



VALENTINA CAPASSO

Open data giudiziari, protezione dei dati personali e *accountability* del giudice: esperienze straniere

La recente messa a disposizione della banca dati delle decisioni di merito pone all'attenzione dello studioso italiano un problema già postosi in Francia, ove nel 2016 è stato deliberato l'*open data* delle decisioni giudiziarie: quello della diffusione dei dati dei magistrati e del possibile *profilage* degli stessi.

The recent release of the database of trial decisions brings to the Italian scholar's attention a problem that has already arisen in France, where the open data of judicial decisions was decided in 2016: that of the dissemination of magistrates' data and their possible profiling.

Sommario: 1. Introduzione: *open data* vs. divieto di utilizzo dei dati. Un paradosso? – 2. *Open data* e “bisogno di regolazione” – 2.1 Prima relativizzazione: un “bisogno” essenzialmente riconducibile alla diffusione massiva delle decisioni di merito – 2.2 Seconda relativizzazione: un “bisogno” avvertito a prescindere dall'*open data* – 3. Il *quomodo* della regolazione – 3.1 Prima ipotesi: la *public is public policy* – 3.3 Seconda ipotesi: la riproduzione in linea della *practical obscurity* “fisica” – 4. Un'ipotesi di soluzione: la *transactional licence* per lo sfruttamento del *Find case law service* inglese

1. Introduzione: *open data* vs. divieto di utilizzo dei dati. Un paradosso?

Se i temi che compongono il titolo della relazione assegnatami costituissero altrettante parole chiave legate da un AND, l'ipotetico motore di ricerca restituirebbe verosimilmente una serie di risultati univocamente riconducibili ad un solo sistema: quello francese, che, dopo aver guadagnato, nel 2019, il triste primato nella criminalizzazione del *profilage* dei magistrati, ne conserva tuttora l'esclusiva nel panorama internazionale; ciò che non ha mancato di attirare l'attenzione (e le critiche) della stampa anche straniera¹, e che, prima ancor che censurabile, è apparso ai più frutto di atteggiamento incoerente da parte del legislatore, il divieto essendo stato calato nel quadro dell'attuazione dell'*open data* delle decisioni giudiziarie, approvato solo 3 anni prima, con la L. 2016-1321 del 7 ottobre 2016, *Loi pour une République numérique*, e ufficialmente presentato come massimo indice di trasparenza nella e della amministrazione della giustizia².

¹ Non stupisce allora che la dottrina francese abbia tentato di correggere l'immagine internazionale del sistema di provenienza, chiarendo che ad essere vietata, allo stato, non è qualunque attività di *legal analytics*, ma la sola profilazione individuale (F. G'SELL, *Predicting courts' decisions is lawful in France and will remain so*, in www.actualitesdudroit.fr, 2 juillet 2019); ma l'impressione che il divieto, pur così circoscritto, costituisca un privilegio irragionevole, piuttosto che una garanzia necessaria, resta.

² V., per tutti, E. FOUREL - Y. RAHMANI, *Réutilisation des données d'identité des magistrats : Quel avenir pour la justice prévisionnelle ? Le juge français face aux legaltech*, in *Droit & Croissance*, 15 janvier 2020, p. 4, per il rilievo secondo cui «[i]

In realtà, più che di incoerenza, il legislatore francese sembra poter essere tacciato di precipitazione: calato dall'oggi al domani nel contesto della più ampia riforma del 2016, l'*open data* è stato infatti approvato senza discussioni, senza studi d'impatto preventivi, senza un obiettivo politico chiaro³. Così, è solo a seguito della diffusione del rapporto esitato dalla c.d. commissione Cadiet⁴, istituita anche al fine di comprendere – dunque, solo *a posteriori* – le implicazioni della riforma che si è posto il problema dell'anonimizzazione e/o pseudonimizzazione dei dati e, con esso, quello della tutela della *privacy* degli operatori istituzionali, evidenziandosi, nel rapporto, l'esistenza di opinioni contrastanti quanto all'opportunità, o meno, di oscurare anche i dati relativi all'ufficio (magistrati e personale di cancelleria)⁵. In particolare, pur non mancando, anche tra le file della magistratura, opinioni nettamente contrarie all'oscuramento – *in primis* in ragione del dovere di rendiconto che grava su ciascun esponente dell'autorità giudiziaria –, il rapporto rappresenta ampiamente le ragioni dei fautori della soluzione opposta – ragioni riconducibili ai rischi del *profilage* (*forum shopping*, moltiplicazione delle istanze di ricasazione, pressioni e, in taluni casi, finanche minacce all'incolumità dei magistrati) e alla superfluità del dato relativo all'autore delle singole decisioni rispetto al fine ultimo dell'*open data* (la migliore conoscibilità della giurisprudenza, di per sé massiva e impersonale) – nonché una serie di soluzioni intermedie, quali quelle di procedere ad oscuramenti solo parziali, in base al grado di rischio (rischio minore con riferimento alle decisioni di legittimità e, in genere, a quelle collegiali), e/o di risolvere per altra via i problemi ipotizzati (ad esempio, mediante un rafforzamento delle garanzie della collegialità e del principio del giudice naturale)⁶. Ma il legislatore, ormai pressato dalla necessità di passare finalmente alla fase attuativa ed esclusa, dopo alcuni tentennamenti, l'opzione per la pubblicazione di sentenze anonime⁷, ha scelto la via più *rapida*

existe une contradiction apparente entre, d'une part, le fait de publier les décisions de justice pour les rendre accessibles à tous les justiciables et, d'autre part, interdire la libre utilisation, par les justiciables, d'un élément présent dans ces publications».

