Sustainable Diversity and Reconciliation of Legal Traditions e in particolare P.H. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2000.

rimangono interni alla comunità: matrimoni, divorzi, successioni, ma anche rapporti contrattuali o commerciali.

Parallelamente al progressivo processo di integrazione, dunque, sopravvivono tante giurisdizioni “sommerse” quante sono le comunità e le minoranze, e l’inevitabile riconoscimento cui si riferisce il discorso dell’Arcivescovo altro non sarebbe che una presa d’atto di questa situazione.

Bisogna dunque interrogarsi su quali siano i limiti di un ordinamento che non è più realistico pensare come rigido e unitario e quanto questi possano allargarsi in presenza di una società sempre più composita e articolata.

La soluzione di un progressivo adattamento, suggerita nel discorso citato, sembra fornire un valido punto di partenza.

Se è vero, infatti, che l’apertura a corti e organi giurisdizionali religiosi può apparire controversa e difficile, soprattutto in presenza di profonde diversità culturali, non si può negare che, proprio in Inghilterra ciò è già avvenuto con successo e per alcune comunità, come quella ebraica, già da tempo si è trovato uno spazio per le autorità giurisdizionali religiose.

II. IL RUOLO DEGLI ORGANI GIURISDIZIONALI RELIGIOSI: IL *BETH DIN* EBRAICO

Nella religione ebraica, come anche nell’Islam, gli aspetti giuridici e religiosi si fondono. La legge religiosa ebraica (*Halakhab*⁸⁴⁵), che include la legge biblica e le leggi talmudiche e rabbiniche, cioè le testimonianze scritte e orali⁸⁴⁶ delle rivelazioni di Dio a Mosè sul monte Sinai⁸⁴⁷, comprende oltre a precetti religiosi anche precise regole di comportamento su numerosi aspetti della vita quotidiana⁸⁴⁸ e sui rapporti tra individui.

In Inghilterra le prime tracce di una comunità ebraica risalgono già agli anni immediatamente successivi alla conquista normanna⁸⁴⁹ e oggi la comunità britannica è una delle più antiche e numerose in Europa e la quinta al mondo, e conta circa 300.000 fedeli, tra Ortodossi, Masorti, Riformati e Liberali. Ciascuno di questi gruppi segue differenti interpretazioni della legge religiosa ebraica e dei precetti e regole ad essa collegati e ha le proprie autorità rabbiniche e sinagoghe, così come i propri tribunali.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ Il termine sembra avere origine dal verbo “*halakb*”, cioè “camminare” e il suo significato letterale, dunque, non rimanda al concetto di leggi o regole, bensì all’idea di un cammino, una via da seguire.

⁸⁴⁶ Il riferimento a testimonianze orali non è qui da intendere come a regole non scritte, bensì a regole che non si rinvenivano in un testo sacro rivelato. Neusner e Sonn spiegano la distinzione tra legge scritta (“*Torah in writing*”), cioè la Torah, i primi cinque libri del Pentateuco, e legge orale (“*Torah in memory*”), cioè la letteratura rabbinica trascritta in documenti, commentari, codici e *responsa*, ossia risposte rese per iscritto alle domande dei fedeli. Di quest’ultima sono parte testi dal contenuto più strettamente giuridico, come la Mishnah di Juda Ha-Nasr, il Talmud e i Codici Rabbinici come la Ghemara. Cfr. J. Neusner, T. Sonn, *Comparing Religions Through Law*, Londra/New York, 1999, p. 18 e D. Cohn-Shebok, *Judaism: History, Belief and Practice*, Londra/New York, 2003.

⁸⁴⁷ Cfr. J. Neusner, T. Sonn, *Comparing Religions Through Law*, cit., p. 1-18.

⁸⁴⁸ La base della vita ebraica tradizionale è costituita da 613 precetti (*mitzvot*), cioè regole positive e negative, di obbligo e di divieto, ricavate e formulate sulla base della legge biblica.

⁸⁴⁹ Le prime tracce della comunità ebraica inglese risalgono all’epoca della conquista normanna, quando alcuni commercianti ebrei si stabilirono in Inghilterra al seguito delle truppe di Guglielmo il Conquistatore. Anche lì, come nel resto d’Europa, essi furono soprattutto banchieri e prestatori di denaro, attività che la Chiesa proibiva ai cattolici, e per questo si rivelarono molto utili ai baroni normanni, che ricorrevano agli ebrei per finanziare le loro campagne militari. Cfr. A. Maurois, *Storia d’Inghilterra*, Milano, 1959, p. 85; J.A. Williamson, *Storia di Inghilterra*, Bologna, 1963, p. 169; G.M. Trevelyan, *Storia di Inghilterra*, Milano, 1962.

