

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

CONSIDERAZIONI SUI “PRECEDENTI” DELL’IMPUTATO E DEL GIUDICE AL COSPETTO DELL’IA NEL PROCESSO PENALE

di Benedetta Galgani

Prendendo le mosse dall’applicazione sempre più diffusa dei tools predittivi, nonché da una recente legge francese che ha criminalizzato il c.d. judge profiling, l’Autrice indaga quali vulnera potrebbero attingere il momento della decisione giudiziale sulla responsabilità penale del soggetto, laddove ad essere “impropriamente” valorizzati fossero tanto gli antecedenti giudiziari dell’imputato quanto, appunto, il case-law del singolo giudice chiamato a decidere.

SOMMARIO: 1. “Tsunami digitale” e sistema giudiziario – 2. I “precedenti” dell’imputato... – 3. ...e quelli del giudice nel prisma delle nuove tecnologie.

1. “Tsunami digitale” e sistema giudiziario.

Le tecnologie di ultima generazione non soltanto “retroagiscono” sul modo di pensare di coloro che le utilizzano¹ ma, più in particolare, sono ontologicamente contraddistinte da un carattere “ambivalente”. Ne consegue che, anche nello specifico ambito dei sistemi di giustizia penale, la loro *attitude* può rivelarsi tanto positiva quanto negativa: tutto dipende dalle priorità valoriali assegnate ai dati da cui estrarre le informazioni che formano le regole di calcolo dei dispositivi algoritmici e dalla capacità istituzionale di assicurare che l’IA², nella sua dimensione applicativa, risponda al

¹ Sul punto è particolarmente suggestivo il richiamo al mutamento di “abitudini” indotto dall’ipertesto digitale nell’*homo technologicus*: assodato che l’ipertesto digitale – diversamente dal testo tradizionale le cui pagine, ad esempio, sono numerate – è qualificato dalla non-linearità, ovvero da una struttura a reticolo che né costringe ad una sequenza di lettura, né gerarchizza i contenuti, non sorprende come le nuove generazioni di alfabetizzati vadano progressivamente perdendo la capacità di organizzare le proprie conoscenze secondo una progressione storica e/o argomentativa: cfr. L. TOMASIN, *L’impronta tecnologica. Cultura umanistica e tecnologica*, Roma, 2017, 128-130.

È assurdo, ormai, al rango di vero e proprio “classico” in tema di mutamenti indotti nel modo di pensare dell’uomo dall’uso delle tecnologie, il contributo di W.J. ONG, *Orality and Literacy: The Technologizing of the Word*, London-New York, 1982, 81 ss.

² Una locuzione, quella di “intelligenza artificiale”, dal contenuto ampio e per più versi ambigua che – stando almeno alla definizione offerta dal Consiglio d’Europa – richiama «a set of sciences, theories and techniques whose purpose is to reproduce by a machine the cognitive abilities of a human being. Current developments aim, for instance, to be able to entrust a machine with complex tasks previously delegated to a human» (cfr. Glossary, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary>). Si collocano sostanzialmente su questa “scia”

primato dei principi di diritto, in luogo di qualsiasi altro tipo di normatività, sia essa matematica e/o informatica³.

Ciò premesso, dinanzi allo “tsunami digitale” che ha investito le nostre società, è incontestabile come l’utilizzazione dell’IA nel settore giudiziario non possa esser ridotta a mera massimizzazione delle risorse, a puro efficientamento economico, ma debba piuttosto essere concepita quale volano atto a “trasformare” infrastrutture e procedure decisorie nell’ottica di una miglior salvaguardia dei canoni del giusto processo. Non a caso – come già in altra sede si è avuto modo di ricordare⁴ – c’è chi ha efficacemente parlato di una *justice as fairness* in contrasto con una *justice* intesa come mero *fitness*: l’innovazione applicata alla giustizia, ed alla giustizia penale in particolar modo, non può avere come obiettivo esclusivo quello della miglior *performance* ma, semmai, quello di una decisione (più) equa⁵.

2. I “precedenti” dell’imputato...

Nel vasto perimetro tematico ora sommariamente delineato, uno dei temi sfidanti per il cultore del processo penale è sicuramente rappresentato dal peso che i “precedenti” – così come elaborati dai *tools* nella disponibilità delle autorità di *law enforcement* – possono rivestire nell’accertamento della responsabilità dell’imputato.

La cornice normativa di riferimento (anche) di questa peculiare tematica non può che essere la Direttiva 2016/680 del 27 aprile 2016, in forza della quale il legislatore europeo ha cercato di stabilire norme minime relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti

ulteriori tentativi di definizione, come quelli offerti da J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, 8 secondo il quale «tale termine descrive la possibilità che le macchine, in una certa misura, “pensino”, o piuttosto imitino il pensiero umano, basato sull’apprendimento e sull’utilizzazione di generalizzazioni, che le persone usano per prendere decisioni quotidiane», e da F. ROSSI, *Il confine del futuro. Possiamo fidarci dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2019, 25, stando alla quale trattasi di «una disciplina scientifica che mira a definire e sviluppare programmi o macchine (software e/o hardware) che mostrano un comportamento che verrebbe definito intelligente se fosse esibito da un essere umano».

Non vi è necessariamente IA nei processi di digitalizzazione della giustizia, allorché essi siano “semplicemente” rivolti a trasferire su supporto digitale le tradizionali attività cartacee: cfr., volendo, B. GALGANI, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante ancora in divenire*, *Dimensione tecnologica e prova penale*, (a cura di L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI), Torino, 2019, 245 ss.

³ Cfr. le condivisibili considerazioni di P. WONG, *Democratizing algorithmic Fairness*, in *Philosophy & Technology*, 1 giugno 2019, secondo cui «*the problem of algorithmic fairness is first and foremost political and the technical task only comes in as secondary*»; in termini sostanzialmente corrispondenti C. CASTELLI – D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, *passim*.

⁴ B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1, 31.

⁵ Cfr. A. GARAPON – J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi 2018, 315. Eppure, è proprio in nome dell’«efficienza del sistema» *tout court* che, anche e soprattutto a far data dalla riforma del c.d. “giusto processo” e dall’esplicito riferimento inserito nella Carta costituzionale italiana alla “durata ragionevole del processo”, si è assistito a reiterati tentativi di compressione delle garanzie difensive: vd. G. SPANGHER, *Il giusto processo compie venti anni e si scopre trasformato*, in *Guida al Diritto*, 2020, 5, 11.

a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali⁶.