³ P. DEUMIER, *L'effetto dell'open data sulla giurisprudenza dei giudici di merito*, in V. CAPASSO (a cura di), *En faveur d'un procès civil artificiellement intelligent. Une approche comparative*. Atti del Convegno di Napoli, 12 maggio 2023, Napoli, 2024, p. 63 ss.

⁴ *L'open data des décisions de justice. Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, in www.justice.gouv.fr, novembre 2017 (di seguito: *rapport Cadiet*).

⁵ *Rapport Cadiet*, cit., p. 43 ss.

⁶ Principio non presidiato, in Francia, da una norma di rango costituzionale (R. ROMBOLI, *Composizione del giudice e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1976, c. 101); ciò che si riflette tutt'ora nelle pratiche, peraltro estremamente eterogenee, di distribuzione interna degli affari (sul punto, v. E. JEULAND, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire*, in *RFAP*, 2008, p. 33 ss.).

⁷ L'art. 19 del progetto di legge approvato dal Senato prevedeva l'adozione di modalità tali da prevenire «*tout risque de ré-identification des magistrats, fonctionnaires de greffe, des parties et leur entourage [...], ainsi que tout risque, direct et indirect, d'atteinte à la liberté d'appréciation des magistrats et à l'impartialité des juridictions*». Accogliendo l'emendamento CL 914, la *commission des lois* dell'Assemblée nationale ha, tuttavia, limitato l'oscuramento dei dati degli operatori

per liberarsi dai rischi che il *profilage* dei magistrati avrebbe potuto comportare: quella di vietarlo⁸.

Ora, la constatata, perdurante unicità della soluzione francese – pur poco sorprendentemente invocata come esempio da parte della nostra magistratura associata, nell'immediatezza dell'entrata in funzione della banca dati delle decisioni di merito⁹ – sembrerebbe suggerire che il richiesto confronto con le «esperienze straniere» debba esaurirsi con il vaglio *critico*, in tutti i sensi, di una sola esperienza. Vaglio critico che – una volta scartate le poche voci che pur si sono levate a favore dell'estensione *sic et simpliciter* della disciplina in materia di tutela della *privacy* anche ai magistrati – a propria volta sembrerebbe potersi esaurire nella considerazione che *come* pare fuor di dubbio che l'intestazione “In nome del popolo” dei provvedimenti decisorî porta con sé la necessaria assunzione della relativa responsabilità, e così impone che ciascuno di essi sia sempre e apertamente imputabile al proprio autore, *così*, una volta rese pubbliche e riutilizzabili le decisioni, altrettanto pubblici e riutilizzabili dovrebbero essere i dati relativi ai magistrati che quelle hanno reso.

Questo era, in effetti, il mio convincimento iniziale; e invece, se continuo a ritenere che un divieto assoluto, come quello stabilito dal legislatore francese, non trovi sufficienti giustificazioni (né tra quelle addotte, né tra quelle ulteriormente ipotizzabili), il confronto con altre esperienze e, soprattutto, con l'elaborazione della dottrina straniera mi ha infine indotto a dubitare che alla pubblicità del dato debba accompagnarsi necessariamente e indefettibilmente il suo libero riutilizzo. Ciò che, invece, mi pare possa trarsi dall'osservazione del fenomeno in prospettiva comparata è – anzitutto – che una correlazione necessaria, se c'è, passa tra *open data* e necessità di governarne le implicazioni, e dunque di regolare l'utilizzo dei dati (I); e – in secondo luogo – che la regolamentazione, se rispetto al tema che interessa non pare poter implicare l'estensione *sic et simpliciter* di quella volta a tutelare la *privacy* delle parti, sembra comunque potersi almeno ispirare a quella nelle modalità (II).

istituzionali ai soli casi in cui la divulgazione degli stessi sia suscettibile di «porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage»: cfr. T. COUSTET, *Open data : les députés déverrouillent l'anonymisation des décisions*, in *Dalloz actualité*, 9 novembre 2018.

⁸ L'art. 33 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vieta il riutilizzo dei dati personali dei magistrati e dei membri della cancelleria quando tale attività abbia « pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées ». Il divieto è presidiato da sanzioni sia amministrative (irrogate dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* o CNIL) che penali (cfr. art. 226-18 CP, che prevede la reclusione fino a 5 anni e una multa fino a € 300.000, nonché artt. 226-24 e 226-31 CP, che importano il divieto di esercitare l'attività nell'ambito della quale è stato commesso il reato).

La previsione ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, avendone il Conseil constitutionnel avallato la *ratio*, i.e. quella di evitare « des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice » (cfr. Cons. const. 21 mars 2019, no 2019-778 DC, pt 93, in *AJ Famille*, 2019, 172, obs. V. AVENA-ROBARDET, *Réforme de la justice*; v. però T. DOUVILLE, *Open data des décisions de justice, cinq ans après : état des lieux et perspective*, in *Légipresse* 2021, p. 55, secondo cui «la collégialité des audiences et l'obligation de mobilité des magistrats réduisent l'importance de ce risque».

