



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

**Corso di Dottorato in
“Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione”**

Ciclo XXXVI

Settore scientifico-disciplinare: IUS/16

IL GIUDICE PROFILABILE.

**UNO STUDIO SUL POSSIBILE IMPIEGO DEI *JUDGE PROFILING A.I. TOOLS* NEL SISTEMA
PENALE ITALIANO TRA AMBIZIONI, LIMITI E PROSPETTIVE**

Coordinatrice del corso:

Chiar.ma Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

Dottorando:

Dott. Francesco Maria Damosso

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

A.A. 2023/2024

INDICE

Rilievi introduttivi

1. Coordinate definitorie e concettuali.
2. L'obiettivo, la domanda e il metodo della ricerca.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I – PREVISTO, PREVEDIBILE, PREDICIBILE

Sezione I

1. **Calcolabilità penale. Notazioni preliminari e un'avvertenza terminologica.**
 - 1.1. Quale calcolabilità.
 - 1.1.1. Gli elementi di calcolo.
 - 1.1.2. Intorno alla calcolabilità: sistemazione delle aree tematiche limitrofe.
 - 1.2. L'ambizione della calcolabilità nel tempo.
2. **La previsione come paradigma prescrittivo.**
 - 2.1. Oggettività della legge, formalismo, pretesa di certezza.
 - 2.2. La soluzione del sillogismo sussuntivo e l'asserito azzeramento del giudicante.
3. **La prevedibilità come paradigma descrittivo.**
 - 3.1. Soggettività della decisione, antiformalismo, assunzione di complessità. Uno sguardo d'insieme.
 - 3.2. La circolarità tra oggetto del giudizio e materiale per il giudizio, attraverso il contributo del giudicante.
 - 3.3. La prevedibilità come scelta di valore.

Sezione II

4. **La predicibilità come nuovo paradigma prescrittivo.**
 - 4.1. Intelligenza artificiale calcolante, tra deduzione e induzione.
 - 4.2. Predicibilità ed elementi di calcolo.
 - 4.3. L'opacità della macchina e l'opacità dell'uomo.
5. **Prospettive futuribili e auspicabili.**
 - 5.1. Predicibilità e complessità.
 - 5.2. Quantificare l'incertezza.
 - 5.3. Decifrare i valori.
 - 5.4. Decidere ragionevolmente.

PARTE SECONDA

CAPITOLO II – I TOOLS DI PROFILAZIONE DEL GIUDICE. FENOMENOLOGIA E REGOLAZIONE

1. Predicibilità e profilazione.

2. La diffusione del *judge profiling* negli Stati Uniti.

2.1. *Judicial analytics*: le premesse culturali e ideologiche.

2.2. «*In litigation and legal research, judge analytics is the new black*»: le prime piattaforme di profilazione.

2.2.1. Le premesse istituzionali e costituzionali.

2.3. “*Context*”: la realtà odierna.

2.3.1. “*Ravel view*”.

2.4. Il *Judicial Security and Privacy Act*.

3. Il divieto di profilazione del giudice in Francia.

3.1. Il breve trascorso di “*Supralegem*”.

3.2. L’art. 33 *Loi n. 2019-222 du 23 mars 2019* e le sue possibili ragioni.

4. La profilazione del giudice nel quadro della Carta etica Cepej e del Regolamento Ue sull’i.a. Ricadute sul sistema interno.

CAPITOLO III – PROFILAZIONE DEL GIUDICE A FINI PREDITTIVI. BENEFICI E COSTI

Sezione I

1. Capacità incrementale della profilazione. Esigenze apparenti ed esigenze reali.

1.1. Accesso alle decisioni. Contenuto della garanzia.

1.1.1. Non necessarietà della profilazione e sua sostanziale inconferenza rispetto all’accessibilità.

1.2. Pubblicità del processo. Contenuto della garanzia.

1.2.1. Non necessarietà della profilazione per garantire la pubblicità.

1.3. Tutela dell’affidamento.

1.3.1. L’affidamento sul diritto processuale vivente.

1.3.2. L’affidamento sulla valutazione *lato sensu* probatoria.

1.3.3. (*segue*) Ipotesi applicative della profilazione.

Sezione II

2. *Auctoritas* dei profili. Effetti pratici di un vincolo pregiudizievole.

2.1. Costi strutturali.

2.1.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sull’indipendenza del giudice.

- 2.1.2. (*segue*) Dipendenza psicologica.
- 2.1.3. (*segue*) Deriva di uno *stare decisis* assoluto.
- 2.1.4. (*segue*) Immobilismo interpretativo.
- 2.1.5. (*segue*) Standardizzazione valutativa.
- 2.1.6. (*segue*) Parzialità del giudice e «inferiorità istituzionale» dell'imputato.
- 2.2. Un esempio di costi accessori.
 - 2.2.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sul diritto all'impugnazione.

CAPITOLO IV – PROFILAZIONE DEL GIUDICE A FINI DI MONITORAGGIO DELLE *PERFORMANCES* E DI CONTROLLO, BENEFICI E COSTI

Sezione I

1. **Latitudine del beneficio del controllo. Ulteriore capacità incrementale della profilazione.**
 - 1.1. Valutazioni di professionalità.
 - 1.1.1. Il c.d. fascicolo personale delle *performances*.
 - 1.2. Responsabilità disciplinare.
 - 1.2.1. Violazione dei doveri di diligenza, laboriosità e riserbo. Relative modalità di indagine e accertamento.
 - 1.3. Responsabilità civile.
 - 1.3.1. Possibili margini di «colpa grave» nell'attività interpretativa a seguito della legge 27 febbraio 2015, n. 18 e relative modalità di accertamento.
 - 1.4. Responsabilità sociale.
 - 1.4.1. L'esposizione personale come necessario presupposto per la legittimazione del potere giudiziario.

Sezione II

2. **Standardizzazione dei profili e ulteriori effetti pratici pregiudizievoli della sovraesposizione informatica.**
 - 2.1. Costi accessori.
 - 2.1.1. Quantitativismo giudiziario.
 - 2.2. Costi strutturali.
 - 2.2.1. Personalizzazione della giustizia.
 - 2.2.2. Pericoli per il giudice.

Rilievi conclusivi

1. Costi e benefici sistemici della profilazione del giudice: un bilancio complessivo.
2. Alla ricerca di un punto di equilibrio, nella realtà dell'intelligenza artificiale.

Bibliografia

RILIEVI INTRODUTTIVI

Sommario: 1. Coordinate definitorie e concettuali. – 2. L’obiettivo, la domanda e il metodo della ricerca.

1. Coordinate definitorie e concettuali.

Parlare di profilazione del giudice¹, cioè di sistemi che grazie all’intelligenza artificiale² elaborano masse di dati di pertinenza individuale per prefigurare l’esito del processo o per controllarne l’attività professionale svolta, significa anzitutto entrare in un campo di novità e, insieme, di tensione.

In un campo di novità perché la profilazione porta a un altro livello la richiesta di prevedibilità della decisione giudiziaria³ e la possibilità di monitoraggio delle *performances* dei membri del pubblico potere⁴. Sul primo versante, infatti, si dischiude la prospettiva di anticipare probabilisticamente segno e contenuto della futura decisione non tanto in base allo stato del c.d. diritto vivente quanto in base agli orientamenti del giudicante d’interesse e al suo inquadramento “bio-professionale”. Sul secondo versante, invece, si potrebbe condurre un’analisi del rendimento e dei comportamenti dei magistrati finora mai concepita.

Se una tale prevedibilità sintetizza pretese di autodeterminazione e uguaglianza, e un tale monitoraggio implica più che note esigenze di efficienza, allora va compreso che con la profilazione si gioca, ora e soprattutto per l’avvenire, una partita sulla giustizia di assoluto rilievo.

Nello sviluppo del lavoro, bisogna subito precisare, ci si concentrerà prevalentemente sulla dimensione della prevedibilità. Non a caso, la possibile

¹ In una accezione consonante con quella accolta dall’art. 2 comma 1 lettera e d. lgs. 18 maggio 2018, n. 51, che definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

² V. *infra*, I.

³ V. *infra*, II e III.

⁴ V. *infra*, IV.

profilazione in discorso è *in primis* annoverabile tra gli strumenti di “giustizia predittiva”: locuzione dalla portata indefinita ma con la quale intenderemo esclusivamente i sistemi di intelligenza artificiale volti all’anticipazione della futura decisione giudiziaria in punto di applicazione delle disposizioni processuali, del precetto, della pena; nonché di formulazione delle valutazioni probatorie. Proprio in questi termini, del resto, lo sguardo sul «futuro giuridico»⁵ verrà posizionato.

Certo un siffatto sguardo si dovrà rivelare pure consapevole di alcuni presupposti fondamentali: di seguito appena accennati, a suo tempo debitamente illustrati e approfonditi. Primo, che il diritto prevedibile (o predicibile) è concettualmente tale in quanto se ne postuli l’attribuzione di una determinata qualità, quella dell’essere più o meno calcolabile. Secondo, che almeno nel senso tradizionale del termine il tessuto aperto e permeabile del diritto vive una dinamica apparentemente inconciliabile con la piena calcolabilità. Terzo, che una via attuale e futura per la efficace gestione della ineliminabile incalcolabilità è rendere almeno parzialmente calcolabile l’incertezza, ossia rendere parzialmente calcolabile l’incalcolabile: sì da realizzare, nei limiti del tecnicamente fattibile, le risalenti ambizioni di misurazione e misurabilità della c.d. giurimetria⁶. Quarto, che ad oggi non sono state raggiunte conclusioni scientifiche in grado di spiegare completamente l’*iter* del ragionamento umano, il quale in parte rimane dunque opaco come opaco risulta il funzionamento diciamo interno dell’intelligenza artificiale più avanzata. Quinto, che neppure il testo della motivazione della sentenza – a prescindere da come essa venga articolata nei diversi ordinamenti – ci consente di desumere in base a cosa il giudice abbia effettivamente e realmente deciso: possono se mai essere calcolate le probabilità che il giudice abbia deciso in virtù di determinati elementi e non di altri.