Andando a verificare gli spazi di operatività che nella formazione del convincimento giudiziale possono essere accordati ai “precedenti penali” dell’imputato, è dato rilevare, innanzitutto, come nell’ordinamento italiano, accanto ad un apprezzabile divieto di dare ingresso processuale a documenti contenenti informazioni sulla moralità delle persone protagoniste della vicenda giudiziaria (art. 234 co 3 c.p.p.)⁷, sia invece consentita l’acquisizione, «ai fini del giudizio sulla personalità dell’imputato», di una serie di documenti connotati dal «crisma di “ufficialità”»⁸, quali i certificati del casellario giudiziale, la documentazione in possesso degli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e quella degli uffici di sorveglianza, nonché le sentenze irrevocabili di giudici italiani o stranieri (art. 236 co 1 c.p.p.).

Non sono né poche, né di scarso rilievo le perplessità che suscita il riconoscimento di valore probatorio a simili «memorie burocratiche d’archivio»⁹: infatti, quand’anche si fosse disposti a passare sotto silenzio la “disarmonia di fondo” che l’utilizzabilità di queste “carte” viene a determinare in un sistema processuale ad impianto dichiaratamente accusatorio, e ad accettare, altresì, l’imperscrutabilità (... per non dire l’assenza) del contributo ad esse ascrivibile in termini di incremento delle conoscenze, tenuto conto che si tratta, per lo più, di materiali privi di qualsiasi valore diagnostico e prognostico o, comunque, di atti stilati da soggetti non particolarmente qualificati, in difetto di contraddittorio e per finalità le più disparate¹⁰; resterebbe in ogni caso da confrontarsi col rischio di “contaminazione” logica che può attingere il momento della decisione sulla responsabilità del soggetto.

Se è vero che una disposizione “ricca di contenuti e vuota di fini”¹¹ come quella dell’art. 133 c.p. impone al giudice, al momento della commisurazione della pena, di “tener conto” di un parametro quale la «capacità a delinquere», i cui indici identificativi vengono ravvisati, tra gli altri, nel «carattere del reo» e nei suoi «precedenti penali e giudiziari», può nondimeno risultare molto arduo – in difetto di un rito penale bifasico sul modello dei sistemi di *common law*¹², ossia in mancanza di due sedi processuali

⁶ Per il cui testo, è sufficiente consultare il seguente [indirizzo](#).

⁷ ... la *ratio* sottesa è quella riaffermare, anche in ambito processuale, il principio di materialità ed il ripudio di qualsiasi “tipo crimonologico” oltre, ovviamente, l’esigenza che il processo penale non venga a fondarsi su meri apprezzamenti soggettivi: cfr. in proposito G. UBERTIS, *Variazioni in tema dei documenti*, in *Cass. Pen.*, 1992, 2518 ss. e F. FOCARDI, *sub Art. 234*, in *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di A. Giarda – G. Spangher), Milano, 2010, 2367.

⁸ C. BONZANO, *I mezzi di prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I, Soggetti. Atti. Prove, (a cura di G. Spangher), Torino, 2015, 939.

⁹ Così, con la consueta icasticità, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 800.

¹⁰ Cfr. per tutti F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, Milano, 2012, 54-55.

¹¹ In questo senso vd. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 379.

¹² Per un inquadramento dell’«ostracismo ideologico» da sempre nutrito nei riguardi del modello procedimentale caratterizzato dalla segmentazione in due fasi cfr. G. DEAN – R. FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, 1-I, Soggetti e atti, (diretto da G. Spangher), Torino 2009, 31 ss. Per opinioni (più o meno risalenti) a sostegno, invece, della struttura processuale bifasica, almeno in relazione a certe tipologie delittuose, cfr. G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*,

distinte, deputate l'una, al giudizio sul fatto di reato nelle sue componenti oggettive e soggettive, e l'altra, solo eventuale, protesa alla determinazione ed all'individualizzazione del *quantum* sanzionatorio e, dunque, all'analisi personologica del soggetto – mantenere “sterile” il giudizio sulla responsabilità penale dell'imputato dal pre-giudizio per l'appunto integrato dalla conoscenza del suo “*background criminale*” da parte dello stesso organo giurisdizionale¹³.

Ed è osservazione del tutto coerente e consequenziale che un pericolo come quello appena lumeggiato possa risultare accentuato, in misura addirittura esponenziale, allorché, nelle trame di un accertamento *omnibus*, intervengano i meccanismi della IA.

È ormai diffusa in molti ordinamenti giuridici l'applicazione di (più o meno) sofisticati meccanismi che consentono di scoprire *pattern* comportamentali analizzando e processando un numero massivo di dati concernenti casi già avvenuti; ci si riferisce, più in dettaglio, a quel ramo della c.d. “giustizia predittiva”¹⁴ che consta dell'impiego di modelli matematici in grado di calcolare l'incognita della recidiva o, comunque, il rischio che il prevenuto si sottragga al processo (si pensi al noto esempio di COMPAS¹⁵ e, più in generale, a tutti i *risk assessment tools* sviluppati anche di recente nei Paesi europei¹⁶).

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 706 ss.; P. CAMASSA, *Il processo bifase per una giustizia moderna*, in *Riv. pen.*, 1970, II, 740 ss.; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1161 ss.

Ad onore del vero, una recentissima indagine ha messo in rilievo una certa tendenza dell'ordinamento italiano alla «*bifurcation*»: ma, come in quella stessa analisi si conclude, «*rather than being seen as an attempt to imitate the adversary criminal procedure model*», la propensione ad accordare al giudice dell'esecuzione un ampio potere correttivo della pena definitivamente inflitta «*is better explained on the basis of a strong resistance towards such a model within the basic continental tenets of Italian criminal justice system and on its peculiar attachment towards the search for truth*»: così F. CENTORAME, [True and False in the “Bifurcation” of the Italian Criminal Proceedings](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 3, 326.

¹³ In questo senso vd., ad es., M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*⁸, Torino, 2019, 462-463. Che il timore sia tutt'altro che remoto lo dimostrano alcune pronunce relativamente recenti della Corte di Cassazione italiana, le quali hanno dovuto riaffermare ciò che, evidentemente, non poteva essere dato per scontato: «gli effetti giuridici dei precedenti incidono esclusivamente sul trattamento sanzionatorio, ma non anche sulle caratteristiche dell'accertamento e della correlata motivazione in ordine alla responsabilità per i reati contestati, nel senso di agevolarla ponendo una sorta di presunzione relativa di fondatezza dell'accusa»; «deve» pertanto «ritenersi violato il principio dell' “oltre ogni ragionevole dubbio” quando, nell'accertare la responsabilità di un imputato pregiudicato, si adottino modalità diverse da quelle adoperate nei confronti di un imputato incensurato». Cfr. Cass. III, 3.6.2015, Ballidoro, n. 32328, rv. 264198 e Cass. VI, 6.12.2016, n. 1986, S.M.)