⁸⁵⁰ Le comunità Masorti, Riformate e Liberali, rappresentano insieme circa un terzo degli ebrei britannici. Le prime hanno ciascuna un suo Tribunale o *Beth Din*, mentre gli ebrei Liberali non hanno un *Beth Din* e non applicano le tradizionali regole ebraiche in materia di divorzio.

Il principale Tribunale ebraico inglese è il *Beth Din* di Londra, cui fanno capo le sinagoghe ortodosse riunite nella *United Synagogue*⁸⁵¹ sotto l'autorità di un Rabbino Capo.

Il *London Beth Din*, formalmente denominato *Beth Din of London and the Country*, proprio per sottolinearne il ruolo istituzionale e l'importanza per l'intera comunità ebraica, svolge il duplice ruolo di autorità religiosa e giurisdizionale.

Nonostante questo tribunale sia noto anche come *Court of the Chief Rabbi*, il Rabbino Capo non è effettivamente coinvolto personalmente in tutte le funzioni del Tribunale, che vengono normalmente svolte da tre giudici, detti *Dayanim* e dal personale della segreteria del *Beth Din*⁸⁵².

I giudici hanno il compito principale di rispondere ai quesiti posti dai fedeli su questioni relative alle pratiche e ai riti religiosi, nonché alle numerose attività quotidiane che sono regolate dai precetti ebraici. Le risposte vengono rese individualmente da ciascun *dayanim*, anche oralmente, e pur avendo valore persuasivo non costituiscono precedenti vincolanti per successive questioni su casi simili; solo quando l'argomento è ritenuto di particolare rilevanza, le risposte possono essere trascritte e, se pubblicate e generalmente accettate, acquisiscono il valore di *responsa*⁸⁵³.

Il *Beth Din* si occupa di problematiche religiose, come le questioni sullo *status*⁸⁵⁴, le conversioni⁸⁵⁵ e il rilascio di specifiche licenze e certificazioni prescritte dalla legge ebraica per alcune attività⁸⁵⁶, ma ha anche il compito di assistere i fedeli in questioni personali, mediando tra loro o fornendo delle decisioni, sia in materie che presentano al contempo aspetti religiosi e giuridici, come matrimoni e divorzi, sia in materie spiccatamente giuridiche, come nelle controversie in materia civile e commerciale, nelle quali può operare come vero e proprio organismo arbitrale.

Il ruolo del *Beth Din* in materia di arbitrato, infatti, è particolarmente rilevante e non solo in ambito religioso, poiché dal 1996 questo Tribunale è stato espressamente riconosciuto dall'*Arbitration Act* come organismo arbitrale rituale e dunque può pronunciare lodi legalmente vincolanti.

L'*Arbitration Act* del 1996 riconosce a tutti i cittadini britannici la facoltà di risolvere le controversie civili attraverso un arbitrato, devolvendole concordemente ad un organismo arbitrale riconosciuto; tra questi vi è anche il Tribunale ebraico, che può pronunciare lodi

⁸⁵¹ Alla Sinagoga Unita appartiene oggi circa il 40% della popolazione ebraica inglese complessiva, appartenente alla corrente ortodossa. È una *charity* riconosciuta dal Parlamento inglese con il *Jewish United Synagogues Act* del 1870, che riuniva originariamente le tre principali sinagoghe del tempo e di cui, oggi, fanno parte 63 sinagoghe ortodosse.

⁸⁵² I giudici del *Beth Din* devono possedere tutti il titolo di Rabbino e sono assistiti da una segreteria e, in particolare, dall'*administrator of the Beth Din*, che ha anche il compito di fornire ai giudici pareri sulla legge inglese.

⁸⁵³ Nell'ebraismo ortodosso contemporaneo, attraverso i *responsa* vengono pubblicate e rese note le decisioni *halackhiche* considerate più rilevanti su questioni tradizionali legate all'osservanza ebraica, ma anche su questioni connesse a fenomeni di attualità e ad avvenimenti sociali.