⁹ V. il comunicato “L'urgenza di anonimizzare i nomi dei giudici sulle sentenze pubblicate”, in www.aredg.it, 21 dicembre 2023.

2. Open data e “bisogno di regolazione”

L'idea della necessità di far seguire all'opzione dell'*open data* la regolazione delle sue conseguenze mi pare consenta anzitutto di ridimensionare il significato dell'attuale isolamento della soluzione francese sotto il profilo dell'*an* (fermo il rigetto del *quomodo*); perché essa rappresenta un *unicum* non solo dal punto di vista normativo, ma anche, e prima ancora, da quello del fenomeno regolato, la stessa estensione dell'*open data* non trovando attualmente pari, quantomeno tra i Paesi democratici. Se è vero, infatti, che il vero primato, dal punto di vista cronologico, pare spettare alla Cina, ove l'obbligo di pubblicare tutte le decisioni rese vige già dal 2014, è chiaro che lì un problema di tutela degli autori delle stesse neppure si pone, lo scopo (implicito, ancorché evidente) della pubblicità risiedendo nella volontà non di assicurare la trasparenza dell'attività giudiziaria, bensì di controllare l'operato dei giudici, onde immediatamente individuare eventuali deviazioni dalla legge (e, quindi, dalla dottrina del partito)¹⁰.

Circoscrivendo, allora, l'analisi alle sole esperienze realmente comparabili, quantomeno sotto il profilo che interessa, va innanzitutto menzionato, con riferimento ai Paesi UE, il recente rapporto “*Tableau comparatif sur l'encadrement de l'accès en données ouvertes aux décisions de justice*”, realizzato dal gruppo *Justice en ligne*, nel quadro della presidenza francese del Consiglio UE. Da esso si trae che la maggioranza degli Stati membri prevede una pubblicazione solo selettiva delle decisioni (spesso, seppur non sempre, da ritenersi limitata, direttamente o indirettamente, a quella delle pronunce delle giurisdizioni superiori), e anche quelli – Estonia e Malta – che pongono quale principio quello della pubblicazione generalizzata, lasciano poi spazio alla discrezionalità del giudice o del collegio la valutazione di (in)opportunità di procedervi. E se è vero che anche la Francia, come altri 10 Paesi, esclude la pubblicazione delle decisioni relative a materie particolarmente sensibili, l'*open data* disposto nel 2016 e in via di realizzazione non sembra tuttora trovare una pari estensione altrove.

Il risultato non cambia ampliando il raggio di indagine: così, ad esempio, nel Regno Unito, nonostante le decisioni siano qualificate come «*official public records*» dalla s. 8 del Public Records Act 1958, non esiste, allo stato, alcuna banca dati pubblica completa, né il *Find case law service*¹¹ recentemente posto in essere da *The National Archives* – e di cui dirò qualcosa in più nelle conclusioni – pare aver colmato tale vuoto, il *database* essendo ancora ben lungi dal potersi dire completo (soprattutto con riferimento alle decisioni delle Corti inferiori)¹².

¹⁰ B.L. LIEBMAN - M. ROBERTS - R.E. STERN - A.Z. WANG, *Mass Digitization of Chinese Court Decisions: How to Use Text as Data in the Field of Chinese Law*, in *J.L. & Courts*, 2020, p. 177 ss.

¹¹ <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/about-this-service>.

¹² P. MAGRATH - G. BERESFORD, *Publication of listed judgments: Towards a new benchmark of digital open justice*, in www.iclr.co.uk, 2023.

Parimenti manca una banca dati sfruttabile e completa delle sentenze statunitensi: vero è che il sistema PACER (*Public Access to Court Electronic Records*) raccoglie (e consente l'accesso a) gli atti di tutti i procedimenti avviati innanzi alle Corti federali, ma il *database* è assolutamente inadeguato alla ricerca¹³; con la conseguenza che – soprattutto con riferimento alle decisioni delle *trial courts* – gli operatori (studiosi, ma anche e *in primis* giudici) sono costretti ad avvalersi delle banche dati private, con i connessi (e verificati) problemi di *selection bias* che questo comporta rispetto all'attendibilità dei risultati¹⁴; problemi ai quali, allora, può dubitarsi sfuggano in generale i *tools* di *judicial analytics*, che pure hanno sinora trovato massima espansione proprio negli Stati Uniti¹⁵. Rispetto all'altro estremo della piramide giudiziaria, poi, si discute da anni della zona grigia in cui la Corte suprema scientemente relega alcune attività, l'opinione maggioritaria esprimendosi in favore di una maggiore pubblicità¹⁶: non appare casuale, allora, che – discorrendosi del tema del divieto di trasmissione televisiva degli *oral arguments* della *Supreme Court*, delle decisioni rese *per curiam* in ipotesi di parità dei voti (nei casi in cui il *panel* risulti accidentalmente composto da 8, invece che da 9 *Justices*), della piena disponibilità dei *working papers* da parte dei magistrati supremi – il recente divieto francese sia stato richiamato dagli *scholars* più che per puntare il dito, per evidenziare come il male sia comune¹⁷.