I cenni appena offerti rendono anche possibile spiegare perché, come si diceva, il tema della profilazione rappresenti, oltre a un campo di novità, un campo di tensione; tensione tra contrapposti interessi e valori.

Da un canto, infatti, appare intuitivo constatare la ferma congiunzione tra l’interesse economico dei soggetti che commercializzano *tools* di giustizia predittiva e lo spessore strategico della pretesa di certezza. Spessore socialmente strategico, dato il bisogno di certezza delle conseguenze penali del proprio agire e di simile trattamento dei casi simili; e, ancora, economicamente strategico, vuoi perché la certezza giuridica è un fattore determinante di attrazione degli investimenti, vuoi perché l’incertezza giuridica finisce comunque col rendere indispensabili i prodotti delle società di *legal tech*, i quali proprio

⁵ Del quale si dirà subito, al prossimo § 1.

⁶ Su cui v. *infra*, I, § 4.1.

nell'ottica della semplificazione promuovono la disintermediazione umana delle informazioni disponibili per gli utenti.

D'altro canto, però, uno strumento come la profilazione del giudice – oltre a incontrare l'inevitabile resistenza dell'ordine magistratuale – reca una serie di forti problematicità. Anticipiamo soltanto, al riguardo, che mettere il giudice sotto una lente d'ingrandimento equivale a provocare una duplice alterazione: della rilevanza dei fenomeni osservati e soprattutto del comportamento di costui, a causa della sovraesposizione che ne deriva. Trattandosi appunto del giudice, alterazione del comportamento si traduce come mortificazione della sua indipendenza, e dunque giocoforza come ineffettività della tutela dei diritti.

Di qui, muovendo cioè dall'inderogabile dovere del legislatore di assicurare tutte le condizioni affinché l'indipendenza si realizzi e si preservi, il senso della ricerca.

Non intendendo peraltro celare, sin da ora, la preoccupazione dovuta al vistoso disallineamento tra i contenuti dell'attuale dibattito sulla giustizia e le prospettive future: la recente apertura al pubblico in *open access* della banca dati ospitante una parte della giurisprudenza di merito, nella quale si possono ricercare i singoli provvedimenti filtrati attraverso i nomi dei singoli giudici⁷, è un fatto che parla da sé. Ma cavalcare, da parte delle istituzioni politiche, la retorica del giudice trasparente suona solo come il tentativo illusorio di spostare l'attenzione dall'obiettivo realmente meritevole di essere perseguito: governare la complessità del diritto conciliando il pluralismo valoriale contestualmente presente nella collettività e nella magistratura, attraverso decisioni ragionevoli e perciò socialmente accettabili.

2. *L'obiettivo, la domanda e il metodo della ricerca.*

Obiettivo della ricerca è dunque quello di saggiare la portata e l'intensità dell'impatto dei sistemi di profilazione del giudice penale nell'ordinamento italiano, qualora s'intenda introdurli istituzionalmente ovvero ammetterne una gestione privata. Peraltro, sarebbe giocoforza pubblica la gestione dell'ipotetico strumento profilatorio diretto al controllo sui magistrati: i dati a tal fine rilevanti, come a tempo debito si vedrà, devono in larga parte rimanere riservati, potendo essere consultati solo dal soggetto interessato e dall'autorità procedente.

Prima di giungere a riflettere sull'argomento nell'ambito nazionale, ci si concentrerà sul contesto degli Stati Uniti d'America, in cui i sistemi c.d. di *judge profiling*

⁷ V. pure *infra*, III, § 1.1.

sono realtà operativa oramai da qualche anno⁸. Oltreoceano essi vengono impiegati prevalentemente a scopo predittivo, nei termini chiariti in apertura; cioè consentendo una prefigurazione dell'esito del giudizio puntualmente ritagliata sul singolo giudicante che lo formulerà.

Anche da noi, lo si iniziava a dire, profilando il giudice la sua decisione diverrebbe maggiormente prevedibile – meglio, predicibile –, tanto sul piano del diritto sostanziale e processuale applicato a determinate classi di casi, quanto sul piano dei giudizi valutativi effettuati in ambito probatorio⁹. A quest'ultimo riguardo, per fare solo un esempio pensiamo alla valutazione della prova testimoniale: profilando il giudice, si può teoricamente puntare ad anticipare come quel giudice probabilmente valuterà una determinata testimonianza, in determinate circostanze, quando si proceda per determinati titoli di reato, proveniente da un determinato tipo di testimone, e via dicendo.

Ma al netto di indubbi benefici, vi sono pure dei costi da dover considerare. Bisognerà quindi domandarsi quali essi siano, tentando di determinarli in virtù di considerazioni pratiche, ipotizzando se e in che misura l'incidenza dello strumento profilatorio possa cagionare in concreto un *vulnus* a determinati diritti e garanzie fondamentali, individuali o collettivi. La prevedibilità della decisione è un principio – meglio, un valore – essenziale di cui tenere conto, che però non prevale, e non deve prevalere, sempre e comunque su altri¹⁰.

Una riflessione simile, sebbene non organicamente sviluppata come il lavoro qui introdotto, risulta essere stata decisiva in Francia, ove la pratica della profilazione del giudice, a mente dell'art. 33 *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, di modifica dell'art. 111-13 *code de l'organisation judiciaire*, è stata addirittura criminalizzata¹¹.

Nell'economia della presente ricerca la questione della determinazione dei singoli costi del *judge profiling* verrà trattata operando una distinzione, a livello macro, tra costi strutturali e accessori.

In breve, strutturali sarebbero quelli verosimilmente da sopportare in qualunque condizione, cioè a prescindere dall'assetto della legislazione ordinaria e del diritto vivente¹². Accessori risulterebbero, invece, i costi verosimilmente da sopportare non già *a priori*, ma condizionatamente all'assetto della legislazione ordinaria e del diritto vivente relativo al sistema in cui la profilazione venisse in ipotesi introdotta. Detto altrimenti,

⁸ V. *infra*, II, §§ 2 ss.

⁹ V. *infra*, III, §§ 1.3 ss.

¹⁰ V. *infra*, III, §§ 2 ss.

¹¹ V. *infra*, II, §§ 3 ss.

¹² V. *infra*, III, §§ 2.1. ss.

sarebbero da intendersi quali accessori i costi derivanti non dall'utilizzo di una piattaforma di profilazione in quanto tale, ma dalla combinazione della profilazione con determinati istituti giuridici nazionali¹³.

Il discorso concettualmente si completerà ragionando, altresì, sulla necessità o meno dei suddetti costi da sopportare; nonché sulla misura in cui la compressione o il sacrificio di determinati principi e valori avrebbe luogo.

I costi specifici della profilazione, bisogna ancora avvertire, non vanno confusi con quelli discendenti, più in generale, dal consolidamento del paradigma della predicibilità per conseguenza del contributo dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia. In particolare, fin dove la predicibilità abbia realmente a che fare con la ragionevole prevedibilità costituirà l'interrogativo preliminare e di fondo della prima parte del lavoro. Lì, a una parte *destruens* si affiancherà una parte *costruens*, in cui discorrere – a livello concettuale e di principio – del come l'intelligenza artificiale potrebbe e dovrebbe essere impiegata, nell'ottica diciamo della minimizzazione dei costi e della massimizzazione dei benefici.

Lo stesso schema, a seguire, verrà adottato con riguardo alla possibilità di finalizzare la profilazione del giudice al più efficace ed efficiente monitoraggio delle *performances* individuali, vuoi allo scopo di formulare le c.d. valutazioni di professionalità, che impongono appunto una valutazione del trascorso professionale del giudicante; vuoi allo scopo di conferire gli incarichi di c.d. dirigenza giudiziaria, che come noto hanno luogo a valle di procedure competitive fondate sulla comparazione dei candidati. Inoltre, con la profilazione potrebbe essere reso più efficace ed efficiente, nei confronti del giudice, l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte del Ministro della giustizia e lo svolgimento delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione; il sindacato giurisdizionale in ordine alla responsabilità disciplinare; il sindacato giurisdizionale sulla responsabilità civile¹⁴.

L'impiego del *judge profiling* a fini di controllo latamente inteso appare anche l'impiego più vicino alla realtà odierna rispetto alla finalità predittiva. La recente legge 17 giugno 2022, n. 71 ha difatti istituito il c.d. fascicolo personale delle *performances* del magistrato: uno strumento profilatorio, come si vedrà, a tutti gli effetti; nonostante all'atto pratico ancora manchi un apporto significativo dell'intelligenza artificiale. Comunque, uno strumento profilatorio giuridicamente nominato, il quale dovrà essere debitamente organizzato e disciplinato.

Tanto premesso, si può ora comprendere che la domanda fondamentale di ricerca ruota attorno alla individuazione e alla misurazione dei costi di sistema della profilazione,

¹³ V. *infra*, III, §§ 2.2. ss.

¹⁴ V. *infra*, IV, §§ 1.1. ss.

a fronte dei benefici in termini di calcolabilità penale sostanziale e processuale, nonché di controllo sull'amministrazione della giustizia.

Più oltre, nell'ambito dei rilievi conclusivi verrà stilato un bilancio, effettuando una comparazione dei costi in rapporto ai benefici complessivamente considerati. In quella sede tornerà pure d'interesse la differenziazione tra costi strutturali e accessori, almeno in due sensi. Primo, come criterio di descrizione: per avere cioè contezza della differente tipologia dei costi prospettabili. Secondo, come criterio di ponderazione: per potersi pronunciare sulla legittimità o sull'opportunità del *judge profiling* considerando, sulla scorta delle ragioni di cui si dirà, che i costi strutturali dovrebbero pesare qualitativamente di più rispetto a quelli accessori.

Specularmente al già esplicitato obiettivo primario della ricerca – saggiare portata e intensità dell'impatto dei sistemi di profilazione del giudice penale nell'ordinamento italiano –, il risultato provvisorio raggiunto si rinverrà in una ipotesi di individuazione delle condizioni in presenza delle quali il *judge profiling* possa ritenersi compatibile con il nostro sistema penale costituzionale ordinamentale¹⁵: affinché, in definitiva, la decisione giusta non finisca per rappresentare un'anomalia.