⁸⁵⁴ Lo *status* di ebreo deriva dalla nascita da una donna ebrea ed è determinante ai fini della partecipazione alla vita della comunità e ai fini del matrimonio religioso. Il *Beth Din*, qualora non ve ne sia riscontro, ha il compito di stabilire quando un individuo possa ritenersi di fatto ebreo e quando, invece, sia necessaria la conversione per poter legittimamente prendere parte alla vita della comunità.

⁸⁵⁵ La conversione all'ebraismo avviene tramite un procedimento specifico che si articola in un periodo di 1 o 2 anni. Il *Beth Din*, si occupa di organizzare le lezioni e gli incontri di studio necessari all'apprendimento della religione e della legge ebraica, che si svolgono ogni sei mesi. L'atto finale di conversione si tiene al *Beth Din*, che ne rilascia formale certificato e prevede l'immersione in una vasca rituale alla presenza di tre giudici (*Dayanim*) e, per gli uomini, la circoncisione.

⁸⁵⁶ Come quelle necessarie per i cibi e i ristoranti *Kosher* e per la macellazione, seguite in particolare dalla *Kashrut Division* della *United Synagogue*.

arbitrali che sono riconosciuti vincolanti ed eseguibili per l'ordinamento, anche se ottenuti in applicazione dei precetti della legge ebraica.

Il *Beth Din* può dunque essere scelto come organismo arbitrale che, per volontà delle parti, fornisce decisioni imparziali e legalmente vincolanti alternative a quelle delle Corti britanniche in materia civile, con l'esclusione di questioni penali e controversie in materia di famiglia.

I principi su cui si fonda l'arbitrato inglese sono stabiliti dall'*Arbitration Act*⁸⁵⁷, ma l'aspetto più innovativo e di maggiore interesse ai fini di questa analisi è che gli accordi raggiunti all'esito di un procedimento arbitrale non devono necessariamente essere basati sulla legge inglese, infatti la norma prevede che «(3) the parties may make such arrangements by agreeing to the application of institutional rules or providing any other means by which a matter may be decided. (4) It is immaterial whether or not the law applicable to the parties' agreement is the law of England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland. (5) The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter»⁸⁵⁸.

Inoltre alla *section 46* la legge prosegue affermando che «the arbitral tribunal shall decide the dispute a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal»⁸⁵⁹.

In una controversia in materia civile tra individui di fede ebraica, dunque, questi hanno facoltà di decidere liberamente di rivolgersi al *Beth Din* piuttosto che alle Corti inglesi, affinché la risolva applicando la legge ebraica, non solo in quanto autorità giurisdizionale interna alla comunità, ma anche nella sua veste di organismo arbitrale riconosciuto dall'ordinamento nazionale.

Il lodo pronunciato dal *Beth Din* non avrà valore soltanto all'interno della comunità ebraica, ma a tutti gli effetti costituirà una decisione vincolante anche per la legge inglese.

Tuttavia, la libertà riconosciuta alle parti circa la scelta dell'organismo arbitrale cui sottoporre la lite e delle regole da applicare per risolverla non è del tutto priva di limiti.

L'apertura a giurisdizioni religiose all'interno dello stato, infatti, non può non incontrare un limite e il ruolo riconosciuto alle autorità religiose all'interno dell'ordinamento non può e non deve costituire una giurisdizione parallela a quella nazionale, dunque non deve contrastarne i principi e i valori fondamentali. E ciò trova conferma nel caso *Soleimany v Soleimany*⁸⁶⁰ che riconosce il potere delle Corti civili inglesi di mettere in dubbio la legalità dei lodi arbitrali del *Beth Din* e impedirne l'esecuzione qualora questi producano effetti contrari all'ordine pubblico.

Il caso aveva ad oggetto una controversia finanziaria tra due commercianti iraniani di fede ebraica, padre e figlio, che esportavano tappeti persiani contravvenendo alle leggi iraniane in materia fiscale e doganale. Il *Beth Din* pur riconoscendo l'illiceità del loro comportamento, lo aveva ritenuto irrilevante ai fini della decisione, poiché non contrastante i precetti della legge

⁸⁵⁷La *section 1* dell'*Arbitration Act* stabilisce che «(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;

(c) in matters governed by this Part the court [High Court or county court] should not intervene except as provided by this Part».

⁸⁵⁸ *Arbitration Act* 1996, parte 1, sezione 4.

⁸⁵⁹ *Arbitration Act* 1996, parte 1, sezione 46.