¹⁴ Sulla distinzione di questo ampio *genus* in due sottocategorie di riferimento vd. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, 3. Vd. comunque *infra* sub § 3 per altre specificazioni.

¹⁵ Acronimo di *Correctional offender management profiling for alternative sanctions*, il software in oggetto è stato sviluppato da un'azienda privata ed è utilizzato dai giudici di diversi Stati americani per valutare il rischio di recidiva dell'imputato attraverso l'elaborazione dei dati emersi dal fascicolo processuale e dall'esito di un test a 137 domande. Per maggiori dettagli sia consentito rinviare a B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, cit., 21 ss.

¹⁶ Per quanto concerne specificamente l'ordinamento spagnolo, si può fare l'esempio del sistema VdG o VioGén, ossia del meccanismo di monitoraggio messo in funzione il 26 luglio 2007, in conformità con le disposizioni della [Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#). Trattasi,

Ebbene, quand'anche potessero darsi completamente per fugati i dubbi in merito all'affidabilità scientifica ed alla controllabilità giuridica di siffatti strumenti di analisi¹⁷, non si può ignorare, per un verso, il potere suggestivo sotteso a questi "oracoli digitali"¹⁸ e, per l'altro, l'evidente parallelismo che viene a instaurarsi con il *warning* lanciato in punto di valenza accertativa delle investigazioni personologiche e degli antecedenti giudiziari come classicamente estrapolati e considerati: anzi, le "vischiosità" che dall'utilizzo dei sistemi esperti (finora prevalentemente impiegati nelle fasi meno "ingessate" – dal punto di vista delle garanzie – della prevenzione e delle indagini¹⁹)

in poche parole, di una piattaforma tecnologica costantemente aggiornata con tutte le informazioni possedute dalle diverse istituzioni pubbliche competenti in tema di violenza di genere; tra gli obiettivi istituzionali vi è, come ovvio, quello di facilitare l'apprezzamento giudiziale del rischio di reiterazione delle aggressioni secondo una scala di cinque livelli, così come elaborata da un algoritmo apposito. Orbene, anche in questa ipotesi, per quanto, come pure si sottolinea, la piattaforma faccia capo ad un ente statale e l'algoritmo utilizzato non sia coperto da segreto, «no deja de producir cierta sensación de vértigo el hecho de que el resultado de un programa de inteligencia artificial se halle entre los ingredientes que han de conformar decisiones judiciales susceptibles de proyectarse sobre la situación personal del sujeto pasivo del proceso»: così F. GASCÓN INCHAUSTI, *Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial*, in *La justicia digital en España y la Unión Europea*, (a cura di J. CONDE FUENTES- G. SERRANO HOYO), Barcellona, 2019, 204.

¹⁷ Sulle perplessità nutrite in ordine alla loro *accuracy* e *fairness*; alla loro tendenza "discriminatoria" e, ancora, al loro più che probabile attrito con l'esigenza di una valutazione individualizzata della pericolosità criminale, basta leggere i rilievi inseriti nella [European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment](#), Appendix I, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (Cepej) il 4 dicembre 2018 e, successivamente, nelle [Guidelines on Artificial intelligence and data protection](#) adottate dal Consultive Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data il 25 gennaio 2019 o, da ultimo, nel [White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to excellence and trust](#) adottato dalla European Commission il 19 febbraio 2020.

Altrettanto scettiche, infine, le considerazioni della Commissaria per i diritti umani del COE a commento di alcune pronunce dei giudici di Strasburgo (cfr., tra le altre, ECHR, *Lingurar v. Romania*, 16 aprile 2019) in cui si è condannato lo Stato per aver violato l'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 3 (proibizione della tortura) a causa di un blitz della polizia nell'abitazione di una famiglia Rom giustificato da nessun altro motivo che non fosse l'appartenenza del nucleo familiare ad una determinata etnia: vi si sottolinea come il rischio di pratiche discriminatorie ad opera delle forze dell'ordine possa essere aggravato proprio dall'introduzione di meccanismi di IA nei sistemi di giustizia penale. La minaccia imminente è, infatti, quella della riproduzione "su larga scala" dei pregiudizi sistemici presenti nei dati forniti all'applicativo computazionale: cfr. [Ethnic profiling: a persisting practice in Europe](#).

¹⁸ Si parla, a questo proposito, del fenomeno definito *anchoring* nella psicologia cognitiva, ovvero della tendenza ad affidarsi pressoché fideisticamente a mezzi di prova che, pur non essendo validati come evidenze scientifiche, godono di un'aura di oggettività che ne fa sembrare necessitate le risultanze: cfr. quanto riportato da L. MALDONATO, [Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2019, 2, 410. In via del tutto simile anni fa la dottrina nordamericana aveva parlato del c.d. *Christmas tree effect* in merito all'impatto dell'apporto neuroscientifico nel processo decisionale del giudice: cfr. in proposito A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 526.

¹⁹ Cfr. A. ZIROLDI, *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *Quest. Giust.*, 18 ottobre 2019.

«Despite the widespread use of AI in the pre-trial phase of criminal proceedings, the use of AI during the actual trial is still rather uncommon in Europe. Besides the use of video conferencing (which usually involves no AI), most criminal

sono suscettibili di “trasmigrare” nel momento della decisione sulla responsabilità del singolo²⁰, risultano semmai ancor più nocive per la tenuta informativa, logica e razionale dell’epilogo giudiziale che su di esse venisse fatalmente a fondarsi. Del resto, come ben osserva Nieva Fenoll, è consustanziale alla natura stessa della raccolta indiscriminata di dati ed alla pubblicità degli algoritmi, la realizzazione di modelli criminali contrari alla presunzione di innocenza²¹.

Dunque, al di là di “paletti normativi” più o meno rigorosi rinvenibili a livello interno, nelle trame cioè dei singoli ordinamenti processuali²², l’interrogativo di fondo è unico e di non poco momento: può il giudice penale che deve accertare la responsabilità di *quel* soggetto per *quel* fatto, addivenire a conclusioni particolarmente “comode” sulla scorta delle risultanze elaborate dai *tools*, ovvero di schemi e modelli comportamentali ricavati da generalizzazioni ampie e diffuse di condotte altrui (giacché i *tools* sono appunto sviluppati sulla base di *big data*)?