2.1 Prima relativizzazione: un “bisogno” essenzialmente riconducibile alla diffusione massiva delle decisioni di merito

In sostanza, l'*open data* ancora non è realtà nella stragrande maggioranza dei Paesi, ove pure la pubblicità delle decisioni supreme è ampiamente garantita da decenni; e la mia insistenza sulle lacune relative alle decisioni di merito non è casuale. Infatti, se è vero che i problemi teorici tendenzialmente prescindono dalla dimensione *quantitativa* dei fenomeni regolandi, neppure può trascurarsi che le conseguenze pratiche dell'accesso indiscriminato alle (e del

¹³ Come spiega A.A. REINERT, *Measuring selection bias in publicly available judicial opinions*, in *Rev. Litig.*, 2018, p. 258, «[t]o find a judicial decision of interest, one must first identify a case, then view the docket, find the docket entry for the decision, and view it on a pdf browser. There is no way, through PACER, to conduct any mass text-based search for particular judicial opinions». Identico problema si riscontra con riferimento alle decisioni d'appello: cfr. K. CARLSON - M.A. LIVERMORE - D.N. ROCKMORE, *The Problem of Data Bias in the Pool of Published U.S. Appellate Court Opinions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2020, p. 224 ss.

¹⁴ A.A. REINERT, *Measuring*, cit., p. 255 ss.

¹⁵ G. LUPO, *The ethics of Artificial Intelligence: An analysis of ethical frameworks disciplining AI in justice and other contexts of application*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, p. 637.

¹⁶ E.J. SEGALL, *Invisible Justices: How Our Highest Court Hides from the American People*, in *Georgia State University L.R.*, 2016, p. 787; N.S. MARDER, *The Supreme Court's Transparency: Myth or Reality?*, ivi, p. 849 ss.; S.R. WEST, *The Supreme Court's Limited Public Forum*, in *Wash. & Lee L. Rev. Online*, 2017, p. 572 ss.; R.A. POSNER, *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses*, Boston, 2017, *passim*.

¹⁷ F. BAUMANN - F. FAGAN, *When more isn't always better: The ambiguity of fully transparent judicial action and unrestricted publication rules*, in *Int'l R. Law & Economics*, 2023, p. 2, testo e nota 8.

potenziale riutilizzo illimitato delle) decisioni delle Corti supreme e dei giudici di merito (quest'ultimo costituendo, come visto, la reale novità dell'*open data*) si differenziano anche dal punto di vista *qualitativo*: e ciò vale già con riferimento ai principali rischi identificati dal *rapport Cadiet*.

Così, quelli di *forum shopping*, ove realmente sussistenti – evidentemente, per difetto originario della disciplina della competenza –, si pongono solo laddove sia riscontrabile un'articolazione territoriale degli uffici: ciò che di norma non vale per le Corti supreme. D'altro canto, anche la paventata moltiplicazione delle istanze di ricusazione, in ipotesi fondata su *bias* dimostrati dagli algoritmi di profilazione, ammesso che sia veicolabile attraverso i motivi eventualmente previsti dalla disciplina nazionale, sembra suscettibile di verificarsi pressoché esclusivamente in relazione a controversie *fact intensive*, quali sono di norma quelle che si pongono innanzi ai giudici di merito. Viceversa, l'eventuale *profiling* di un giudice di legittimità potrà semmai condurre ad identificare una giurisprudenza personale: ciò che ha pubblicamente fatto la recente Cass., 11 novembre 2022, n. 33270, che ha individuato un contrasto in relazione alla questione dell'applicabilità, o meno, della sanzione di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115/2002, in caso di improcedibilità del ricorso per cassazione non iscritto a ruolo, tra la giurisprudenza della Corte e quella di un unico estensore. Epperò, l'adozione di una certa interpretazione della legge non solo risulta difficilmente riconducibile in maniera univoca ad un pregiudizio di fondo rilevante, ma neppure richiede di passare sotto silenzio: anzi.

Con riferimento alle questioni di diritto, tuttavia, i profili critici non si esauriscono qui. Invero – e stavolta sono gli studiosi statunitensi di *behavioral law and economics* a ricordarlo – se è fenomeno generalmente riscontrabile quello del mutamento del comportamento di un operatore osservato e consapevole di esserlo, nella specie tale fenomeno si traduce – per quanto interessa gli analisti economici del diritto di *common law* – in un potenziale *deficit* di informazione dovuto alla dissimulazione, nelle *opinions*, delle vere ragioni poste a base della decisione; per quanto può rilevare per il giurista, e in particolare per il giurista italiano, in un incentivo al conformismo. Fenomeno, quest'ultimo, di per sé ambivalente dal punto di vista economico (potendosi leggere in chiave di apprezzabile uniformazione o di censurabile appiattimento della giurisprudenza, secondo che l'attenzione si appunti sul valore della certezza del diritto o su quello del conseguimento della maggiore efficienza del diritto giurisprudenziale, anche a mezzo del suo progressivo mutamento al mutare delle esigenze sociali); ma certo tanto più bisognoso di considerazione dal punto di vista normativo in un Paese quale il nostro, ove la recente riforma dell'ordinamento giudiziario ha elevato al rango legislativo la verifica, ai fini della valutazione di professionalità del magistrato, della tenuta nei

gradi successivi dei provvedimenti dallo stesso resi¹⁸. E tale ultima considerazione conferma, *praticamente*, l'accennato diverso rilievo della diffusione massiva delle decisioni di merito e – in ultimo – quanto ancora una volta gli studiosi stranieri solo *teorizzano*, ovvero che il fenomeno risulta tanto meno accentuato quanto più si risale la piramide giudiziaria: vuoi per la diversa esposizione cui sono (abituati e comunque) tenuti i giudici supremi e quelli di merito, vuoi per il differente grado di esperienza degli uni e degli altri, vuoi, ancora, per la – tendenziale – diversa composizione dello stesso organo giudicante, la collegialità connotandosi sempre più spesso quale caratteristica dei giudici dell'impugnazione.