¹⁵ V. *infra*, Rilievi conclusivi, § 2.

I

PREVISTO, PREVEDIBILE, PREDICIBILE

Sommario: *SEZIONE I* — 1. Calcolabilità penale. Notazioni preliminari e un'avvertenza terminologica. — 1.1. Quale calcolabilità. — 1.1.1. Gli elementi di calcolo. — 1.1.2. Intorno alla calcolabilità: sistemazione delle aree tematiche limitrofe. — 1.2. L'ambizione della calcolabilità nel tempo. — 2. La previsione come paradigma prescrittivo. — 2.1. Oggettività della legge, formalismo, pretesa di certezza. — 2.2. La soluzione del sillogismo sussuntivo e l'asserito azzeramento del giudicante. — 3. La prevedibilità come paradigma descrittivo. — 3.1. Soggettività della decisione, antiformalismo, assunzione di complessità. — 3.2. La circolarità tra oggetto del giudizio e materiale per il giudizio, attraverso il contributo del giudicante. — 3.3. La prevedibilità come scelta di valore. *SEZIONE II.* — 4. La predicibilità come nuovo paradigma prescrittivo. — 4.1. Intelligenza artificiale calcolante, tra deduzione e induzione. — 4.2. Predicibilità ed elementi di calcolo. — 4.3. L'opacità della macchina e l'opacità dell'uomo. — 5. Prospettive futuribili e auspicabili. — 5.1. Predicibilità e complessità. — 5.2. Quantificare l'incertezza. — 5.3. Decifrare i valori. — 5.4. Decidere ragionevolmente.

SEZIONE I

1. *Calcolabilità penale. Notazioni preliminari e un'avvertenza terminologica.*

1.1. *Quale calcolabilità.*

La calcolabilità del diritto costituisce oggetto di una domanda – esigenza, urgenza, pretesa – anzitutto sociale, tanto irrinunciabile per l'individuo quanto necessaria per il giurista. Il «futuro giuridico»¹⁶ deve essere un orizzonte su cui potere effettivamente contare. Il buio sulle conseguenze giuridiche dell'agire – o non agire – umano ci proietta dentro a uno scenario per l'appunto antisociale, che implica mortificazione della soggettività del singolo e non di meno del senso dello Stato. Al primo verrebbero sostanzialmente negate libertà e uguaglianza; il secondo, quindi, fallirebbe nel fine di

¹⁶ È un'espressione ampiamente presente nella produzione di Natalino Irti, che molto si è occupato dell'argomento: per tutti, si veda la raccolta di saggi in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

garantirle, assecondando una condizione di disordine di per sé gravemente incompatibile con i suoi scopi immanenti¹⁷. Non a caso il sistema giuridico calcolabile è stato fatto coincidere con il sistema giuridico efficiente¹⁸, se efficienza – fuori da un’ottica prettamente economicista – vuol dire essere rispondente ai propri fini, ossia funzionare al massimo delle proprie potenzialità nel perseguire l’obiettivo per cui si esiste.

Su di un piano generalissimo, il diritto è calcolabile, e dunque un preciso futuro giuridico può divenire oggetto di affidamento, nella misura in cui il soggetto calcolante può razionalmente e ragionevolmente rappresentarsi l’*an*, il *quando* e il *quomodo* il diritto inciderà sulla sua persona.

Ma questa calcolabilità, oltre a potere assumere diverse forme e gradazioni, nonché a potere riguardare una discreta varietà di risultati – sono problemi afferenti al che cosa e al quanto si può calcolare¹⁹ –, non è sempre stata intesa allo stesso modo, e continua a essere intesa in modi diversi. Ciò che dipende dalla natura chiaramente derivativa del concetto in parola, idealmente discendente dal postulato – ora dogma, ora mito, ora valore – della certezza del diritto, ossia da un più generale attributo teoricamente caratterizzante i sistemi diciamo della famiglia giuridica occidentale: essendo o dovendo essere il diritto certo, nelle sue componenti e meccaniche di funzionamento, allora lo stesso è o deve essere calcolabile.

E la certezza del diritto, dal canto suo, nella teoria come nella pratica può occupare varie dimensioni, tra loro non sempre congruenti²⁰. Anzitutto, dunque, precisiamo che nel corso di questo lavoro s’intende trattare di quella dimensione della certezza relativa alle condizioni di intervento del potere punitivo – in quanto massimamente incidente sulla persona – e alla produzione degli effetti di questo potere; specificando ulteriormente che sarà privilegiata la sottodimensione della certezza della decisione penale; e, ancora, che si parlerà di certezza della futura decisione penale. Dovremo allora considerare la calcolabilità da questo angolo visuale.

¹⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1975, p. 592, definisce genericamente la giustizia come «l’insieme delle caratteristiche che fanno del diritto non solo un ordine, ma un ordine desiderabile e approvabile».

¹⁸ M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Giuffrè, 1979, p. 39.

¹⁹ Che peraltro sono le uniche questioni d’interesse: non è dato rinvenire una realtà giuridica in cui tutto o niente sia calcolabile.

²⁰ Alcuni possibili gruppi di significati in E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell’economia*, in *Dir. ec.*, 1956, pp. 1198 ss.; M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nov. Dig. it.*, 1959, pp. 124 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio*, cit., pp. 567 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto*, cit., pp. 30, 33-34; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, 1988, §§ 1 ss. Sulla concezione e il valore della certezza, è passato alla storia lo scontro – più apparente che reale, dato l’oggetto delle relative riflessioni – tra N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, pp. 146 ss. e J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930, Doubleday & Co., 1936.

Esplicitare il riferimento alla decisione futura è peraltro funzionale a escludere dalla trattazione: il discorso sulla certezza della decisione passata, ossia le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche soggettive che sono alla base del giudicato penale²¹; il discorso sulla certezza della ricostruzione processuale dell'accadimento passato rilevante ai fini della decisione, ossia le esigenze di certezza storica, potendosi condannare l'imputato solo se ritenuto colpevole oltre ogni ragionevole dubbio. Altrettanto incidentalmente, è agevole constatare come quelli appena descritti siano terreni in cui si sconta una qualche misura di incertezza, e dunque in cui è possibile solo una certezza relativa: il giudicato penale, come si sa, è frangibile in forza dei mezzi straordinari di impugnazione e degli ulteriori rimedi esperibili *in executivis* (è oramai un luogo comune parlare di crisi del giudicato); l'accertamento processuale del fatto, a rigore, non appare idoneo a condurre alla verità assoluta e intangibile (prevale contrariamente il canone della verità probabile, accertata lì e allora con gli strumenti a disposizione).

Il richiamo alla certezza della decisione penale futura, del pari, deve essere ridimensionato; giacché nella sua accezione attuale e praticamente possibile è da intendersi come certezza relativa o parziale, ossia tendenziale, delle conseguenze giuridico-penali del proprio agire. È vero che, come vedremo più oltre, un'esigenza di certezza su tali conseguenze è a fondamento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*²² *et sine iudicio*²³. Ma è altrettanto vero che se il diritto può essere oggetto di calcolo in quanto se ne postuli il carattere di certezza, in questi termini una certezza del diritto solo tendenziale implica una calcolabilità del diritto solo tendenziale, approssimativa; e un futuro giuridico su cui solo tendenzialmente si può contare. In una parola: una decisione penale futura non esattamente prevista nei suoi contenuti, ma più o meno prevedibile.

Questa concezione di certezza e derivante calcolabilità solo relativa o parziale dipende dall'abitudine di rapportarla con la finalità di rappresentarsi appunto esattamente i contenuti della decisione futura: *habitus* mentale residuante dalla stagione illuminista e primogiuspositivista²⁴, col quale dobbiamo ancora confrontarci. A suo tempo, peraltro, si

²¹ Posto che la funzione del giudicato penale non si esaurisce nel garantire una esigenza di certezza di situazioni e di giudizio, ma è per riflesso anche di garanzia: cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *C.e.d. Cass.*, n. 258651; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *C.e.d. Cass.*, n. 260696.

²² Ma sulla *ratio* specifica della riserva di legge, v. *infra*, nt. 66.

²³ Il riferimento alle esigenze di certezza della decisione futura sarà dunque inteso esclusivamente in questi termini; non anche in termini di c.d. certezza della pena, che traduce una istanza di esecuzione effettiva della sentenza di condanna eventualmente pronunciata all'esito del giudizio. Di recente, si è soffermata sulla connessione dei due profili R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3841.

²⁴ Sulla quale v. *infra*, § 2.

osserverà come la medesima concezione di certezza e derivante calcolabilità con l'avvento dell'intelligenza artificiale possa giovare di una rigenerazione di significato, nella misura in cui la potenza di calcolo della macchina debitamente programmata è idonea a cogliere e quantificare almeno in parte quelli che della decisione futura costituiscono i – fisiologici o patologici – margini di incertezza. Incertezza che quindi può tendere alla certezza intorno a quali e quante siano le incognite del giudizio, e soprattutto alla loro incidenza sulla futura decisione; incalcolabilità, dunque, che diviene propriamente calcolabilità di quali possibili scenari di futuro giuridico possano fondatamente attendersi. Ecco dunque il bisogno di formulare un'avvertenza terminologica: nel prosieguo del lavoro ci si riferirà alla certezza e alla calcolabilità intese in senso tradizionale, mentre un diverso modo d'intenderle si esporrà solo quando l'intelligenza artificiale verrà direttamente in rilievo.

1.1.1. Gli elementi di calcolo.

Un più o meno rilevante margine di incalcolabilità, intesa appunto nel senso poc'anzi chiarito del termine, dipende dal carattere certo o meno degli elementi di calcolo. In generale, gli elementi di calcolo sono quelli che combinati tra loro con la tecnica adeguata fanno pervenire il calcolante a un determinato risultato. Nel nostro caso, il risultato vuole essere il contenuto della decisione futura; gli elementi di calcolo sono i dati disponibili a tal fine, e cioè, tradizionalmente: il dato legislativo, il dato interpretativo, il dato sociale. Il perché gli elementi di calcolo appena menzionati non sono certi nella loro significatività, sì da potere giungere a un risultato solo approssimativo, giammai esatto, è di intuitiva evidenza.