Senza alcun indugio, la risposta deve essere inesorabilmente negativa: le radici, inoppugnabili, di una simile presa di posizione si rinvergono nella disposizione “faro”

courts in Europe do not use any kind of AI during the trial»: rileva il dato, da ultimo, anche il Council of Bars & Law Societies of Europe nelle [Considerations on the legal aspects of artificial intelligence 2020](#)).

Si collocano in una prospettiva “anticipata”, ovvero nella dimensione della raccolta preventiva di informazioni su persone o enti, strumenti come il piano del Governo transalpino (Finanziaria 2020) che, a far data del 1° gennaio 2020 e per la durata sperimentale di tre anni, autorizza l’Agenzia delle Entrate ad utilizzare un algoritmo per così dire “anti-evasori”. I saggi del *Conseil Constitutionnel*, ritenuto che il sistema per l’appunto approntato dall’Esecutivo riesca a bilanciare diritto alla privacy dei cittadini e valore costituzionale della lotta all’evasione fiscale, hanno difatti dato il via libera al monitoraggio dei profili social onde poter verificare se il tenore di vita dei cittadini francesi è in linea con le loro dichiarazioni dei redditi. In via di estrema sintesi, alla base di quello che è stato definito come l’«occhio 2.0 dell’erario», c’è (ancora una volta) una formula matematica in grado di scandagliare le varie piattaforme online (Facebook, Twitter, Instagram...) alla ricerca di informazioni pubbliche (per attingere le quali, dunque, non occorre alcun profilo personale o password) ritenute funzionali a delineare il profilo tributario del contribuente. Laddove quest’ultimo “metta in mostra” uno stile di vita non collimante con i dati fiscali in possesso dell’Agenzia delle entrate, quest’ultima potrà addirittura avviare un accertamento *ex novo* per verificare che non ci siano anomalie nelle dichiarazioni dei redditi. Cfr. E. LIVINI, *Così un algoritmo scova sui social gli incauti evasori*, ne *La Repubblica*, 29 dicembre 2010, 31.

²⁰ Vd., per questi timori, S. QUATTROCOLO, *Questi nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.* 2019, 4, 1748 ss.; e L. D’AGOSTINO, [Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 2, 366 ss.

²¹ J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 140 ss. Osserva ancora l’Autore – proprio con specifico riguardo all’utilizzo del programma COMPAS nel sistema giudiziario statunitense – che «il problema principale è che le percentuali di rischio di recidiva possano condizionare o almeno influenzare le decisioni giudiziarie sulla colpevolezza»: *ibidem*, 62.

²² Con riguardo all’ordinamento italiano, va da sé che costituiscono ostacoli non trascurabili – per non dire insormontabili – ad un impiego a fini di cognizione penale, dei contributi offerti dalle tecniche predittive attualmente a disposizione, il principio di personalità della responsabilità penale e, in parallelo, quello dell’individualizzazione del trattamento sanzionatorio (cfr. art. 27 commi 2 e 3 Cost.). Ancora, *de jure condito*, lo stesso divieto di perizia psicologica ex art. 220 c.p.p. si giustifica nell’ottica di non spossessare l’autorità giurisdizionale di valutazioni e apprezzamenti che, altrimenti, rischierebbero di inglobare argomentazioni disseminate di opacità e di fallacie logiche di difficile controllo sia ad opera del giudice, che delle parti: cfr., con peculiare attenzione alla tematica del *criminal profiling*, L. LUPÁRIA, *Il profiling dell’autore di reato*, in *Le indagini atipiche*² (a cura di A. Scalfati), Torino, 2019, 434 ss.

della già richiamata Direttiva, e più precisamente nell'art. 11 che, consacrando il diritto a decisioni *lato sensu* penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati²³, rivendica – anche e soprattutto, appunto, in tema di determinazione finale della responsabilità penale – l'infungibilità di un libero convincimento che è tale in quanto tipicamente “umano”, ovvero capace di cogliere e, dunque, di restituire la complessità di tutte le variabili che condizionano l'agire individuale e che tratteggiano singolarmente ciascuna vicenda giudiziaria²⁴.

In altre parole, l'aspirazione, pur legittima, ad una valutazione sotto certi profili meno discrezionale – aspirazione che all'evidenza ha giustificato, nel tempo, l'ingresso nel *plafond* cognitivo giudiziale di contributi informativi i più disparati, tra i quali anche quelli derivanti dalle scienze statistiche e matematiche – non deve in alcun caso soppiantare il dovere di rendere una decisione giusta, come tale capace di tener conto, sì, di tutte le indicazioni rilevanti ma, al contempo, di non appiattare il giudizio in ordine alla responsabilità del singolo su “extravaganti” responsi algoritmici in punto di rischio criminale²⁵.

3. ... e quelli del giudice nel prisma delle nuove tecnologie.

Consideriamo adesso un'altra tematica, strettamente correlata alla precedente e, alla stregua della precedente, sollecitata da un impiego potenzialmente disinvolto della “giustizia predittiva” o, *rectius*, della “giustizia prevedibile”²⁶, vale a dire dell'analisi di un numero massivo di pronunce giudiziali condotta al fine di elaborare previsioni

²³ ...ed è d'uopo precisare che «una decisione presa unicamente attraverso un processo automatizzato [...] dev'essere intesa come tale, non solo ove sia escluso qualsiasi contributo umano, ma anche qualora simile contributo risulti artefatto e sia irrilevante ai fini della decisione»: così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 4, 799 ss.

²⁴ Sia consentito rinviare ancora a B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, cit., 22 ss.

²⁵ Criticano insistentemente non tanto l'utilizzo *ex se* – in ambito processuale – di algoritmi predittivi del rischio che un soggetto commetta nuovamente un reato, quanto, piuttosto, l'impiego di questi modelli matematici a fini “altri” rispetto a quelli per cui sono progettati e per cui, soprattutto, sono selezionati i dati che li alimentano in fase di implementazione C. PARODI – V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 67-68.

Non esclude l'ipotesi che, con il miglioramento della loro qualità in termini di maggior aderenza dei relativi *output* al profilo personologico e comportamentale del singolo, gli algoritmi possano effettivamente svolgere un valido sussidio informativo della decisione giurisdizionale ai fini del vaglio di pericolosità G. TUZET, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *MediaLaws*, 25 febbraio 2020, 10.