2.2 Seconda relativizzazione: un “bisogno” avvertito a prescindere dall'open data

Ora, la valutazione della serie di implicazioni che l'*open data* è suscettibile di spiegare spetta evidentemente alla stessa autorità titolata a disporlo; ed è comprensibile, seppur non necessariamente condivisibile, che nell'agenda politica dei diversi Paesi il momento della regolazione non sia ancora arrivato, mancando l'opzione per l'accesso aperto, e quindi lo stesso fenomeno reale da regolare.

Ciò non esclude, però, che la dottrina e/o altre istituzioni comincino ad interrogarsi sul tema: ed infatti, benché la maggiore attenzione sia ovunque dedicata al problema della tutela della *privacy* delle parti, non mancano spunti anche relativamente al tema che interessa; spunti che ancora una volta consentono di relativizzare la critica avverso il sistema francese, poiché dimostrano che le preoccupazioni espresse dalla commissione Cadiet non costituiscono una novità, né dal punto di vista cronologico né nel panorama internazionale.

Basti pensare che, in Belgio, ove tuttora risulta liberamente accessibile solo una minima parte della giurisprudenza, l'autorità garante in materia di *privacy* – la *Commission de la protection de la vie privée* (CPVP) –, dopo aver segnalato, in un parere del 1996¹⁹, i rischi che la progressiva messa a disposizione online di ampie raccolte giurisprudenziali indagabili sulla

¹⁸ L'art. 3, comma 1, lett. g), l. 17 giugno 2022, n. 71 ha delegato il Governo a «prevedere che, ai fini della valutazione di cui all'articolo 11, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, il consiglio giudiziario acquisisca le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento, nonché, in ogni caso, che acquisisca, a campione, i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio»; ora, come traspare dal testo, una verifica in tal senso era già prevista: in particolare, la Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 “*Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati, con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 24 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 marzo 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018*”, al Capo V, punto 2) lett a), annovera(va), tra gli «indicatori della capacità», «l'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, relativi alla definizione di fasi procedurali o processuali o all'adozione di misure cautelari, accertato attraverso la comunicazione dei dirigenti degli uffici e da valutarsi, ove presenti caratteri di significativa anomalia, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati, rapporto da valutarsi altresì avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati ed alla evoluzione giurisprudenziale».

¹⁹ CPVP, Avis n° 07/96 du 22 avril 1996.

base di vari criteri di ricerca (compreso quello relativo al nome delle parti) avrebbe potuto comportare per la privacy dei litiganti, ha – con ulteriore parere dell’anno successivo – sottolineato come «[l]a protection des données concerne non seulement les données relatives aux parties, mais également celles des juges ou auxiliaires de la justice, voire celles de tiers cités par le jugement»²⁰. E, benché al tempo la conclusione ultima della Commissione sia stata nel senso che «[p]our les noms des magistrats, des experts ou des avocats et, de manière générale, des auxiliaires de justice, [...] le droit du public de connaître l’identité de ceux qui ont prononcé la décision et qui y ont collaboré semble prépondérant», salva la possibilità di prevedere un eccezionale «droit à la dépersonnalisation» su richiesta (ma solo per gli «auxiliaires de justice»), la stessa Autorità è tornata sul tema con una più recente raccomandazione, mutando avviso e così risolvendo in favore della *privacy* – anche dei magistrati – il vaglio di proporzionalità richiesto dalla legge nazionale in materia di dati personali²¹ ai fini del loro trattamento²². Bilanciamento, questo, che ha ricevuto l’avallo di almeno parte della dottrina²³, essendosi sostenuto – da un lato – che il concetto di dato personale, come definito dalle fonti europee, appare sufficientemente ampio da ricomprendere anche quelli degli operatori pubblici del processo e – dall’altro, con quella che, seppur non evocata, appare un’applicazione del principio di minimizzazione dei dati di cui all’art. 5 GDPR – che «la seule finalité liée au contrôle du pouvoir judiciaire (correcte

²⁰ CPVP, Avis n° 42/1997 du 23 décembre 1997, che prosegue osservando che «on peut imaginer la facilité avec laquelle un internaute averti recueillera l’ensemble de la jurisprudence relative à des licenciements pour motifs graves pour en extraire les nom et adresse des employés mis en cause, ou identifier les médecins dont la responsabilité aurait été mise en cause devant les tribunaux. Le comportement d’un juge face à tel ou tel type de conflits pourra être évalué statistiquement et le nom d’un avocat pourra être associé à un pourcentage d’issues favorables de procès».

²¹ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l’égard des traitements de données à caractère personnel (LPV).