Il dato legislativo è incerto perché la lettera della legge, che stabilisce la rilevanza penale di una determinata condotta, è incerta nel suo significato: una medesima disposizione può infatti avere più significati. Logico che il grado di incertezza del dato aumenta proporzionalmente al suo grado di elasticità o vaghezza semantica, e viceversa.

Il dato interpretativo, che deriva dal formante giurisprudenziale e che specifica il precetto fissato nel formante legale, per un verso agevola il calcolante diminuendo il grado di approssimazione del risultato in discorso, ma per altro verso è solo eventuale, e comunque non è risolutivo perché è incerto. Un tale elemento di calcolo, cioè, agevola il calcolante perché è fuori dubbio che i contenuti delle passate decisioni, e dunque il come la legge sia già stata interpretata, possa fare presumere che in futuro quella stessa legge analogamente s'interpreterà. Al contempo, però, si tratta di un elemento di calcolo solo eventuale perché non è detto che un indirizzo interpretativo uniforme o sufficientemente consolidato o comunque esistente vi sia; e infine si tratta di un elemento incerto perché nulla garantisce che una certa interpretazione, pure uniforme e costante, venga senz'altro

mantenuta nei giudizi a venire. A questo proposito, un qualche vincolo – di fatto o di diritto²⁵ – al c.d. precedente può venire in aiuto del calcolante, il grado di incertezza del dato interpretativo diminuendo proporzionalmente al grado di ripetitività del contenuto delle passate decisioni e viceversa. Ma si deve considerare anzitutto l'art. 101 comma 2 Cost., preclusivo di un vincolo inderogabile a queste ultime²⁶.

Il dato sociale, ossia il contesto sociale storicamente determinato entro il quale viene applicata una disposizione legislativa e si forma la relativa interpretazione giurisprudenziale, pure entra a far parte del calcolo ed è, dal canto suo, altrettanto incerto perché sprovvisto di univoca significatività. Entra a far parte del calcolo perché il significato sociale di un fatto ben può costituire fattore alla stregua del quale calcolare le conseguenze dallo stesso derivanti, e questo teoricamente anche a prescindere dal dato interpretativo. Com'è ovvio, se per ipotesi Tizio aggredisce fisicamente una persona procurandole una patologia permanente, non ha bisogno di conoscere la giurisprudenza sull'art. 583 c.p. per riconoscere in quello che ha fatto un disvalore analogo a quello della condotta punita in astratto dalla fattispecie incriminatrice; egli riconosce la norma nel fatto²⁷.

Nell'assenza del dato interpretativo, poi, in casi del tenore di quello appena riportato una tale riconoscibilità funge da elemento giustificativo essenziale della decisione: altrimenti dovremmo considerare senz'altro incalcolabili le conseguenze derivanti da un fatto punito da una fattispecie incriminatrice di nuovo conio ovvero recentemente modificata²⁸. La stessa riconoscibilità – sempre allorché si presuppongano certi determinati significati di senso e di valore condivisi –, peraltro, può evidentemente sopperire pure a un *deficit* di assoluta precisione e determinatezza della disposizione. Per restare all'esempio, potrebbe essere scritto anche in modo

²⁵ Nel nostro ordinamento, e in ambito processuale penale, si veda l'art. 618 comma 1-bis c.p.p.

²⁶ In ogni caso, seguire il precedente salvo gravi e motivate ragioni è quantomeno una direttiva metodologica largamente condivisa: in giurisprudenza, tra le pronunzie a sezioni unite, si veda Cass. civ., sez. un., ord. 6 novembre 2014, in *C.e.d. Cass.*, n. 632844, § 1, *in diritto*, che hanno precisato come il principio debba ritenersi applicabile anche nell'ambito penale; nello stesso senso, antecedentemente, C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

²⁷ Il problema della riconoscibilità del precetto penale apre, tra l'altro, a quello dei suoi destinatari, i quali dovrebbero essere tanto l'individuo quanto il giudice: in questo senso, C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte edu*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, p. 74.

In argomento, si può rinviare anche alla ricostruzione di A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 130 ss., la quale invece conclude che il destinatario del precetto, inteso quest'ultimo alla stregua di un atto linguistico, dovrebbe teoricamente e praticamente essere colui che abbia tutti gli strumenti tecnici per recepirlo, e cioè l'«interprete modello»; ma è evidente come in tale ottica il profilo della riconoscibilità passi in secondo piano.

²⁸ Si veda, a quest'ultimo riguardo, Corte e.d.u., 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, § 109.

estremamente vago l'art. 583 c.p.: quello che Tizio ha fatto rimane comunque incluso nel core della norma. L'inidoneità di una siffatta compensazione ai fini della legalità penale è un altro discorso²⁹.

Fuori dagli esempi di scuola, comunque, il dato sociale rimane incerto perché il significato sociale di un fatto nella coscienza comune ben può presentarsi controverso ovvero mutare nel tempo, e dunque la norma ben può rimanere irricognoscibile: il risultato del calcolo giuridico su questa base rimane dunque approssimativo. Si dovrebbe allora valutare caso per caso se e quanto il dato in parola abbia potuto *ex ante* garantire un adeguato grado di calcolabilità. Sono valutazioni complesse e dagli esiti tutt'altro che univoci – con tutto ciò che ne consegue –, ma è praticamente quanto afferma anche la Corte europea dei diritti dell'uomo quando giudica «prevedibile³⁰» un'applicazione giurisprudenziale coerente con la «sostanza dell'incriminazione»³¹, ove la stessa possa dirsi effettivamente esistente e perciò orientante³², nell'assenza di un dato legislativo e interpretativo pienamente significativi³³. Finanche a ritenere prevedibile l'*overruling in malam partem*, sulla base delle ragioni addotte a suo sostegno e, ancora, della sostanza

²⁹ V. *infra*, § 3.2.

³⁰ Sulla nozione di prevedibilità in rapporto alla legalità penale convenzionale, si tornerà *infra*, § 3.

³¹ A partire da Corte e.d.u., 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, §§ 36 ss.; Corte e.d.u., 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, §§ 34 ss.; Corte e.d.u., 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, §§ 104 ss., in cui si valorizza, tra l'altro, il formante dottrinale.

³² Comunque, nell'economia del giudizio di prevedibilità formulato dalla Corte e.d.u., il criterio in parola convive con altri criteri di segno diverso: nel caso *Contrada*, per esempio, si è affermata l'esigenza di una base giuridica oggettivamente – per dir così – univoca (il dato di fonte legislativa deve essere adeguatamente e chiaramente specificato dalla fonte giurisprudenziale). In giurisprudenza, non ha mancato di evidenziarlo Cass., sez. un., 24 ottobre 2019, *Genco*, in *C.e.d. Cass.*, n. 278054, là dove, nel riflettere sulla «natura» e la «portata» (§ 4 ss., *in diritto*) di Corte e.d.u., 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ha passato anche in rassegna i tratti più salienti della giurisprudenza di Strasburgo sul principio di legalità *ex art. 7 C.e.d.u.* Nell'affermare che, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, i principi enunciati nella sentenza *Contrada* non si estendono a coloro i quali, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea, in quanto la richiamata decisione del giudice sovranazionale non è una «sentenza-pilota» e non può neppure ritenersi espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo, si dà conto della necessaria problematizzazione afferente alla eterogeneità dei principi e dei criteri offerti nelle pronunzie della Corte e.d.u. sui contenuti del *nullum crimen* convenzionale: questi sono vari e devono tra loro integrarsi in via interpretativa. A ciò si aggiunga che, come affermato dalla stessa *Grande Chambre*, non è nemmeno consentito assegnare prevalenza ai principi enunciati da quest'ultima rispetto a quelli stabiliti dagli altri collegi esclusivamente in ragione della loro provenienza, posto che tutte le decisioni emesse dalla Corte hanno egual valore: Corte e.d.u., *Grande Camera*, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, § 252.

³³ Sul piano interpretativo, dunque, in taluni casi la sostanza dell'incriminazione dovrebbe costituire il criterio di individuazione dei fatti penalmente rilevanti.

dell'incriminazione³⁴. Nel segno di un tale fondamento giustificativo, dal canto loro, le sezioni unite della Cassazione hanno operato – malgrado le dichiarate intenzioni – una decisa svolta interpretativa sfavorevole, e dunque concretamente ampliato l'area applicativa di una determinata disposizione incriminatrice, valorizzando tra l'altro il «completamente mutato... quadro sociale e tecnologico»³⁵ sussistente al tempo del fatto, rispetto a quello del tempo in cui il precedente orientamento era stato affermato.

1.1.2. *Intorno alla calcolabilità: sistemazione delle aree tematiche limitrofe.*

Al fine di procedere oltre si rendono doverose ulteriori notazioni, che permarranno sullo sfondo dell'intera trattazione.

In primo luogo, si capisce bene come qualsivoglia riflessione sulla calcolabilità penale non miri tanto a constatare se il sistema sia calcolabile o non lo sia; piuttosto, essa presuppone un qualche grado teoricamente misurabile di calcolabilità. All'interno della famiglia giuridica occidentale contemporanea non si tratta di ragionare binariamente allo scopo di predicarne la presenza/assenza; quanto, invece, di intenderla alla stregua di un concetto qualiquantativo, e relativo in base ai settori d'interesse. Precisamente, non si tratta di domandarsi se, ma fino a che punto – ossia con quale grado di accuratezza – possiamo prevedere che un determinato comportamento umano sarà reputato penalmente rilevante o meno, e quale sarà l'eventuale risposta sanzionatoria.

In secondo luogo conviene ribadire che quelli menzionati più sopra rappresenterebbero – nella prospettiva qui prescelta – gli elementi di calcolo a disposizione del calcolante, vale a dire del soggetto interessato a ipotizzare l'esito della decisione futura. Ma ciò non significa, ovviamente, che quest'ultima viene emessa dal

³⁴ Corte e.d.u., 25 luglio 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, §§ 791-821.

In ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, peraltro, il criterio da ultimo citato assume importanza decisiva nella misura in cui è ritenuta sempre imprevedibile la svolta non coerente con la sostanza dell'incriminazione: Corte e.d.u., 25 luglio 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, §§ 791-821; Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 179-186; Corte e.d.u., 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, § 68.

³⁵ Cass., sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino, in *C.e.d. Cass.*, n. 274087 (§ 4.2., *in diritto*), le quali hanno affermato il principio per cui ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario – a differenza di quanto stabilito da Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in *C.e.d. Cass.*, n. 216338 – l'accertamento del pericolo concreto di diffusione del materiale in discorso. Cionondimeno, i giudici di legittimità hanno fatto cenno, seppure solo virtualmente, alla questione del come gestire gli effetti retroattivi del mutamento interpretativo sfavorevole (*ivi*).

giudice solo sulla base di quegli elementi³⁶. Dunque alcuni fattori, seppure rilevanti ai fini del decidere, tendenzialmente sfuggono alla possibilità di calcolo: è il caso, *in primis*, del giudizio di valore³⁷. E dal presente angolo visuale, sarà sempre in certa misura una questione di responsabilità sociale del giurista³⁸; anzitutto, del legislatore e del giudice.

In terzo luogo, per la posizione di chi scrive la certezza giuridica non costituisce un'ideale regolativo. A patto naturalmente d'intendere la certezza nel suo significato radicale (e però testuale), che rimanda a un carattere di necessaria assolutezza e ontologica inamovibilità: «ciò che in un dato momento... mi è lecito, sia tale per sempre»³⁹, salvo modifica di legge. Se difatti si trattasse di questo, sarebbe comprensibile – anzi doveroso – immaginare, e lavorare per attuare, una realtà giuridica pienamente certa; perseguiremmo cioè l'ideale, pur consapevoli di non poterlo mai raggiungere, ipoteticamente approvandolo nella sua indiscutibilità.

Probabilmente invece una tale certezza, oltre a non esistere, non è nemmeno auspicabile. È piuttosto preferibile che gli elementi di calcolo più sopra considerati – il dato legislativo, il dato interpretativo, il dato sociale⁴⁰ – rimangano minimamente incerti. Si badi: minimamente incerti, non mediamente o massimamente incerti; quel tanto da conciliare l'intrinseca resistenza del sistema normativo – là dove tende all'avulsione dall'ambiente che dovrebbe curare – con le «aspettative» della società «stabilizzate per periodi sufficientemente lunghi di tempo»⁴¹ e comunque con la giustizia del caso concreto. Il punto, così, non è tanto l'ammissione teorica e pratica di una qualche incertezza di quegli elementi di calcolo, inevitabilmente incerti; quanto la effettiva

³⁶ Nella nostra dottrina, ha riflettuto sulle ragioni della decisione M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, 1975, in part. pp. 220 ss. In questa sede, peraltro, ci occuperemo solo indirettamente delle teorie del ragionamento giuridico a fini decisionali.

³⁷ Sul punto si tornerà diffusamente *infra*, § 3. Su come i giudizi di valore giochino direttamente e indirettamente nell'interpretazione giuridica, per il momento è sufficiente rinviare – oltre a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, 1960, ed. it. a cura di G. GURISATTI, *La tirannia dei valori*, IV ed., Adelphi, 2008 – a V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Analisi e diritto*, Giappichelli, 2012, pp. 58-59; nonché a G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. e soc.*, 2011, 1, pp. 135 ss.

³⁸ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 76.

³⁹ Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio*, cit., p. 571, interpretava l'esigenza di certezza nel significato alla base – tra l'altro – del principio di stretta legalità in materia penale.

⁴⁰ Del dato sociale – e quindi del significato sociale del fatto – è auspicabile una minima incertezza per esempio nella misura in cui il relativo mutamento può agevolare il riconoscimento di una norma penale antecedentemente irricognoscibile.

⁴¹ In questi termini, riecheggiando l'Esser, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, p. 297.

accettabilità sociale⁴² di quell'incertezza. Appare nondimeno necessario rinvenire un delicato equilibrio – peraltro facilmente compromettibile –, perché la giustizia è amministrata in nome del popolo, e il giudice deve dunque rendere conto all'opinione pubblica, ma non in termini di ricerca del consenso di quest'ultima⁴³.

Virando così il discorso, sembrerebbe allora esaurirsi il problema della calcolabilità, e conseguente prevedibilità *ex ante* della decisione; e aprirsi, però, quello dell'autentica controllabilità⁴⁴ *ex post* della stessa. La controllabilità rimanda, a sua volta, alla dimensione giustificativa della decisione, e quindi allo strumento della motivazione. Il che, ancora, rimanda al problema della definizione dei relativi parametri di controllabilità⁴⁵.

⁴² C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, trad. it. a cura di G. CRIFÒ, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, 1979, pp. 241 ss., fa riferimento alla accettabilità sociale della decisione, verificabile attraverso il relativo discorso giustificativo.

⁴³ Di recente, l'ha espresso G. ILLUMINATI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3518. Tra gli altri, vi si è soffermato L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022, pp. 92-93. Per uno tra i molti esempi di imposizione massmediatica sulla decisione giudiziaria, si veda V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, 2022, p. 56. V. anche, da giudice, N. RUSSO, *La complessità, la Legge, ed il ruolo del giudice*, in *Quest. giust.*, 15 dicembre 2023, ult. cpv. Nel contesto statunitense, v. R.C. BLACK-R.J. OWENS-J. WEDEKING-P.C. WOHLFARTH, *The Influence of Public Sentiment on Supreme Court Opinion Clarity*, in *L. & Soc. Rev.*, 2016, pp. 703 ss.

⁴⁴ Sui tipi di controllo sociale nei confronti del legislatore e nei confronti del giudice, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, t. 2, Giuffrè, 1980, pp. 68 ss.; nonché S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità e legittimazione*, in *Sociol. dir.*, IV, 1977, pp. 1 ss.

⁴⁵ In merito, L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, cit., §§ 5 ss. Per l'A., invero, la dimensione della certezza si riduce a quella della controllabilità, al punto da giungere ad affermare che il diritto è certo se le decisioni giuridiche sono controllabili; e parametro fondamentale della controllabilità sarebbe la giustizia della decisione: in questo senso, i margini di discrezionalità possono garantire certezza, nella misura in cui sono funzionali a fare corrispondere la decisione alle attese dei consociati. Idealmente è vero: un senso comune e massimamente condiviso di giustizia, se corrisposto da una decisione emessa sulla base di quest'ultimo, potrebbe assicurare massima certezza. Sennonché, come rilevato dalla stessa A., il criterio potrebbe valere solo in pochissimi casi. A ragionare diversamente, per esplicitare l'ovvio, dovremmo presupporre l'esistenza di una coscienza sociale massimamente condivisa; il che è ben lontano dalla realtà che ci appartiene (pluralismo ideologico, valoriale, religioso, culturale). L'attuazione di quelle «certezze della coscienza comune», che stanno dietro e sopra al diritto positivo, sono quindi l'eccezione e non la regola: con buona pace di qualsivoglia tentativo di risolvere la questione della certezza in quella della giustizia, come per esempio proponeva L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, 1954, p. 290, a cui va attribuita l'espressione tra virgolette. Non era di fatto distante da quest'ultima impostazione F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 1942, Giuffrè, rist. 1968, p. 53, là dove postulava l'ideale riconoscimento nella legge della volontà individuale di ciascuno: «obbedire alla legge degna di questo nome, vuol dire obbedire alla ragione profonda che l'individuo porta con sé, come legge della sua vita

L'argomento ci occuperà solo indirettamente nel corso del lavoro; ciò non di meno, può essere detto che una tale controllabilità in buona sostanza presuppone l'affidamento a, e si concreta nella successiva verifica di, un itinerario di ragionevolezza. Ragionevolezza, come premesso, contemplante la variazione necessaria e ripudiante l'assoluta fissità. Qualunque itinerario decisionale, ovviamente, è controllabile nella misura in cui si dimostra capace di giustificare la ragionevolezza che lo muove e che s'intende promuovere. Non si tratta, appunto, di giustificare in qualunque modo la decisione: chi accetterebbe mai che una medesima disposizione di legge venisse applicata in modo sempre diverso solo sulla base di diverse opzioni interpretative tutte tecnicamente sostenibili? Anche questa è una giustificazione possibile, ma evidentemente non sufficiente. L'apparato giustificativo, ossia la parte motiva della sentenza, dovrebbe piuttosto fondarsi – e dunque legittimarsi – su criteri massimamente condivisi di interpretazione della legge e delle sentenze; su criteri massimamente condivisi di argomentazione giuridica; sulla tensione verso la massima valorizzazione dei profili di riconoscibilità della norma penale; sulla tensione verso la massima esplicitazione dei giudizi di valore formulati per decidere⁴⁶, almeno là dove coscientemente formulati, s'intende.

In quarto luogo, le riflessioni appena offerte non valgono a ritenere che la indefettibile garanzia di elevata prevedibilità *ex ante* della decisione penale, quasi fosse destinata all'ineffettività a causa dei fattori d'incertezza, possa in qualche misura essere sanata *ex post* a mezzo della garanzia della motivazione. I due piani sono complementari ma vanno tenuti radicalmente distinti. Da un lato, infatti, la prevedibilità deve essere del pari massimizzata congegnando e attuando tutte le tecniche più adatte allo scopo⁴⁷:

e del suo intimo essere». Evidenzia il rapporto irrimediabilmente critico tra esigenze di certezza ed esigenze di giustizia, invece, F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Cedam, 1953, p. 19.