²⁶ Sostiene che l'etichetta di “predittività”, anche e soprattutto con riferimento alla possibilità di prevedere l'esito delle controversie, sia frutto di una «confusione semantica», giacché il pre-dire è compito, semmai, della legge in termini astratti, ma non può essere indicato come carattere dello *ius dicere* dal momento che il “dire prima” del giudizio tradirebbe l'essenza stessa del giudizio e si risolverebbe, semmai, in un pre-giudizio, L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, 395 ss. Analogamente, ritiene che il ricorso all'analisi di indagini statistiche per l'enucleazione del probabile esito del giudizio debba più correttamente ascrivere alla filosofia della “prevedibilità” M. ANCONA, *Giustizia predittiva*, in *Il processo telematico*, 7 ottobre 2019.

quanto più precise ed attendibili in ordine all'esito di alcune tipologie di controversia. *Prima facie* si potrebbe essere indotti ad ipotizzare che si tratti di una provocazione fine a se stessa... ma, come vedremo, così non è.

Si ponga mente alla possibilità offerta dalle enormi capacità computazionali dell'IA di costituire banche dati giurisprudenziali dalla struttura variamente differenziata: da quelle che contengano tutti i provvedimenti emessi da una determinata autorità, a quelle per così "ragionate", o comunque organizzate per settore o per materia. Il loro obiettivo è quello di far conoscere con ragionevole probabilità l'esito di una causa avente determinate caratteristiche e, in questo modo, di aiutare i potenziali utenti ad ottimizzare la propria strategia processuale.

Ora, sorvoliamo di necessità sulla "prateria" di interrogativi relativi alle modalità di selezione dei materiali da inserire e di raccordo tra i dati inseriti, nonché alla variabile di affidabilità dei risultati conseguenti²⁷; residua, comunque e in concreto, il pericolo di una vera e propria profilazione dello stesso giudice sulla scorta dei suoi di "precedenti".

E che una simile "minaccia" sia tutt'altro che remota o, comunque, inavvertita, lo confermano taluni indici (anche normativi) meritevoli di attenzione. Così, se è vero che la Direttiva 2016/680 tace completamente sul punto, non fa altrettanto la Carta etica europea adottata dalla Cepej²⁸ che, guarda caso, colloca il c.d. *judge profiling* tra le pratiche da riconsiderare a seguito di più accurati approfondimenti in quanto a rischio di incompatibilità con i cinque principi fondamentali ivi enunciati (*id est*: il rispetto dei diritti fondamentali; il principio di non discriminazione; la trasparenza, qualità e sicurezza del trattamento dei dati; la garanzia della neutralità e la tutela dell'integrità intellettuale; il principio del controllo delle proprie scelte da parte dell'utente)²⁹.

²⁷ Forte dell'esperienza pilota avviata a Brescia nel 2012 (progetto "Giustizia predittiva"), il Presidente della Corte d'Appello di Brescia sostiene che, laddove l'intento sia la costituzione di una banca dati che consenta di conoscere quale sarà, con ragionevole probabilità, l'esito di una causa in una data materia, devono essere inserite tutte le sentenze (e non soltanto quelle espressive degli indirizzi prevalenti) e ciascuna di esse deve essere "elaborata" attraverso casi e abstract ragionati, in luogo delle tradizionali e mistificanti massime. Cfr. C. CASTELLI, *Giustizia predittiva: così a Brescia l'intelligenza artificiale aiuta a prevedere tempi e esiti delle cause*, reperibile a questo [indirizzo](#) e, ancora, C. CASTELLI- D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, cit., 65 ss.

In tema, ancora, di banche dati e di relativi criteri di popolamento, è opportuno fare menzione del progetto di banca distrettuale della giurisprudenza di merito avviato dalla Corte d'Appello di Firenze. Sulla scia dell'attenzione specificamente manifestata dal CSM nel corso degli ultimi tre anni (all'uopo si consulti il [sito internet](#) dell'organo di autogoverno contenente i testi delle delibere e delle circolari più importanti sul tema), la Presidente, dr.ssa Margherita Cassano, ha prontamente disposto gli interPELLI funzionali all'individuazione dei cc.dd. "RAM" (Referenti dell'Archivio Merito) e, una volta che questi ultimi sono stati nominati dal CSM, ha provveduto alla costituzione di un gruppo di lavoro specificamente deputato a coadiuvarli, anche e soprattutto – com'è ovvio – nella prima e delicatissima fase di selezione e di raccolta dei provvedimenti da inserire, sulla scorta delle direttive impartite proprio dalle circolari consiliari (in proposito si vedano la nota prot. n. 396 del 15 maggio 2018; la nota prot. n. 6548 del 9 maggio 2019; il decreto n. 208 del 7 maggio 2019 ed il decreto n. 288 del 29 luglio 2019).

²⁸ Cfr. *supra* nota n. 17.

²⁹ Cfr. il testo dell'Appendice II, *Which uses of AI in European judicial systems?*, che tratta espressamente la tematica in oggetto: «*Judge profiling: quantifying a judge's activity will reveal less about any possible biases than about any external factors influencing his or her decisions. The judge himself or herself is not the reason why judicial*

Certo, scendendo un po' più nel merito della questione ed allargando l'orizzonte della disamina, non si può omettere di ricordare come nella realtà statunitense, già a partire dagli anni Quaranta del secolo scorso, il mondo accademico avesse inaugurato filoni di ricerca riguardanti il prismatico tema del comportamento giudiziale, anche individuale. Complice – vi è da ritenere – la particolare architettura del sistema giudiziario americano ove, come noto, l'87% dei giudici è eletto dal popolo (con buona pace di ciò che questo può comportare in termini di campagne elettorali, finanziamenti privati e, *last but not least*, conflitti d'interessi), il *judicial analytics* è oramai a tutti gli effetti una vera e propria disciplina scientifica che, oltre ad indagare «*extra-legal factors that influence decisions*»³⁰, si propone di “mettere a nudo” dinamiche ed esiti del *judicial decision making* in modo da farne, su un versante, un prezioso strumento di valutazione dei soggetti di volta in volta candidati alle elezioni giudiziarie³¹ e, su un altro, un veicolo di efficienza del sistema nel suo complesso giacché, la previsione del probabile epilogo di quella vicenda al cospetto di quel giudice, dovrebbe consigliare strategie più adeguate a tutte le parti in causa.

Sembra poi di constatare l'ovvio, quando si osserva come la digitalizzazione delle sentenze e, dunque, la facilità del loro reperimento e della loro sistematizzazione in formato digitale, abbiano reso il “boccone” ancor più ghiotto per le società di *legaltech* che, nella corsa per la predisposizione di sempre innovativi servizi destinati ai loro potenziali clienti, si sono viepiù dedicate allo studio del *pattern of judges' behaviour in relation to court decisions*³².