²² «L’article 4, § 1, premier alinéa, 2° de la LVP prévoit que les données à caractère personnel collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l’intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables. [...] La décision par laquelle un litige est réglé comporte un certain nombre de données à caractère personnel [...] Compte tenu de l’article 149 de la Constitution, la publication de ces décisions en les rendant accessibles à des tiers gratuitement par voie électronique – ce qui permet un contrôle élargi du fonctionnement des juridictions (pas d’arbitraire, motivation correcte, respect des dispositions légales) ainsi qu’une connaissance plus étendue de la jurisprudence – peut être qualifiée de traitement ultérieur compatible avec la finalité initiale (règlement des litiges) pour laquelle ces données ont été collectées. [...] Dans le cadre de ce traitement ultérieur, ne peuvent être traitées que les données adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement (article 4, § 1, premier alinéa, 3° de la LVP). [...] Dans la mesure où le traitement ultérieur "publication" vise un contrôle et une connaissance étendus de la jurisprudence, la question se pose de savoir si, à la lumière de l’article 4, § 1, premier alinéa, 3° de la LVP, il est proportionnel que les données à caractère personnel mentionnées dans les décisions soient également publiées. [...] La Commission estime qu’une réponse négative s’impose parce que le contrôle porte sur le contenu ainsi que sur l’aspect juridique et qu’à cet égard, les données à caractère personnel ne sont pas du tout pertinentes. Cela vaut pour les données à caractère personnel qui concernent à la fois les parties, les avocats, les tiers, les juges et les greffiers » : CPVP, Recommandation n° 03/2012 du 8 février 2012.

²³ J. MONT, *RGDP : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ?*, in *Journal des Tribunaux*, 2019, p. 442 ss.

application de la loi, respect de l'exigence de motivation, lutte contre l'arbitraire) ne peut pas affaiblir la protection des données à caractère personnel des juge», essendo peraltro l'obiettivo di controllo democratico già sufficientemente garantito a «par le fait que les audiences sont, pour la plupart, publiques, et que les décisions originales sont consultables aux greffes des juridictions»²⁴.

3. Il quomodo della regolazione

La tesi da ultimo riportata, nella sua duplice articolazione (inclusione dei dati personali dei magistrati nell'ambito di applicazione del GDPR e consequenziale applicazione del principio di minimizzazione), consente di passare al secondo dei punti da analizzare: quanto della disciplina dedicata ai dati delle parti o dei terzi comunque coinvolti dal giudizio (e dunque menzionati dalla decisione) sia estensibile ai magistrati.

In realtà, che i dati di questi ultimi possano essere assimilati, ai fini del trattamento, a quelli di ogni altro soggetto, mi sembra fortemente dubitabile, proprio per quella necessità di imputazione del *dictum* di cui discorrevo all'inizio (del resto riconosciuta, infine, dallo stesso legislatore francese). Ciò non toglie, però, che dalla riflessione relativa alla tutela della *privacy* dei soggetti privati possano trarsi alcune indicazioni.

3.1 Prima ipotesi: la public is public policy

In effetti, la notazione secondo cui la pubblicità è già garantita dalla possibilità di consultare i provvedimenti giudiziari in cancelleria potrebbe essere utilizzata per fondare una conclusione esattamente opposta: perché potrebbe sostenersi che il dato che è già pubblico, tale debba rimanere, e che quindi – una volta digitalizzati i registri che quei dati contengono – sia necessario garantire in rete tutto quanto è già consentito fare fisicamente. Ed è interessante osservare che questo modo di ragionare (la c.d. *public is public policy*) sia esattamente lo stesso che è stato posto a base della *Privacy Policy for Electronic Case Files* adottata dalle Corti federali statunitensi, in accoglimento dei suggerimenti contenuti nel *Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files* presentato nel 2001 dal *Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management*²⁵: in sostanza, «[t]he Judicial Conference policy is that documents in case files generally should be made available electronically to the

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management, *Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files*, Reviewed by the Committees on Court Administration and Case Management, Criminal Law, Automation and Technology, Rules of Practice and Procedure and the Administration of the Bankruptcy System and submitted to the Judicial Conference for approval, in www.govinfo.gov, 2001.

same extent they are available at the courthouse, provided that certain “personal data identifiers” are not included in the public file»²⁶.

Anche rispetto alle parti, del resto, potrebbe dirsi che, come la pubblicità delle udienze consente a chiunque di accedere fisicamente all’aula di giustizia e – così – conoscerne l’identità e ogni altra eventuale caratteristica emergente dalla discussione, così dovrebbe garantirsi a chiunque di ottenere le medesime informazioni online.

3.3 Seconda ipotesi: la riproduzione in linea della practical obscurity “fisica”

Il ragionamento segue lo stesso schema di quello proposto in relazione ai magistrati, eppure appare in questo caso meno convincente. E la ragione è presto spiegata, e dallo stesso *Report*, ove – accanto alla *public is public policy* – si prospettava un’alternativa, *i.e.* quella di riprodurre in rete la c.d. *practical obscurity*²⁷: concetto, quest’ultimo, noto per essere stato posto – anzitutto negli USA, più recentemente in Europa – alla base del *right to be forgotten*, e che nella specie si declina considerando che l’*astratta* accessibilità ai provvedimenti (pur non anonimizzati) garantita prima della digitalizzazione finiva, in realtà, per non porre *pratici* problemi di tutela della riservatezza, i costi (in termini non solo economici, ma *in primis* di tempo) necessari alla consultazione dei dati risolvendosi in un forte filtro – evidentemente – anche all’ulteriore trattamento degli stessi da parte dei terzi (trattamento in sostanza limitato all’uso per finalità difensive o, semmai, di ricerca)²⁸. Muovendo da tale constatazione si comprende allora che l’accesso indiscriminato in rete, abbattendo quei costi e così estendendo a dismisura la platea degli utilizzatori, non costituisce – come la *public is public policy* presupporrebbe – una mera traduzione dello stato di fatto esistente; sicché, ove l’obiettivo sia davvero quello di semplicemente mutare la via di accesso, quest’ultimo dovrebbe essere articolato secondo un sistema di autorizzazioni differenziate per categorie di utenti (avvocati nell’esercizio del proprio mandato difensivo; *scholars*; terzi interessati allo sfruttamento economico dei dati).