⁴⁶ Si interroga sui contenuti che dovrebbe presentare il discorso giustificativo della decisione, precisamente per non svuotare l'obbligo costituzionale di motivazione nell'ottica del controllo democratico del popolo nel cui nome la decisione è emessa, M. TARUFFO, *La motivazione*, cit., pp. 306 ss. Per il «principio di completezza della giustificazione», particolare attenzione dovrebbe essere rivolta all'eliminazione delle premesse apodittiche o meramente formalistiche, e all'argomentazione razionale dei giudizi di valore effettuati dal giudice. Ciò che per l'A. non implica, si badi, l'effettiva esplicitabilità delle c.d. ragioni reali della decisione: le stesse, in quanto tali, e cioè intese come interno procedimento decisorio, si ritiene che non possano entrare appieno nel discorso giustificativo; in questo senso, già A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, trad. it. di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Einaudi, 2001, p. 146. Sugli schemi del ragionare giuridico in rapporto alla questione del controllo sociale, si vedano, tra i sociologi del diritto, le pagine di L.M. FRIEDMAN, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 1975, trad. it. di G. TARELLO, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, 1983, pp. 371 ss.

⁴⁷ Oltre a promuovere un'autentica e diffusa cultura del precedente giudiziario, da tempo nella dottrina penalistica si riflette – *de lege lata* e *de lege ferenda* – sulla valorizzazione dell'art. 5 c.p.,

giammai sull'individuo dovrebbero ricadere gli effetti sfavorevoli dell'incertezza, quando gli stessi risultino sostanzialmente imprevedibili⁴⁸. Dall'altro, però, in nessun caso potrebbero – né dovrebbero – essere azzerati i margini di incertezza, e quindi di incalcolabilità, e quindi di imprevedibilità: nulla, allo stato, potrebbe garantire una combinazione *more matematico* degli elementi di calcolo suscettibile di condurre a esatte previsioni. E ciò che non può rientrare nell'area della prevedibilità *ex ante* dovrebbe per l'appunto rientrare in quella della controllabilità *ex post*.

Nella tensione verso la razionalizzazione dell'incertezza, renderla comprensibile e, così, accettabile è un'assunzione di complessità e una sfida comunicativa e istituzionale di non poco momento. Veicolazione cioè di un messaggio elementare, il quale implica senz'altra pretesa di determinare cosa dal domani debba attendersi; ma suggerisce al contempo docilità nell'accogliere – assieme a una evidente e fisiologica umana

come rimaneggiato da C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, ovvero sull'implementazione del c.d. *prospective overruling* ampliando l'area di operatività dell'art. 2 c.p. Nel primo senso, si veda F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016. Nel secondo senso, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Giappichelli, 2014, pp. 316 ss.; nonché, da ultimo, ANT. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 483 ss., il quale però scinde il rimedio in discorso dall'operatività dell'art. 2 c.p.

⁴⁸ Qui s'intende riferirsi anzitutto all'*overruling in malam partem* per l'imputato, ossia al mutamento giurisprudenziale il cui effetto è rendere in qualche misura peggiore il trattamento di quest'ultimo, in forza di una opzione interpretativa differente rispetto a quella precedentemente prescelta, allorquando la svolta non fosse *ex ante* chiaramente prevedibile; ma anche alla decisione emessa in una fase di disordine interpretativo in relazione al caso di specie, o comunque nella mancanza di precedenti analoghi su cui fare affidamento, allorquando la stessa risulti *ex ante* effettivamente imprevedibile.

Prendere atto di questo stato delle cose – ossia constatare che una medesima disposizione è abitualmente interpretata in vari modi, e insieme constatare l'incidenza del dato interpretativo nell'economia dell'operazione di calcolo giuridico – è senz'altro necessario a fini di garanzia; e ciò, si badi, qui del tutto a prescindere dal riconoscimento della natura creativa, piuttosto che meramente dichiarativa, dell'atto interpretativo. In altri termini, a fini di garanzia i rilievi appena articolati valorizzano esclusivamente l'interpretazione-prodotto, intesa nel suo esito materiale, come il risultato dell'attività interpretativa (a quella disposizione è stato attribuito quel significato, che è diverso rispetto a quello che le era stato precedentemente attribuito); e non invece l'interpretazione-attività, intesa come processo mentale che abbia condotto a una determinata interpretazione-prodotto piuttosto che a un'altra (e nemmeno, dunque, la connessa natura di un tale processo). La distinzione tra le due fondamentali accezioni dell'interpretazione – su cui vedi G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 39 ss. – è senz'altro il presupposto teorico per la tutela *in action* dell'affidamento dell'individuo nel sistema penale.

«difettività»⁴⁹ – un futuro giuridico che, per il suo essere porzione di futuro, non può essere interamente governato.

1.2. *L'ambizione della calcolabilità nel tempo.*

Quanto poc'anzi premesso si è rivelato funzionale a ordinare alcuni punti fermi – ora frutto di mera constatazione, ora di precise impostazioni assiologiche ritenute soggettivamente preferibili – della nostra dimensione giuridica presente. Bisogna dunque seguire il discorso sulla calcolabilità penale, soprattutto allo scopo di afferrarne l'accezione che parrebbe sul punto di consolidarsi, nel prossimo futuro, a livello globale. A tal fine, ci si appresta ad abbozzare la traiettoria di significato che alla calcolabilità afferrisce e che di fatto accompagna, anche nel campo delle nostre scienze, la transizione dal razionalismo moderno all'iperrazionalismo contemporaneo.

Nel tempo sono difatti mutati i paradigmi⁵⁰, intesi alla stregua di modelli esplicativi fondanti; nel nostro caso, esplicativi della realtà giuridica. Abbiamo visto che quest'ultima – possiamo anche dire il diritto – tradizionalmente si assume più o meno calcolabile nella misura in cui si assumono più o meno certe le sue componenti e le sue meccaniche di funzionamento; più o meno calcolabile, cioè, facendo i conti con elementi di calcolo più o meno certi nella loro significatività. Si è anche inteso che più gli elementi di calcolo sono incerti più sarà approssimativo il calcolo possibile, e dunque il suo risultato, inteso quale specifica ipotesi di futuro giuridico su cui fare affidamento.

Ebbene, il cennato mutamento, di preciso, ha investito cumulativamente tre aspetti cruciali del calcolo, ossia: quanti elementi di calcolo devono considerarsi; come gli elementi di calcolo devono valutarsi nella loro significatività, e quindi le possibilità di calcolo; e quindi il risultato del calcolo.

Al tal proposito, possiamo senz'altro fotografare tre macrofasi epocali⁵¹: ora colte in uno sguardo d'insieme, sulle stesse ci si soffermerà singolarmente più oltre.

(i.) La prima⁵² può dirsi intimamente e ideologicamente radicata nel dogma della certezza del diritto, che – pur non rimanendo estraneo nemmeno all'ideale

⁴⁹ A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 113 ss.

⁵⁰ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962, trad. it. di A. CARUGO, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1969, in particolare là dove spiega l'avvenimento di una «rivoluzione scientifica» attraverso la sostituzione totale o parziale dei paradigmi (p. 124).

⁵¹ A partire dalla sollecitazione di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019, pp. 41 ss.

⁵² *Infra*, § 2.

giusnaturalistico – permea l'ideale illuministico e si traduce, poi, nelle correnti giuspositivistiche e giusformalistiche: l'individuo, che già da tempo non può più fare a meno di essere *homo computans*, si ancora qui alla centralità dell'elemento testuale postulando l'oggettività della legge e la logicamente conseguente funzione dichiarativa del giudice e della giurisprudenza. L'ordinamento giuridico è necessariamente completo e il mezzo del sillogismo sussuntivo si impone sul piano metodologico, tanto come preteso schema logico-deduttivo per decidere – ossia applicare giurisdizionalmente un diritto già integralmente prodotto nella sede parlamentare –, tanto come preteso schema logico-deduttivo dimostrativo della dinamica di produzione e applicazione normativa. La produzione, prerogativa esclusiva del circuito parlamentare; l'applicazione, prerogativa esclusiva dell'ordine magistratuale.

Con queste premesse, è teoricamente massima la potenzialità del calcolo penale.

Il testo di legge, ossia la fattispecie incriminatrice, è infatti l'unico elemento di calcolo considerato e considerabile; per di più lo si assume univocamente significativo, azzerato qualsivoglia apporto dell'interprete nel segno della stretta legalità. *Ergo*, volendosi rappresentare l'esito di una decisione futura, può ottenersi un risultato esatto: è cioè esattamente previsto il tipo di fatto punito, e dunque il come un fatto sarà penalmente valutato.

(ii.) La seconda fase⁵³ può dirsi pragmaticamente – e, talvolta, altrettanto ideologicamente – disincantata a proposito della effettiva tenuta, già sul piano teorico, del binomio certezza-completezza; determinando, così, la reazione antiformalistica. Passando per il venire meno della centralità del testo legislativo, a partire tra l'altro dai processi di moltiplicazione delle fonti normative concorrenti anche sovranazionali e internazionali, e poi di decodificazione, e poi di costruzione e ricostruzione del dialogo tra alte corti d'incerto livello, si arriva a intravedere l'erosione dei concetti stessi di fattispecie legale e di tipicità penale come abitualmente stimati.

Nel segno di una riformata coscienza problematizzante – che include pure la presa d'atto di una accentuata complessità delle situazioni della vita, e cioè dei fatti che debbono essere giuridicamente valutati –, l'ordinamento non può che risultare incompleto. Viene difatti concettualmente alla luce, in simultanea, l'irruzione delle scelte di valore in sede di decisione; nonché, più in generale, l'indefettibilità del momento discrezionale-valutativo, e dunque il carattere ineliminabilmente soggettivo dell'attività interpretativa, e dunque il ruolo necessariamente creativo del giudice⁵⁴. La meccanica

⁵³ *Infra*, § 3.

⁵⁴ In argomento, si è di recente soffermata R.A. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Giappichelli, 2022, pp. 4-15.

sillogistica non funziona più, né per prescrivere al giudicante come decidere né come *actio finium regundorum* tra momento produttivo e momento applicativo.

Con queste premesse, è teoricamente e praticamente piuttosto ridimensionata la potenzialità del calcolo penale.

La disposizione incriminatrice, infatti, non può più essere l'unico elemento di calcolo da considerare. Nella tensione verso l'assestamento di una nuova legalità⁵⁵, oltre al dato legislativo vanno combinati insieme il dato interpretativo e il dato sociale⁵⁶, i quali peraltro non sono univocamente significativi. *Ergo*, volendosi rappresentare l'esito di una decisione futura, non può ottenersi un risultato esatto: è cioè solo approssimativamente prevedibile il come un fatto sarà penalmente valutato.