⁸⁶⁰ *Soleimany v Soleimany* [1998] APP.L.R. 02/19 su cui si veda anche A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, L'Aja/New York, 2004, p. 414-415.

ebraica; al contrario la *Court of Appeal*, non potendo trascurare l'illegittimità dell'operato delle parti, che avevano agito in violazione di norme di legge, aveva riconosciuto la decisione del *Beth Din* contraria all'ordine pubblico e dunque non eseguibile.

III. IL DIVORZIO TRA CITTADINI INGLESII DI FEDE EBRAICA: UN DOPPIO PROCEDIMENTO

Tra le materia di competenza del *Beth Din* rientrano, come detto, i rapporti personali e familiari, come matrimoni e divorzi, che sono oggetto di specifiche prescrizioni.

Secondo la religione ebraica il matrimonio e il divorzio nascono dall'accordo tra gli sposi e il ruolo del *Beth Din* non è costitutivo del rapporto o del suo scioglimento, bensì serve esclusivamente ad assicurare che la volontà delle parti sia regolarmente manifestata, seguendo la procedura corretta⁸⁶¹.

Tuttavia, mentre i matrimoni ebraici possono essere registrati⁸⁶² così da avere effetti civili, il divorzio religioso ebraico non produce automaticamente effetti nell'ordinamento britannico, né può essere riconosciuto⁸⁶³. Allo stesso modo, anche il divorzio civile inglese non altera la validità dei matrimoni religiosi ebraici, che sono validi fino alla consegna di un *ghet*, il documento di divorzio religioso⁸⁶⁴.

Una coppia inglese di fede ebraica che intenda porre effettivamente fine al proprio matrimonio, dunque, deve necessariamente intraprendere entrambi i procedimenti, così da acquisire il suo nuovo *status* personale non solo nell'ambito della comunità religiosa di appartenenza, ma anche di fronte alla legge.

In mancanza di un provvedimento civile di divorzio, infatti, un individuo divorziato solo religiosamente, non può contrarre un nuovo matrimonio legalmente valido, né è legittimato ad agire per ottenere una pronuncia sul mantenimento proprio o dei figli; parimenti, chi abbia divorziato civilmente, ma non abbia ottenuto un *ghet*, rimane sposato secondo la religione ebraica e non può far valere la sua condizione personale all'interno della comunità, poiché per la legge ebraica il suo *status* resta immutato.

Un duplice divorzio, civile e religioso, diventa dunque condizione imprescindibile per godere dei diritti riconosciuti dalla legge e, al contempo, partecipare alla vita della propria comunità

⁸⁶¹ Diversamente che per la legge inglese, per la legge ebraica il matrimonio è un rapporto contrattuale tra gli sposi, seppure formalizzato solennemente e con un rito specifico, dunque così. Come la sua formazione dipende dalla volontà degli sposi, allo stesso modo è dal loro accordo che ne deriva lo scioglimento. Per questo il divorzio non richiede un procedimento costitutivo, ma non è altro che la ratifica, l'ufficializzazione, della volontà che le parti manifestano. Cfr. J.D. Bleich, A.J. Jacobson, *Jewish law and contemporary issues*, Cambridge, 2015, p. 35.

⁸⁶² Il *Jewish naturalization Act* del 1753 riconosceva il diritto degli inglesi di fede ebraica di contrarre matrimonio legittimamente secondo i loro riti, mentre il successivo *Marriage Act* del 1836 prevedeva la possibilità di registrare i matrimoni celebrati secondo il rito ebraico nel *Registrar of marriages*, assicurando effetti al contempo civili e religiosi.

⁸⁶³ Un'ipotesi eccezionale è costituita dai casi di divorzio ebraico ottenuto fuori dall'Inghilterra. In questo caso potrà essere riconosciuto ed avere validità per l'ordinamento inglese senza necessità di avviare un procedimento civile di divorzio, a condizione che a) il divorzio ebraico sia legalmente valido nel paese in cui è stato ottenuto, b) al momento del divorzio entrambi gli sposi fossero abitualmente residenti, domiciliati o cittadini del paese dove il divorzio è stato ottenuto, c) entrambe le parti fossero a conoscenza del procedimento di divorzio. In questo caso un *ghet* può essere riconosciuto come divorzio. Cfr. il caso scozzese *Broit v Broit* 1972 Scots Law Times, 32.