Indubbiamente diverso il contesto degli ordinamenti giuridici europei, ove la tematica dell'estrazione, indicizzazione ed integrazione dei dati estrapolabili dalle decisioni giudiziarie, non pare poter vantare una tradizione di ricerca universitaria né illustre né risalente, sebbene, ad esempio, proprio un ordinamento come quello italiano risulti essere un antesignano in tema di banche dati giurisprudenziali grazie alla creazione, già a partire dagli anni Sessanta, del Centro elettronico di Documentazione

activity in an impoverished area does not produce the same results as in another territory, whatever his personality may be. When the decision is rendered in a collegial manner and without the possibility for a judge to express a divergent opinion, it is pointless to profile each of the judges of the chamber. On the other hand, offering judges a more detailed quantitative and qualitative assessment of their activities, thanks to new tools, but with a purely informative aim of assisting in decision-making and for their exclusive use, could be encouraged».

³⁰ Si pensi, a questo proposito, al celeberrimo studio di A. KOZINSKY, *What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1993, 993 ss., per arrivare ai giorni nostri con saggi come quello di D. L. CHEN, *Judicial analytics and the great transformation of American Law*, in *Artif Intell Law*, 2019, 27, 15 ss., ove, tra le altre cose, si dimostra come «*circuit Court judges' behaviour varies over the Presidential election cycle*» o, ancora, come «*when it is the defendant's birthday, judges round down in the number of sentencing days*».

³¹ Cfr. R. AMBROGI, [Three More Resources Relating to Judge Profiling](#), 24 luglio 2015.

³² È sufficiente visitare il sito di una istituzione universitaria prestigiosa come la Loyola Law School di Los Angeles per scoprire una pagina (<https://guides.library.lls.edu/firms/analytics>) interamente dedicata all'“*Analytics for Judges and Attorneys*”, ossia alla presentazione (con relative specifiche) delle piattaforme digitali, pubbliche e private, open access e a pagamento, in grado di fornire «*detailed analytics on cases being handled by attorneys, law firms, and judges*».

(C.e.d.), ovvero di un *data base* presso la Corte di Cassazione contenente tutte le pronunce di legittimità espresse nelle diverse branche del diritto³³.

Non tradisce, insomma, la realtà storica dei fatti la constatazione per cui, nonostante un ricorso da tempo consolidato al metodo statistico per la formulazione dei giudizi nelle aule di giustizia (anche italiane)³⁴, soltanto di recente il vecchio continente è venuto maturando la consapevolezza dell'importanza della conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali e delle forme di elaborazione del ragionamento giudiziale quale parametro valutativo generale della qualità del sistema giustizia. Di più: proprio la circostanza che, grazie all'innovazione tecnologica, si disponga di archivi giudiziari digitalizzati imponenti, di banche dati giurisprudenziali dalle dimensioni astronomiche, e di elaboratori sempre più potenti e performanti, ha trasformato irreversibilmente lo scenario di fondo e ne ha reso non più rinviabile la presa d'atto.

Così, mentre da un lato si è iniziato ad apprezzare la possibilità di procedere allo svolgimento di ricerche complesse in un arco di tempo sempre più ristretto e con un tasso di precisione tendenzialmente più accurato, dall'altro si è cominciato ad affacciare il "fantasma" di un livellamento dell'attività ermeneutica del giudice che, schiacciato sotto il peso di un tale ammontare esponenziale e sistematizzato di dati, potrebbe essere tentato dal cedere ad una sorta di conformismo decisionale.

Del resto, è altresì del tutto fisiologico che l'applicazione della digitalizzazione e della telematica al patrimonio informativo offerto dalla giurisprudenza, oltre a determinare l'inevitabile trasformazione delle modalità stesse di conduzione della ricerca giuridica³⁵, si dimostri singolarmente rispondente a quell'anelito espresso dalla cultura giuridica dei nostri tempi che ravvisa in una giurisprudenza tendenzialmente stabile ed uniforme uno dei canoni costitutivi della «nuova legalità»³⁶.

Non sfugge, tuttavia, quali e quanti possano essere i "contraccolpi" sui presidi garantistici che tradizionalmente caratterizzano i modelli ordinamentali di *civil law*. A fronte dell'*appeal* esercitato dalle *chances* di conoscibilità della giurisprudenza e di prevedibilità delle decisioni prospettate dalle tecniche di gestione informatica e di *machine learning* applicate ai procedimenti giudiziari³⁷, non bisognerebbe dimenticare

³³ Sul punto vd. C. CASTELLI – D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, cit., 50 ss.

³⁴ M. ANCONA, *Giustizia predittiva*, in *Il processo telematico*, 7 ottobre 2019.

³⁵ Cfr. G. COMANDÈ, *Rivoluzione digitale, occasione di sviluppo per il mondo giuridico*, in *Guida al Diritto*, 2019, 45, 10-11.

³⁶ Da ultimo vd. M. VOGLIOTTI, [La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto](#), in questa *Rivista*, 2020, 3, 45 ss. Senza che osiamo addentrarci nella "lussureggiante" giungla bibliografica dedicata, anche e soprattutto in questi ultimi anni, al principio di legalità, sia qui consentito rinviare ad alcuni contributi che, con sensibilità e taglio diversi, maggiormente ne scandagliano il valore fondante, le ibridazioni e le derive da esso subite anche a seguito del dialogo tra le Corti: cfr. P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1; O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, CXXIX, 2017, 112 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 43 ss.; C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 68 ss.

³⁷ Che la ricerca (ossessione?) della prevedibilità delle pronunce giudiziali occupi ormai il dibattito dottrinale in tutti gli ordinamenti ce lo conferma anche la più recente esperienza spagnola: e così, nel mentre si

che, in ogni caso, l'applicazione del metodo statistico al processo può esprimersi esclusivamente in termini di probabilità³⁸, e che nemmeno il richiamato valore della "stabilità" interpretativa – come pure ha sottolineato la Corte di Strasburgo – può fungere da ostacolo alla vitalità della giurisprudenza né, dunque, inaridirne le capacità di analisi e di adeguamento ai mutamenti provocati nel magma sociale dalle scoperte scientifiche oltre che dai giudizi socio-valoriali correnti³⁹.

È, dunque, in un contesto ancora per troppi versi inesplorato e fluido che, di recente, l'ordinamento francese si è trovato ad esprimere un atteggiamento di rigorosa chiusura nei riguardi dei *data base* di informazioni concernenti gli orientamenti espressi dalla propria magistratura.