(iii.) Una terza fase⁵⁷ ha infine preso avvio con l'avvento dell'intelligenza artificiale e, in particolare, con l'ingresso – oltreoceano parzialmente avvenuto, da noi sostanzialmente in fase di sperimentazione⁵⁸ – dei più innovativi sistemi computazionali in ambito giuridico e giudiziario. A mezzo di algoritmi, vale a dire di schemi di calcolo automatizzati dalle elevate potenzialità, che a seconda dei casi procedono mediante modelli generativi o discriminativi, si può in effetti prefigurare l'esito della decisione futura a partire dai dati disponibili; e dunque ipotizzare, con un determinato grado di probabilità, come un fatto sarà penalmente valutato. Ciò si rende possibile grazie alla notevole capacità sintattica dei sistemi in parola, ossia di processare ingenti masse di dati per ricavarne correlazioni statistiche – prettamente statistiche – sempre più accurate. Le possibilità correlazionali in parola, è anche da dire, tendono all'infinito perché il sistema, dopo essere stato debitamente addestrato, può autoapprendere ed autocorreggersi.

Con queste premesse, tutte le potenzialità del calcolo penale sono praticamente rivitalizzate, e al contempo drasticamente aumentate.

Gli elementi di calcolo, in particolare, superano nettamente la triade dei dati legislativo interpretativo e sociale più sopra considerata, giacché ulteriori elementi possono combinarsi tra loro allo scopo di aumentare il grado di accuratezza della proiezione.

Volendo considerare, come indicato in premessa, i sistemi di *judge profiling* – ossia di profilazione della persona del giudice – attualmente in uso nell'ordinamento statunitense e finalizzati alla prefigurazione del segno e del contenuto della decisione di un determinato giudice persona fisica, entra nel calcolo pure una serie di dati

⁵⁵ M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 5 marzo 2020.

⁵⁶ Nell'accezione datane *supra*, § 1.1.1.

⁵⁷ *Infra*, § 4.

⁵⁸ Per una rassegna recente, si veda C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *Quest. giust.*, 8 febbraio 2022, § 5.

specificamente afferente alla persona di quel giudice. Entra nel calcolo, cioè, quello che sinteticamente può denominarsi il dato individuale, in cui attualmente s'includono: le informazioni anagrafiche di nome, cognome, data e luogo di nascita; l'applicazione presso un determinato ufficio giudiziario; le passate esperienze professionali; il *curriculum* di formazione; un raggruppamento delle notizie e dichiarazioni pubbliche che lo riguardano ed anche una fotografia, potendosi così ricavare indici relativi a sesso, etnia, età; oltre ovviamente alle sue precedenti decisioni. I risultati, resi accessibili tramite piattaforma *online*, si prestano a essere consultati dal pubblico una volta interrogato il sistema con la ricerca richiesta.

Ergo, volendosi rappresentare l'esito di una decisione futura, può ottenersi un risultato probabilisticamente orientato dall'elevato grado di accuratezza: un risultato predicibile dal sistema che tenderebbe all'esattezza, nella misura in cui la decisione può essere anticipata con un grado di affidabilità sempre più elevato.

Il paradigma della predicibilità, ossia della prefigurazione di un evento sulla base di regolarità statistico-quantitative, reintroduce allora un'aspettativa di misurazione e misurabilità, basata stavolta sul calcolo matematico. La centralità dell'algoritmo, appunto come strumento di calcolo, si presenta insomma come nemesi di una rinnovata forma di calcolabilità giuridica. Tant'è che la direzione sembra essere quella di predisporre ambienti digitali atti a delineare la c.d. microdirettiva individuale⁵⁹, una norma iperindividualizzata, offrendo *output rule-like* precisamente ritagliati sulla situazione e le caratteristiche del destinatario persona fisica o giuridica del precetto: c.d. *self driving law*.

Non solo. Abbiamo già accennato, e più oltre meglio si dirà, che i contemporanei strumenti di calcolo si preparano a rifondare la stessa concezione di certezza e derivante calcolabilità giuridica, potendo almeno parzialmente gestire l'incertezza mediante sua razionalizzazione e quantificazione.

Al di fuori di quest'ultimo rilievo, rimane da chiedersi se la delega all'algoritmo (non è più concettualmente l'individuo che in prima persona vede, seppure con l'ausilio del professionista⁶⁰, che cosa del suo futuro sarà, ma subentra un qualcosa di altro che

⁵⁹ A.J. CASEY-A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana L. J.*, 2017, p. 1401. Sulla fondamentale distinzione e compresenza di *rules* e *standards* nel *common law*, tra gli altri v. F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, 2009, trad. it. Di G.B. RATTI, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, 2016 pp. 245 ss.

⁶⁰ Nella prospettiva della Corte e.d.u., la mediazione del professionista è contemplata e talvolta necessaria, pur chiarendo come il destinatario della norma penale sia da ritenersi l'individuo. Si veda ad esempio Corte e.d.u., 11 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 35; Corte e.d.u., Grande Camera, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, § 54; da ultimo, il principio è stato affermato nel parere della Grande Camera, richiesto dalla corte costituzionale armena ai sensi dell'art. 1 Prot. 16 C.e.d.u., emesso in data 29 maggio 2020 (in merito al quale, v. S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in *Giustiziainsieme*, 10 settembre 2020). L'Italia, peraltro, non ha

dice-predice) non celi, per vero, un sostanziale atto di rinuncia dinanzi alla complessità del sistema normativo, soprattutto da parte delle istituzioni che dovrebbero farsi carico di ridurre la divaricazione tra realtà giuridica e realtà sociale, *in primis* aumentando, della prima, i livelli di comprensibilità, e quindi indirettamente di effettività.

Rimane da chiedersi, per gli argomenti che ci occupano⁶¹, se cioè non si rischi di rifiutare strutturalmente, e dunque di rinunciare, da parte dello Stato, all'assolvimento del dovere costituzionale di rendere *ab origine* autenticamente riconoscibile la norma penale in termini di formulazione, struttura e contenuti (artt. 73 comma 3 e 25 comma 2 Cost.)⁶²; e al contempo controllabili – socialmente accettabili –, a mezzo di una motivazione contenutisticamente determinata, i fisiologici margini di incertezza degli elementi di calcolo tradizionalmente a disposizione (artt. 101 comma 1 e 111 comma 6 Cost.).

Allo stato, per vero, in luogo della tensione verso una ambiziosa sinergia tra riconoscibilità e controllabilità, tendente alla normale calcolabilità, che non genera esatte previsioni ma prevedibilità ragionevoli in quanto consapevoli, partecipate, coerenti, contestualizzate, la tendenza sembra piuttosto di concedersi alla formula probabilistica, la quale nondimeno ontologicamente sponsorizza lo *slogan* di una prevedibilità in quanto tale. Il che può avere i suoi vantaggi, certo, soprattutto se possiamo sfruttare capacità di calcolo sbalorditive: ma con il rischio di soffocare l'indole critica verso il sistema nelle sue componenti e meccaniche di funzionamento. Come pure di azzerare la tensione e l'interesse, a valle di adeguata comprensione e accettazione, a farsi uno con lo stesso.

2. La previsione come paradigma prescrittivo.

2.1. Oggettività della legge, formalismo, pretesa di certezza.

attualmente ratificato il Protocollo n. 16. In argomento, può rinviarsi ai contributi che hanno animato il dibattito sulle pagine di *Giustiziainsieme*, a partire dall'editoriale *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla Cedu*, 12 ottobre 2020, tra i quali si segnala quello di C.V. GIABARDO, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, 28 novembre 2020. La giurisprudenza di Strasburgo si pone in senso conforme a quanto già suggerito dalla Corte costituzionale italiana, a partire da C. cost., 24 marzo 1988, n. 364 (§ 18, *in diritto*). Rimane comunque scontato che più la norma è riconoscibile, nel senso precisato sopra, meno per l'individuo si pone un problema pratico d'informazione: lo rileva – pressoché testualmente, pur non facendo riferimento alla riconoscibilità – L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, cit., § 1.

⁶¹ Data la funzione introduttiva del presente capitolo, non si fa qui menzione delle specifiche criticità afferenti alla diffusione dei *tools* di profilazione del giudice; su queste ultime, v. *infra*, III.

⁶² In questo senso, C. cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364 (§ 17, *in diritto*).

Al precipuo scopo d'intendere con maggiore avvedutezza le implicazioni dello scenario poc'anzi delineato, come detto è necessario muovere – sia pure per sommi capi – dalla prima delle tre macrofasi che della calcolabilità penale segnano la traiettoria di significato.

Veniva considerato massimamente calcolabile, con ciò affermandosi il paradigma della previsione, ossia della esatta previsione del tipo di fatto punito esclusivamente sulla base della disposizione incriminatrice, il sistema penale codicistico ottocentesco. Le cui radici, come si sa, affondano nell'elaborazione illuministica della seconda metà del Settecento, e poi nella tradizione giuspositivistica e giusformalistica dell'Europa continentale: dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, taluno «può essere accusato, arrestato o detenuto» solo «nei casi determinati dalla Legge», e sempre «secondo le forme da essa prescritte»⁶³ (art. 7). Per sopprimere, dunque, qualsivoglia margine di discrezionalità del giudicante – è drammaticamente documentata l'imprevedibilità dei giudizi prerivoluzionari – e offrire all'individuo, nella logica nel contratto sociale, basilare garanzia di libertà e uguaglianza giuridica: *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege scripta*; ma pure *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*⁶⁴, giacché solo attraverso la regolarità delle procedure può aversi l'eventuale accertamento del fatto criminoso e una pena può essere inflitta.