⁸⁶⁴ Il divorzio ebraico ha la sua fonte nel Deuteronomio, che al capitolo 24 fa riferimento a un "libello di ripudio" consegnato personalmente dallo sposo alla sposa, cioè, appunto, il *ghet* ebraico. Questo documento, dunque, non è un provvedimento o un atto del *Beth Din*, ma uno strumento che trae la sua efficacia dalla volontà e dal comportamento delle parti e che può essere equiparato, secondo Bleich e Jacobson, alla risoluzione di un contratto per mutuo consenso. Cfr. J.D. Bleich, A.J. Jacobson, *Jewish law and contemporary issues*, cit., p. 20-21.

religiosa, senza essere costretti a scegliere “either your culture or your rights”⁸⁶⁵, per citare ancora il discorso dell’Arcivescovo Williams.

La necessità di un doppio procedimento non è solo formale, poiché il provvedimento civile di divorzio è del tutto irrilevante per la legge ebraica e non ha alcun valore all’interno della comunità ortodossa, dunque il mancato ottenimento di un *ghet* ne vanifica ogni effetto, a meno che non si voglia abbandonare la propria comunità religiosa di origine.

Il mancato perfezionamento del procedimento religioso di divorzio, peraltro, ha conseguenze particolarmente pregiudizievoli, poiché lega tra loro gli sposi, rendendoli “incatenati” (*agun* o, al femminile, *agunah*) e impedendo loro di contrarre un nuovo matrimonio secondo i precetti ebraici.

Essere *agunah* è particolarmente pregiudizievole per le donne che, oltre a non potersi sposare secondo il rito ebraico, qualora ottenessero un provvedimento di divorzio civile e contraessero un nuovo matrimonio civile legalmente valido, senza l’ottenimento di un *ghet* sarebbero considerate adultere per la legge ebraica; ciò non solo porterebbe all’esclusione dalla comunità, ma penalizzerebbe gravemente anche gli eventuali figli del nuovo matrimonio che, in quanto figli di un’adultera, verrebbero considerati illegittimi (*mamzer*) e avrebbero anche loro preclusa la possibilità di sposarsi secondo la tradizione ebraica e di partecipare appieno alla vita religiosa della comunità.

Gli uomini, invece, pur avendo anch’essi preclusa la possibilità di sposarsi nuovamente secondo il rito ebraico, non vanno incontro ad altre conseguenze negative, così come gli eventuali figli di un loro nuovo matrimonio civile, poiché lo stato ebraico si trasmette per via materna e la condizione di *agun* non si trasmette per via paterna, dunque non incide sullo *status*.

Una ulteriore complicazione deriva dal procedimento di divorzio ebraico, poiché l’ottenimento di un *ghet* richiede il rispetto di forme specifiche: il *Beth Din* redige un documento secondo una precisa formula, su richiesta del marito che, personalmente o tramite un suo rappresentante, lo consegna alla moglie, ed entrambi devono poi manifestare il loro consenso di fronte al *Beth Din*.

Il rifiuto di una delle parti di fornire le informazioni necessarie alla stesura del *ghet*, di consegnarlo all’altra parte o di riceverlo, dunque, impedisce la conclusione del procedimento religioso. Ciò, di fatto, vanifica l’efficacia anche del divorzio civile e rende la donna, “*agunah*”, costringendola a rinunciare ai suoi diritti di donna divorziata, incompatibili con la vita all’interno della sua comunità di origine.

IV. IL DIVORCE (RELIGIOUS MARRIAGES) ACT

Sia in ambito religioso che civile, il divorzio è normalmente preceduto da una trattativa tra le parti per concordarne le condizioni e ciò pone il marito in una posizione di ingiusto vantaggio nella trattativa, poiché gli consente di bloccare il procedimento religioso, rifiutandosi di consegnare il *ghet* finché la moglie non accetti le sue condizioni.

Per questo motivo, il *Divorce (Religious Marriages) Act* del 2002 ha aggiunto la nuova *Section 10A*⁸⁶⁶ al *Matrimonial Causes Act* del 1973, la quale prevede che, qualora in pendenza di un

⁸⁶⁵ Cfr. R. Williams, *Civil and Religious Law in England*, cit.; A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, cit.