E se tale opzione è sostenuta da parte della dottrina statunitense, che ricorda come da ben prima che il tema della tutela della *privacy* assumesse le dimensioni attuali le Corti americane abbiano mostrato la consapevolezza della necessità di bilanciare la c.d. *presumption of openness* di matrice illuministica con altri interessi, vuoi delle parti, vuoi della stessa amministrazione della giustizia (dunque sostenendo che tale approccio relativistico debba

²⁶ Cfr. le *Committee Notes on Rules* alla Rule 5.2. FRCP (*Privacy Protection For Filings Made with the Court*), che impone agli avvocati delle parti di oscurare parzialmente alcuni dati.

²⁷ Sul tema la letteratura è molto ampia: v., tra gli altri, P.C. FILE, *A History of Practical Obscurity: Clarifying and Contemplating the Twentieth Century Roots of a Digital Age Concept of Privacy*, in *Un. Baltimore School of Law J. Media Law & Ethics*, 2016, p. 4 ss., e D.S. ARDIA, *Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity*, in *Un. Illinois L.R.*, 2017, p. 1385 ss., anche per ulteriori riferimenti.

²⁸ P.A. WINN, *Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information*, in *Wash. L.R.*, 2004, p. 316.

essere conservato, pur necessariamente mutando nelle modalità)²⁹, è interessante notare – tornando al nostro tema – come verso una soluzione analoga convergano le considerazioni di entità e studiosi della più varia estrazione: così, se già con riferimento alla soluzione francese si è evidenziato come i rischi identificati dal *rapport Cadet* avessero riguardo alle possibili distorsioni causate dalle parti (e fossero dunque tali, semmai, di giustificare un divieto di utilizzo solo *in parte qua*)³⁰, una modulazione dell’autorizzazione al riutilizzo dei dati è ipotizzata tanto dalla CEPEJ – che, nella Carta etica, sostanzialmente facendo propri i timori ritenuti dal legislatore francese, suggerisce l’adozione di un principio di precauzione, nella valutazione sia dell’*an* della diffusione del dato (in ipotesi da limitare in ragione del tipo di controversia e/o del grado di giurisdizione), sia, per quanto qui maggiormente rileva, dei soggetti abilitati ad accedervi, indipendentemente dall’opzione, o meno, per l’*open data*³¹ – quanto dagli *scholars* canadesi, che ben più approfonditamente si sono misurati sia con il tema dell’autorità titolata a regolamentare l’utilizzo dei dati giudiziari (inclusi quelli dei magistrati) che con quello del contenuto stesso della regolamentazione³². Ma se le considerazioni svolte con riferimento a tali profili interessano poco in questa sede, in quanto strettamente legate al contesto di provenienza, ben più interessanti – e trascendenti l’orizzonte nazionale – sono quelle relative alle *rationes* della regolamentazione stessa, almeno una delle quali sembra potersi condividere senza riserve: quella del controllo dell’affidabilità dei *tools* di *judicial analytics* e – quindi – dei risultati dagli stessi prodotti³³.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ E infatti v’è chi sottolinea che se – come pare – la *ratio* del divieto posto dal legislatore francese risiede nella volontà di evitare che la profilazione diventasse un «servizio disponibile per le parti processuali», è evidente che «al mutare della funzione attribuita, la valutazione [...] p[ossa] mutare, ad esempio nel caso in cui il medesimo strumento algoritmico venga utilizzato quale risorsa finalizzata alla formazione e all’aggiornamento dei giudici, svolgendo quindi una funzione interna alla magistratura». In sostanza, «il giudizio di ammissibilità rispetto a tali strumenti non p[uò] essere fornito in termini assoluti, ma de[ve] essere contestualizzato, in quanto necessariamente riferito alla e calibrato sulla funzione concretamente svolta da questi ultimi, l’individuazione della quale non può che essere rimessa alla discrezionalità e alla responsabilità del Parlamento. È la funzione attribuita, quindi, non la tecnologia adottata che diviene giuridicamente rilevante e che orienta il giudizio di ammissibilità della seconda rispetto alla prima»: così S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2022, p. 306.

³¹ CEPEJ, *Charte éthique européenne d’utilisation de l’intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, Adoptée lors de la 31e réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3-4 décembre 2018, 27 ss., ove, in particolare, il suggerimento di di vagliare «la possibilità d’exploiter cette information hors open data, par les institutions judiciaires même ou des tiers habilités, à des fins de connaissance de la jurisprudence».

Si noti, peraltro, che la conclusione non risulta decisamente fondata sulla normativa europea in materia di privacy (la verifica di conformità rispetto alla quale viene, anzi, dalla Commissione espressamente fatta salva), e quindi su di una nozione estensiva di dato personale quale quella ventilata nella dottrina belga, quanto sull’idea che sia errato derivare dalla scelta in favore per l’*open data* altresì la necessità di una pubblicazione integrale delle decisioni, comprensiva – quindi – dei dati relativi ai *professionnels de justice*, ovvero giudici, avvocati e cancellieri.