L'*occasione* l'ha fornita la vicenda scaturita dalla pubblicazione e dalla divulgazione su dominio pubblico di uno studio che, mediante l'impiego combinato di processi di *machine learning* e repertori giurisprudenziali arricchiti di metadati, aveva "enucleato" l'indirizzo seguito da alcuni giudici in materia di richieste di asilo⁴⁰. Anche a fronte delle vivaci proteste emerse proprio all'interno dell'ordine giudiziario francese, si è dunque venuta a determinare la schizofrenica situazione per cui, se da un lato il legislatore francese incentiva e sostiene il progetto di un'amministrazione trasparente della giustizia che passa, di necessità, attraverso la pubblicità e la più ampia facilità di accesso alle decisioni giudiziarie⁴¹, dall'altro ha ritenute talune di queste metodiche di investigazione e di analisi della produzione giurisprudenziale particolarmente "aggressive", così disponendo sanzioni penali pesanti per chiunque (società o persona fisica), partendo dalle decisioni e dalle sentenze, raccolga "i dati di identità dei magistrati

decantano le "magnifiche sorti e progressive" di piattaforme in commercio quali, ad esempio, *Jurimetria*, presentata come «*la herramienta de analítica jurisprudencial más innovadora del mercado que permite definir la estrategia procesal más idónea para el éxito del caso, a través de indicadores gráficos interactivos, basados en el análisis cognitivo de millones de decisiones judiciales*» (cfr. <https://jurimetria.laleynext.es/content/Inicio.aspx>), si discute animatamente sulla legittimità delle "decisioni plenarie non giurisdizionali" adottate dalle sezioni del Tribunal Supremo in nome dell'unificazione dell'interpretazione giuridica, ai sensi dell'art. 264 LOPJ: cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, «*Giustizia predittiva*», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del «Justizklavier»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 3, 883 ss.

³⁸ ...non foss'altro perché ogni causa, quand'anche ripetitiva, ha caratteri unici e molteplici variabili che devono essere tenuti in considerazione.

³⁹ Cfr. per esempio ECHR, *Greek Catholic parish Lupeni and Others v. Romania*, 29 novembre 2016, § 116.

⁴⁰ ... studio tuttora reperibile a questo [indirizzo](#).

⁴¹ Il riferimento, d'obbligo, è alla *LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* (il cui testo integrale è consultabile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr>) che ha come obiettivo quello di garantire il pieno utilizzo dei servizi digitali e l'effettivo sviluppo dell'*e-government*, dell'innovazione e dell'economia digitale, e che, tra le molte previsioni, contempla anche quella relativa agli *open data* delle decisioni giudiziarie, ovvero la possibilità di disporre pubblicamente e gratuitamente, nel rispetto della vita privata, di tutte le pronunce emesse in territorio francese. In proposito vd. le osservazioni di S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 201 ss. e quelle di Y. GAUDEMET, *La justice predictive*, testo della relazione tenuta a Pisa il 27 settembre 2019 nell'ambito delle attività del curriculum "Amministrazione, mercato e giustizia penale" del Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche (per gentile concessione dell'Autore).

con lo scopo o l'effetto di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche professionali effettive o presunte⁴².

Ora, cercando di dissolvere la “cartina fumogena” che è inevitabilmente destinata a sprigionarsi da una tematica come questa, connotata da un tasso di complessità direttamente proporzionale al groviglio di interessi in conflitto ad essa sottesi, tocca interrogarsi sulle motivazioni che possono aver determinato la criminalizzazione, da parte, appunto, dell’ordinamento francese, delle iniziative volte a raccogliere e trattare (anche a fini predittivi) le decisioni giudiziarie sulla scorta dell’identità nominativa di chi le ha pronunciate.

La sensazione – alimentata, tra l’altro, dalle dure reazioni e dalle dichiarazioni degli stessi giudici francesi che hanno “confessato” come l’ostensione pubblica delle statistiche giudiziarie accompagnate dai singoli nominativi li abbia indotti ad indirizzare il loro convincimento verso quello che può definirsi come il “risultato medio”⁴³ – è che l’obiettivo avuto di mira sia quello di allontanare lo spettro di un controllo anomalo sui giudicanti o, comunque, di una forma più o meno diretta di “pressione” sull’operato dei singoli.

Non deve sorprendere che “rovistando” nel *case-law* della Corte di Strasburgo non si rinvenano risposte né univoche né soddisfacenti, visto che il giudice europeo non si è mai occupato in via diretta di questioni analoghe a quella in esame e alla loro influenza sul “vissuto” del principio dell’indipendenza come prerogativa del giudice⁴⁴. Nondimeno, sebbene né tra i cc.dd. *criteria for assessing independence* elaborati ai sensi dell’art. 6 § 1 Cedu⁴⁵, né, ancora, tra le pronunce aventi ad oggetto l’art. 10 § 2 Cedu, sia possibile rintracciare parametri fattuali esattamente riconducibili a quelli della fattispecie disciplinata dalla legislazione francese, sembra comunque opportuno muovere da lì per sviluppare qualche spunto di riflessione.

Ciò che infatti emerge in maniera abbastanza netta dalla casistica della Corte è che il valore della “buona amministrazione della giustizia” si alimenta tanto della «judicial independence [...] demanding that individual judges be free from undue influences outside the judiciary, and from within» (il corsivo è nostro)⁴⁶ quanto, ancora,

⁴² Per la precisione si tratta dell’art. 33 *LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (il cui testo integrale è consultabile all’indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr>) che recita: «*les données d’identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l’objet d’une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d’évaluer, d’analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*».

⁴³ Vd. [France Bans Judge Analytics, 5 Years In Prison For Rule Breakers](#).

⁴⁴ Si rinvia, in proposito, alle interessanti notazioni di M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Speciale Quest. Giust.* 2019, 1, 249 ss.

⁴⁵ Com’è noto, al fine di valutare l’indipendenza di un tribunale, il giudice europeo prende in considerazione una serie di elementi qualificanti, tra cui: le procedure di nomina; la durata del mandato dei componenti; l’esistenza di un’apparenza di imparzialità e di sufficienti presidi contro eventuali pressioni esterne (vd., *ex plurimis*, ECHR, *Langborger v. Sweden*, 22 maggio 1989, § 32 e ECHR, *Kleyn and Others v. The Netherlands*, 6 maggio 2003, § 190).