⁸⁶⁶ La *section 10A*, rubricata “Proceedings before divorce order has been made final: religious marriage” recita: “(1) This section applies if a divorce order has been made but not made final and the parties to the marriage concerned

(a) were married in accordance with

(i) the usages of the Jews, or

(ii) any other prescribed religious usages; and

(b) must co-operate if the marriage is to be dissolved in accordance with those usages.

procedimento civile di divorzio uno dei coniugi non collabori nel parallelo procedimento religioso per l'ottenimento del *ghet*, l'altro possa ricorrere al giudice civile competente e chiedere che l'ottenimento del *decree absolute* (dal 2022 in poi *final divorce order*, dopo il *Divorce Dissolution and Separation Act*) cioè il provvedimento definitivo di divorzio⁸⁶⁷, venga posticipato fino al completamento del procedimento religioso, ferma restando la discrezionalità della Corte nel valutare l'opportunità e la ragionevolezza del provvedimento. L'idea della ricerca di armonizzazione e di bilanciamento tra l'ordinamento civile e quello religioso che è sottesa a questo intervento normativo è evidente ed è stata chiaramente espressa nella decisione del caso *Re AI and MT*⁸⁶⁸, resa proprio in un'ipotesi di applicazione della *section 10A* in materia di divorzio ebraico. Le parti, una coppia di fede ebraica, dopo lunghe trattative avevano trovato un accordo in ordine alle condizioni economiche del divorzio e al mantenimento e affidamento dei figli solo grazie all'intervento di mediazione

(2) On the application of either party, the court may order that a divorce order is not to be made final until a declaration made by both parties that they have taken such steps as are required to dissolve the marriage in accordance with those usages is produced to the court.

(3) An order under subsection 2

(a) may be made only if the court is satisfied that in all the circumstances of the case it is just and reasonable to do so; and

(b) may be revoked at any time.

(4) A declaration of a kind mentioned in subsection 2

(a) must be in a specified form;

(b) must, in specified cases, be accompanied by such documents as may be specified; and

(c) must, in specified cases, satisfy such other requirements as may be specified.

(5) The validity of a divorce. Order made by reference to such a declaration is not to be affected by any inaccuracy in that declaration.

(6) "Prescribed" means prescribed in an order made by the Lord Chancellor after consulting the Lord Chief Justice and such an order

(a) must be made by statutory instrument;

(b) shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(7) "Specified" means specified in rules of court.

(8) The Lord Chief Justice may nominate a judicial office holder (as defined in section 109(4) of the Constitutional Reform Act 2005) to exercise his functions under this section".

⁸⁶⁷ Il procedimento di divorzio in Inghilterra è regolato dal *Matrimonial Causes Act* del 1973, recentemente modificato dal *Divorce Dissolution and Separation Act* del 2020, che ha apportato alcune fondamentali novità, tra cui, principalmente, l'introduzione del divorzio senza colpa. Fino al 6 aprile 2022, data di entrata in vigore della riforma, ciascuno dei coniugi, purché sposati da almeno un anno, poteva rivolgersi alla Corte allegando l'irrimediabile compromissione (*irretrievable breakdown*) del matrimonio e chiedendone lo scioglimento. Per dare avvio al procedimento era prevista la compilazione di un *form*, con cui si dichiarava la volontà di porre fine al matrimonio e si indicava una delle cinque possibili motivazioni che, ai sensi del *Matrimonial Causes Act*, potevano fondare la richiesta: l'adulterio, il comportamento irragionevole del coniuge, l'abbandono del tetto coniugale o la separazione di fatto per un periodo di due anni o di cinque anni, a seconda che le parti fossero d'accordo o in disaccordo sul divorzio.

Dopo il deposito del *form* presso la Corte e la sua notifica all'altra parte, in assenza di contestazioni sui motivi, e dell'eventuale conseguente loro accertamento, il richiedente può chiedere l'emissione del *Decree nisi*, il provvedimento con cui la Corte dichiara l'assenza di motivi che ostano alla possibilità di divorziare. Dopo un periodo di almeno sei settimane, durante le quali le parti possono perfezionare gli accordi sulle condizioni economiche del divorzio o chiedere l'intervento della Corte per determinarle, può essere presentata domanda per l'ottenimento del *Decree Absolute*, il provvedimento definitivo che conclude il procedimento di divorzio.

La riforma in vigore dal 2022 non solo ammette la presentazione di una domanda congiunta di divorzio, ma soprattutto pone fine al principio della colpa, ammettendo che la domanda venga presentata sulla base della sola allegazione del termine del rapporto, senza che sia necessario fornire alcuna motivazione specifica. I provvedimenti della Corte restano sostanzialmente immutati, ma cambiano il loro nome diventando *conditional order*, il primo, e *final order* o *divorce order* il secondo.