³² J. MCGILL - A. SALYZYN, *Judging by Numbers: How will judicial analytics impact the justice system and its stakeholders?*, in *Dalhousie L.J.*, 2021, p. 249 ss.

³³ *Ibid.*, p. 278.

Ciò pone anzitutto problemi di metodo: per fare un esempio banale, è evidente che una comparazione tra giudici fondata sul tasso di accoglimento di una certa tipologia di domande sarebbe falsata se espressa in termini percentuali bruti, ove i *dataset* di partenza relativi a ciascuno di essi fossero numericamente troppo distanti, diverso essendo il peso di ciascuna pronuncia di un determinato segno secondo che il magistrato se ne sia viste assegnare 10 o 100.

In secondo luogo, problemi di *design* dell'algoritmo: ancora esemplificando, ove l'obiettivo fosse quello di verificare il tasso di riforma delle decisioni rese da un certo giudice, il *tool* non potrebbe trascurare la distinzione tra i *reversal* in rito e in merito, o ancora un eventuale *revirement* intervenuto nel periodo tra l'emanazione della sentenza e la sua riforma.

L'elenco potrebbe continuare, ma la conclusione appare chiara: il problema non è dato dal *profiling* in sé, ma dalle possibili conseguenze negative dovute all'incontrollata diffusione di risultati sostanzialmente errati, eppur capaci – per la forza che il dato numerico intrinsecamente spiega, quando non accompagnato da una interpretazione, e a volte anche a prescindere da quella – di influenzare, negativamente quanto immeritatamente, l'opinione pubblica. Mutuando le considerazioni da altri svolte a proposito della recente riforma dell'ordinamento giudiziario, «la tenuta di un provvedimento nei gradi successivi è oggettivamente un elemento che ha un valore, perché il magistrato non è una monade e fa parte di un sistema complesso, in cui si misura con le interpretazioni esistenti, anche eventualmente per discostarsene, se è giusto, con coraggio e con competenza. | Esiste, però, una differenza tra un dissenso consapevole e ben argomentato e un provvedimento scadente, frettoloso o irresponsabile, così come esiste una differenza tra l'indiscutibile necessità di portare avanti indagini e processi penali difficili, controversi e dagli esiti non scontati e plurime, plateali smentite dibattimentali o in appello di quelli che si rivelano, alla fine, soltanto processi che hanno un esito soprattutto mediatico, con irrimediabili danni alla reputazione e alla vita delle persone coinvolte»³⁴.

4. Un'ipotesi di soluzione: la *transactional licence* per lo sfruttamento del *Find case law service* inglese

Anche di queste implicazioni sembra essersi fatto carico il sistema inglese: ho ricordato prima il *Find case law service*³⁵, recentemente promosso ad iniziativa del governo del Regno Unito; come pure ho accennato, il *database* risulta ancora lacunoso, pur avendo la vocazione a divenire completo. Ciò che più interessa rilevare in questa sede, tuttavia, è la scissione operata tra messa a disposizione dei dati – generale e gratuita – e possibilità del loro utilizzo, che risulta

³⁴ O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Questione giustizia*, 2-3/2022, p. 89.

³⁵ <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/about-this-service>.

invece limitato. Sono, infatti, previsti, due tipi di licenza: la *Open Justice Licence*³⁶, che non necessita di richiesta ed autorizzazione preventive, e che consente il riutilizzo dei dati, ma non l'analisi computazionale degli stessi. Onde praticare quest'ultima è, invece, necessario presentare domanda di *transactional licence*, mediante la compilazione di un questionario dettagliato, articolato su di uno schema definito "*five safes*"³⁷ (con sezioni volte a raccogliere dati volti a verificare il grado sicurezza rispetto ai soggetti coinvolti, al progetto in sé, ai dati utilizzati, al procedimento di elaborazione degli stessi e alla diffusione dei risultati). Così, se non pare essere mai stato messo in dubbio che tra i dati diffusi vi siano anche quelli relativi ai magistrati autori delle decisioni, pure tale categoria è espressamente menzionata tra quelle rispetto alle quali è necessario dar conto del verosimile impatto dell'utilizzo ipotizzato; sicché – deve ritenersi – è anche ove sorgano criticità rispetto a tale profilo che la licenza potrà essere negata in quanto potenzialmente in grado di «*jeopardise the proper administration of justice*»³⁸.

Con i dovuti aggiustamenti, questa mi sembra l'esperienza alla quale realmente ispirarsi: perché, se non è certo dato ravvisare un diritto del giudice a non essere profilato, è invece sicuramente configurabile l'interesse del sistema di amministrazione della giustizia a che lo sia correttamente.

Valentina Capasso

Ricercatrice dell'Università di Napoli "Federico II"

Contributo pubblicato d'ordine del Direttore responsabile di DPCleC, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, ultimo periodo, del Regolamento Anvur per la classificazione delle Riviste approvato con Delibera del Direttivo n. 306 del 21.12.23, in quanto relazione a convegno e destinato alla pubblicazione nello speciale Atti del Convegno su "La comunicazione scientifica e didattica del Diritto processuale: ricerca, informazione e insegnamento", tenutosi a Napoli, presso l'Università degli studi Federico II, il 26 gennaio 2024

³⁶ <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/open-justice-licence>.

³⁷ <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/transactional-licence-form>.

³⁸ *Ibid.*