⁴⁶ Vd. ECHR, [Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights](#).

delle «authority and impartiality of the judiciary»⁴⁷, a tutela delle quali, come noto, la Convenzione ammette persino limitazioni alla libertà d’espressione⁴⁸.

L’idea di fondo è quella di un sistema giudiziario che, sia nella dimensione strutturale ed organica di apparato, sia nell’accezione più “intimistica” di persone singole chiamate ad esercitare la funzione giurisdizionale⁴⁹, deve godere della fiducia di tutti i consociati in quanto ispirato a logiche aliene da interessi altri o, comunque, da fattori esogeni – quali che essi siano – in grado di orientarne le scelte⁵⁰.

Orbene, anche alla luce di quanto in buona parte già osservato, non è affatto inverosimile l’ipotesi che una “sovraesposizione” informatica, dovuta all’accessibilità libera ed indiscriminata a banche dati che organizzano più o meno trasparentemente e per nominativi tutta la produzione giurisprudenziale, influenzi il giudice nell’esercizio futuro dello *ius dicere*⁵¹. Del resto, sarebbe sufficiente riflettere, tra le altre cose, sulle più innovative acquisizioni della psicologia comportamentale in tema di *nudging*, vale a dire di “spinte gentili” capaci di condizionare (seppure in maniera implicita e nascosta) le nostre scelte, per convincersene: il giudice, vedendo “messe in bella mostra”, catalogate e glossate tutte le sue pronunce, potrebbe essere indotto a rafforzarsi nelle proprie convinzioni soltanto per sottrarsi alla “gogna” del *revirement* e/o dell’indirizzo minoritario; viceversa, quello stesso giudice potrebbe optare per soluzioni diametralmente opposte a quelle precedentemente adottate per reattanza ed a prescindere, quindi, dagli effettivi dati di contesto⁵².

Si tratterebbe, in entrambi i casi, di *output* decisionali “ingiusti” in quanto “condizionati” e, per di più, potenzialmente forieri di una “sclerotizzazione della giurisprudenza” o, per converso, di un “fermento creativista”, sicuramente

⁴⁷ Per quanto “indipendenza” ed “imparzialità” del giudice rimandino a nozioni dogmatiche autonome e distinte, essendo la prima «condizione di esistenza» della seconda, non di rado la stessa Corte europea le ha esaminate congiuntamente: vd., tra gli altri, P. CONCOLINO, *Art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di G. UBERTIS – F. VIGANÒ), Torino 2016, 142-143.

⁴⁸ Cfr. S. ĐORDEVIC ALEKSOVSKI, *Article 10 of European Convention in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Facta Universitatis, Law and Politics* 2016, 55 ss.

⁴⁹ Vd. in proposito M. OETHEIMER, *sub art. 10*, in *Commentario breve alla Convenzione dei diritti dell’uomo*, (a cura di S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY), Padova 2012, 407-408.

⁵⁰ Cfr. D. HARRIS – M. O’BOYLE – ED BATES – C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, 654 e due pronunce abbastanza famose sul tema, vale a dire ECHR, *Prager and Oberschlick v. Austria*, 26 aprile 1995 ed ECHR, *Di Giovanni v. Italia*, 9 luglio 2013.

⁵¹ Per spirito di completezza, va detto che, con riguardo alla vicenda d’oltreconfine, era stato addirittura paventato un rischio per l’incolumità personale dei giudici i cui orientamenti in tema di immigrazione erano stati oggetto di trattamento e divulgazione: vd. in proposito S. FAMILIARI, *Francia, vietato l’uso predittivo dei dati nelle app mobile in ambito legale: il caso Predictice*, reperibile all’indirizzo <https://www.cybersecurity360.it/>, 27 giugno 2019.

⁵² Vd. in questo stesso senso Y. GAUDEMET, *La justice predictive*, cit. Per quanto specificamente concerne la teoria del *nudge* in ambito giudiziale si vedano, nella dottrina nordamericana, gli studi di D. J. DEVINE, *Jury Decision Making: the State of Science*, New York, 2012, *passim*; di D. SIMON, *In doubt: the psychology of the criminal justice process*, Harvard, 2012, *passim* e, più di recente, di I. D. MARDER – J. PINA-SÀNCHEZ, *Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering*, in *Criminology & Criminal Justice*, 2018, 1-17.

disfunzionali ad una visione della legalità che si fonda sulla soggezione dei giudici soltanto alle leggi.

In attesa, semmai, che la Corte di Strasburgo sia chiamata a valutare l' "armonia" del rapporto tra libertà e correlate limitazioni che la Loi n° 2019-222 ha impresso al trattamento informatizzato e *nominatim* delle sentenze, l'unico messaggio che si può trarre con una certa sicurezza dal quadro fin qui abbozzato è la necessità di procedere alla "rimodulazione" delle categorie dogmatiche tradizionali allorché esse si trovino a confrontarsi con il *novum* delle emergenze tecnologiche: nel caso di specie, a venire in considerazione è appunto lo statuto tutorio del giudice che, una volta calato nell'infosfera, rischia di vedere i caratteri costitutivi tipici dell'equità e dell'imparzialità sopraffatti dal criterio dell'efficienza computazionale. Perché – e non ci si può esimere dal rimarcarlo – la versione *lato sensu* "digitalizzata" di operazioni fino ad oggi rimesse esclusivamente alle capacità umane di analisi e di calcolo può sortire gravi effetti distorsivi, non soltanto conferendo eccessiva enfasi alla componente quantitativa degli elementi sottoposti ad esame ma, altresì, trasformandone in profondità l'essenza qualitativa, essenza che, provocazioni a parte⁵³, non deve essere ridotta ad una copia "sbiadita" di se stessa.

In definitiva – ed ecco che *tout se tient* – ciò che rileva è l'irrinunciabilità della garanzia per cui il convincimento del giudice penale deve potersi formare in modo "libero", affrancato cioè da condizionamenti e pressioni della più diversa natura e che potrebbero derivargli sia, come si è detto, da una valorizzazione impropria dei "precedenti" penali di colui che si trova sottoposto al suo giudizio sia, ancora, dai suoi stessi convincimenti, sistematicamente classificati, aggregati ed ostesi; dal vincolo, insomma, del proprio "passato" decisionale.

⁵³ Ci si riferisce, in particolare, a quelle provenienti dal mondo delle scienze economiche in cui – preso atto della concorrenza immanente tra l'approccio quantitativo e quello qualitativo – si arriva ad affermare che *qualitative is nothing but poor quantitative*: cfr. il condivisibile scetticismo di L. TOMASIN, *L'impronta tecnologica. Cultura umanistica e tecnologica*, cit., 46.