⁸⁶⁸ *Re AI and MT* [2013] EWHC 100 (Fam)

del *Beth Din*; tuttavia, prima della conclusione del procedimento civile, parallelamente instaurato dinanzi alla Corte inglese, la moglie si rifiutava di eseguire l'accordo prima della consegna del *ghet* da parte del marito, mentre quest'ultimo, a sua volta, si rifiutava di consegnarlo prima dell'approvazione dell'accordo da parte della Corte inglese.

L'accordo è stato ratificato anche in sede civile e la decisione riporta alcune considerazioni particolarmente rilevanti circa l'armonizzazione e il bilanciamento del ruolo delle autorità giurisdizionali civili e di quelle religiose in materia di divorzio.

Il giudice Baker, estensore della sentenza, parte da alcune premesse generali: afferma prima di tutto l'esclusiva competenza delle corti civili per la risoluzione delle controversie relative al benessere e al mantenimento dei figli, che non può essere derogata da un accordo tra le parti⁸⁶⁹, anche in considerazione della necessità di garantire il superiore interesse del minore⁸⁷⁰. Al contempo, pur affermando l'assoluto rispetto della Corte per la religione ebraica così come per ogni altra confessione e fede religiosa, ricorda che «that respect does not oblige the court to depart from the welfare principle because the welfare principle is sufficiently and broad and flexible to accommodate many cultural and religious practices»⁸⁷¹. Infine, ribadisce l'importanza del raggiungimento di un accordo per la definizione delle condizioni di divorzio. Nel ratificare l'accordo raggiunto, il giudice sottolinea l'importanza del ruolo del *Beth Din*, scelto dalle parti in ragione della loro profonda fede religiosa, e afferma che «at a time when there is much comment about the antagonism between the religious and secular elements of society, it was notable that the court was able not only to accommodate the parties' wish to resolve their dispute by reference to their religious authorities, but also buttress that process at crucial stages».

Nonostante il diritto di famiglia rimanga una materia sottratta alla competenza arbitrale del *Beth Din* e prevalga la necessità che le Corti civili presidino l'applicazione di principi fondamentali come quelli posti a tutela dell'interesse dei minori, l'intervento di mediazione di questo tribunale viene ritenuto conforme agli scopi posti dalle *Family Procedure Rules* del 2010 ed è visto con favore, avendo consentito il raggiungimento di un risultato conforme alla legge inglese e, al contempo, alla cultura e alle tradizioni delle parti.

La decisione, ponendosi sulla scia del discorso citato all'inizio di questa analisi, che cita espressamente, ne condivide l'idea di armonizzazione e bilanciata convivenza tra ordinamento civile e religioso e afferma che «at a time when there is much comment about the antagonism between the religious and secular elements of society, it was notable that the court was able not only to accommodate the parties' wish to resolve their dispute by reference to their religious authorities, but also buttress that process at crucial stages – by adjourning the case for arbitration; by using wardship as a protective mechanism for the

⁸⁶⁹ «First, insofar as the court has jurisdiction to determine issues arising out of the marriage, or concerning the welfare and upbringing of the children, that jurisdiction cannot be ousted by agreement. The parties cannot lawfully make an agreement either not to invoke the jurisdiction or to control the powers of the court where jurisdiction is invoked».

⁸⁷⁰ Il Giudice afferma. Che «when considering issues concerning the upbringing of children, it is the child's welfare that is the paramount consideration», richiamando quanto già espresso in *Re J (A Child) (Custody Rights: Jurisdiction)* [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80 sul rapporto tra *best interest of the child* e affidamento.

⁸⁷¹ Sul punto, cita ancora la *Baroness Hale* nel citato caso *Re J* del 2005 che, ai paragrafi 37 e 38 afferma che «it would be wrong to say that the future of every child who is within the jurisdiction of our courts should be decided according to a conception of child welfare which exactly corresponds to that which is current here. In a world which values difference, one culture is not inevitably to be preferred to another. Indeed, we do not have any fixed concept of what will be in the best interests of the individual child... We are not so arrogant as to think that we know best... Hence our law does not start from any a priori assumptions about what is best for any individual child (...) There is nothing in those principles which prevents a court from giving great weight to the culture in which a child has been brought up when deciding how and where he will fare best in the future. Our own society is a multi-cultural one».

children pending the outcome of the arbitration; by making the “safe harbour” orders that enabled the mother to travel to New York with M for the purpose of taking part in the process; by holding an emergency interim contact hearing; and by giving provisional approval of the draft final order to facilitate the granting of the Get. In this respect, this case illustrates the principle propounded by Archbishop Rowan Williams in his 2008 lecture “Civil and Religious Law in England: a Religious Perspective” (cited by Mr. Setright QC and Mr. Devereux) that “citizenship in a secular society should not necessitate the abandoning of religious discipline, any more than religious discipline should deprive one of access to liberties secured by the law of the land, to the common benefits of secular citizenship”⁸⁷².

V. IL DIVORZIO RELIGIOSO EBRAICO E LE ALTRE NORME DI TUTELA DEI DIRITTI

La *section 10A* del *Matrimonial Causes Act* non è l'unico strumento normativo posto dall'ordinamento inglese a presidio dei diritti delle parti di un procedimento religioso di divorzio. Proprio a conferma della preminenza dei diritti e della garanzia della loro tutela, è previsto che, quando una delle parti rifiuti di consegnare il *ghet* per estorcere condizioni di divorzio peggiori di quelle che verrebbero riconosciute, o comunque pregiudizievoli per i minori, si possa avviare un procedimento penale ai sensi della *section 76* del *Serious Crime Act* del 2015.

Inoltre, l'argomento è stato ripreso anche in occasione dell'introduzione del nuovo *Domestic Abuse Act* del 2021, che include il rifiuto di accettare o di consegnare il *ghet* tra le fattispecie di controllo o comportamento coercitivo⁸⁷³ e il paragrafo 67 del *Government's Domestic Abuse: Draft Statutory Guidance*, intitolato “*Recognising domestic abuse*” fa espresso riferimento al divorzio ebraico e all'ipotesi in cui “a recalcitrant husband may refuse to give his wife a Jewish bill of divorce (or a wife may unreasonably refuse to accept a Jewish bill of divorce) Unreasonably preventing a religious Jewish marriage being dissolved often includes the imposition of such conditions”.

Il ricorso a rimedi di natura penale è meno frequente e non è auspicabile, ma la loro previsione è un chiaro indice dell'attenzione dell'ordinamento al raggiungimento di un livello di tutela effettivo, che faccia da contraltare all'apertura alle confessioni religiose e alle minoranze, nonché al riconoscimento di uno spazio di azione e applicazione per autorità e regole diverse da quelle del sistema nazionale.

VI. CONCLUSIONE

La regolamentazione del divorzio religioso ebraico in Inghilterra è esemplificativa dell'approccio britannico al pluralismo religioso e offre un significativo spunto di riflessione sulla direzione che il diritto di famiglia deve prendere per confrontarsi efficacemente con le mutazioni sociali portate dai flussi migratori.

L'idea di fondo è che, in una società multiculturale, la legge nazionale può ottenere un effettivo livello di tutela dei diritti solo grazie al bilanciamento e all'armonizzazione e, pur potendo e dovendo intervenire ogniqualvolta i diritti fondamentali dell'individuo siano messi a rischio, non può imporre la sua supremazia vietando gli usi delle diverse comunità cui si

⁸⁷² *Re AI and MT* [2013] EWHC 100 (Fam), paragrafo 35.

⁸⁷³ Ai sensi della *section 77* del *Serious crime Act* del 2015 «Controlling behaviour is: a range of acts designed to make a person subordinate and/or dependent by isolating them from sources of support, exploiting their resources and capacities for personal gain, depriving them of the means needed for independence, resistance and escape and regulating their everyday behaviour; and Coercive behaviour is an act or a pattern of acts of assault, threats, humiliation and intimidation or other abuse that is used to harm, punish, or frighten their victim».

rivolge, poiché ciò porterebbe al suo rifiuto e, paradossalmente, rafforzerebbe proprio quelle regole tradizionali che mirava ad estirpare.

In questo senso, l'applicazione degli strumenti del diritto privato a supporto e delimitazione della libertà riconosciuta alle confessioni religiose esprime una nuova sensibilità per il multiculturalismo moderno e offre nuovi spunti per ripensare il diritto di famiglia come elemento centrale dell'evoluzione sociale in atto, inevitabilmente destinato ad una crescente contaminazione.