Precisamente al meccanismo formale della riserva di legge, insieme all'affermazione della legalità processuale, si debbono le granitiche certezze che andavano imponendosi: «nuovi tempi portino pure, se indispensabile a distanza ravvicinata, diritto nuovo per situazioni nuove... ma non accada che in riferimento ad uno stesso momento del tempo le qualificazioni giuridiche si contraddicano»⁶⁵. Il principio di legalità, per l'appunto, ambiva ad affermare immutabilità – certezza – di queste qualificazioni⁶⁶; certezza non da perseguirsi in quanto principio di bontà

⁶³ Sulla dimensione contemporanea della legalità processuale penale (il giusto processo è anzitutto quello regolato dalla legge: art. 111 comma 1 Cost.), non mancando di evidenziarne le divaricazioni rispetto alla legalità sostanziale, si veda G. ILLUMINATI, *Principio di legalità*, cit., pp. 3517 ss.

Nel sistema C.e.d.u., la legalità processuale rientra tra i principi generali del diritto: v. C. e.d.u., 22 giugno 2000, *Cöeme et al. c. Belgio*, §§ 102-103.

⁶⁴ A discapito della sua formulazione latina, si comincia a riflettere su come debba essere implementato il brocardo, tanto sul versante sostanziale che su quello processuale penale, solo a partire da quell'epoca: precisa come la tradizione romana non si sia affatto soffermata al riguardo, R. MARRA, *La giustizia penale nei principi del 1789*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 359.

⁶⁵ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio*, cit., p. 571.

⁶⁶ La *ratio* complessiva del principio di legalità in materia penale non deve essere fatta coincidere con la *ratio* specifica della riserva di legge, ossia garantire il monopolio delle scelte politico-criminali al Parlamento in quanto dotato di maggiore legittimazione democratica,

autoevidente, ma in quanto funzionalmente orientata alla salvaguardia di alcuni diritti umani fondamentali.

Indefettibile presupposto: conoscenza, cioè conoscibilità, della disposizione incriminatrice. Possiamo senz'altro distinguere l'effettivo dal potenziale – ciò che davvero si conosce da quello che può conoscersi subordinatamente all'iniziativa individuale –; nondimeno, in quel contesto sociopolitico si era portati a ritenere che i due piani venissero sostanzialmente a coincidere. Probabilmente, anzi, l'illusione legolatrica⁶⁷ aveva qualche diritto di cittadinanza precisamente per questo, che il fatto antisociale punito costituisse contemporanea violazione di prescrizioni afferenti alla sfera etico-religiosa condivise in larghissima parte⁶⁸. Legge conoscibile, e insieme conosciuta, in quanto immediatamente riconoscibile, dunque; in quanto formulata, cioè, in funzione di quelle norme extrapenali di civiltà, per dir così, inequivocabilmente vigenti nel contesto in cui la stessa deve applicarsi⁶⁹, e quindi autentica rielaborazione normativa della coscienza sociale comune in un dato momento esistente. In questo senso, in effetti, Cesare Beccaria suggeriva di «consult(are) il cuore umano», giacché in esso sono iscritti «i principii fondamentali del vero diritto del sovrano di punire i delitti»; e soggiungeva come non potesse «sperarsi alcun vantaggio durevole dalla politica morale se ella non (fosse) fondata su i sentimenti indelebili dell'uomo»⁷⁰.

Sia come sia, piuttosto che il profilo della intima riconoscibilità, a essere ufficialmente sovradimensionato era quello delle capacità della fonte legale. Veniva cioè predicata l'esistenza di un testo – quale entità che vale e si legittima nella sua oggettività, in quanto contenitore di enunciati che esprimono significati oggettivi –, tecnicamente

configurandosi quale sede in cui può avere luogo un adeguato confronto tra maggioranza e minoranza, nonché una adeguata ponderazione degli interessi in rilievo attraverso il procedimento di promulgazione della legge. Garanzie che le decisioni dei poteri esecutivo e giudiziario non possono offrire: cfr. in argomento G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 968, nonché M. GALLO, *La legge penale*, Cooperativa libraria universitaria torinese, 1967, p. 22. Per una problematizzazione afferente alla rappresentanza politica, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fior.*, 2007, pp. 1279 ss.; nonché G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.

⁶⁷ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, Lezione inaugurale per i corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura, in *Cortecostituzionale.it*, 2017, § 8; nonché G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 1406 ss.

⁶⁸ R. MARRA, *La giustizia penale*, cit., p. 363.

⁶⁹ Cfr. ancora C. cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364 (§ 17, in diritto).

⁷⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di F. VENTURI, con uno scritto di D'ALEMBERT, Mondadori, 1991, p. 13.

strutturato come fattispecie⁷¹, «figura di certezza»⁷² in quanto descritta nel rispetto di determinate qualità formali, che stabiliva *ex ante* l'area del penalmente richiamabile, e solo approssimativamente la determinazione della pena. Conoscibile da chiunque il dato legislativo, se effettivamente conosciuto le conseguenze del proprio agire erano pienamente previste dall'individuo che intendesse optare per un certo comportamento: la sfida comunicativa⁷³ il Beccaria intendeva vincerla, appunto, sul piano del diritto effettivo⁷⁴. Di più. Le suddette conseguenze, a ragionare così, risultavano necessariamente previste: era ideologicamente presupposta questa verità logico-politica.

L'affermazione della legalità penale sul fondamento del carattere determinato e preciso della fattispecie legale, e dunque lo studio sugli elementi costitutivi del reato, accompagna tra l'altro la separazione del diritto penale sostanziale da quello processuale⁷⁵. Con l'ingresso della fattispecie nella grammatica legislativa criminale⁷⁶, e dunque d'una via nuova di concepire il reato nonché i mezzi da predisporre per scongiurare l'arbitrio del potere punitivo, viene cioè definitivamente superata la distinzione tra *inquisitio generalis* e *specialis* – materia processuale –, fino a quell'epoca unici strumenti di accertamento della responsabilità penale, nonché (la *generalis*) di contenimento della discrezionalità dell'inquisitore, il quale prima di procedere nei confronti di una persona avrebbe dovuto accertare l'esistenza oggettiva – ossia naturalisticamente percepita o percepibile – del fatto criminoso⁷⁷. Con la fattispecie, insomma, muta anzitutto il metodo di accertamento del medesimo. Ed è proprio in forza della garanzia per cui l'accertamento dovrà avvenire in un determinato modo che il fatto penalmente richiamabile può prevedersi leggendo la fattispecie: questa è per l'appunto *species facti*, e cioè immagine e visualizzazione significativa di un fatto⁷⁸. Quell'ipotetico

⁷¹ Di fattispecie, si vedano anzitutto le nozioni proposte da E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, Cedam, 1935, p. 4; G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930, p. 116; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Soc. ed. Foro it., 1951, p. 230.

⁷² G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Il Mulino, 2020, p. 83.

⁷³ M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Giappichelli, 2019, pp. 114-115.

⁷⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 18-19.

⁷⁵ R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 575.

⁷⁶ In generale, è imprescindibile M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, 1966.

⁷⁷ In argomento, R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie*, cit., pp. 572 ss.

⁷⁸ Cfr. il lavoro di M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 15 ss.: «(a)ttaverso la sua narrativa, la fattispecie è capace di generare l'immagine, l'immagine mentale, di un fatto. Questo "fatto" ha una sua fisionomia d'insieme, è un tipo» (p. 26). Lo notava, seppure *per incidens*, anche F. CORDERO,

fatto penalmente richiamabile lo si prevede insomma in quanto tipico, cioè rientrante (riducibile e teoricamente sussumibile⁷⁹) nelle forme del tipo descritto dal testo legislativo. I fatti tutti «stanno al modello legale come figure sensibili al concetto»⁸⁰.

I rilievi appena articolati consentono, tra l'altro, di percepire una dialettica implicita tra la dimensione di riconoscibilità etico-sociale-religiosa della norma più sopra rammentata e una contestuale dimensione eminentemente formale del sistema positivo. La forma, in effetti, vuole come tale sancire l'impermeabilità – l'insensibilità – rispetto a tutte le altre sfere del vivere sociale, nella misura in cui impone un suo alfabeto di rilevanza – quale significato giuridico ha un fatto – in autonomia rispetto alle cornici valoriali extrapositive; ed esauendo qualsivoglia profilo di giustificazione decisionale nel controllo di validità della norma. Con ciò rendendosi impersonale, oggettiva, fissa pur se modificabile (solo attraverso un successivo atto di volontà generale, ovviamente), e dunque ordinante, e dunque connaturata alla stessa idea di diritto: per questo è stato scritto che «il formalismo» – generalmente inteso – «segue il diritto come l'ombra segue il corpo»⁸¹.

Non a caso Max Weber fonderà la sua sociologia del diritto muovendo dall'autonomia del sistema normativo legale, anzitutto rilevando come a mezzo di questa autonomia il razionalismo moderno⁸² abbia potuto invalere⁸³; il che peraltro costituisce una base comune tra la tradizione giuspositivista e il giusnaturalismo di Ugo Grozio⁸⁴ e

Criminalia, Laterza, 1986, p. 126, nel soffermarsi sulla tipicità degli illeciti puniti nelle leggi delle XII tavole: «ogni fattispecie legale è una pittura parlata».

⁷⁹ Sull'operazione sussuntiva (individuale e/o generica), in generale, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, pp. 24-25.

⁸⁰ F. CORDERO, *Criminalia*, cit., p. 116.

⁸¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2011, p. 83.

⁸² In argomento, W. SCHLUCHTER, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, 1979, trad. it. di S. CREMASCHI, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Il Mulino, 1987.

⁸³ In questo senso, P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017, p. 29.

⁸⁴ Per U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 1625, ed. it. a cura di F. ARICI-F. TODESCANI, con introduzione di G. FASSÒ, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, Cedam, 2010, in quanto essenzialmente razionale, l'essere umano anela a una vita sociale – c.d. *appetitus societatis* – «non qualsiasi... ma razionalmente ordinata» (*Prolegomeni*, § 6), retta dal diritto naturale e dal diritto positivo (I, I, § IX): il diritto naturale è «immutabile, al punto che non può essere modificato neppure da Dio», come una verità matematica; se mai, può venire a mutare «l'oggetto che le prescrizioni del diritto naturale concernono» (I, I, § X). Il riferimento all'esattezza del risultato garantito dalla scienza matematica deriva dalla convinzione di poter esattamente dedurre il diritto naturale, a partire dalla natura razionale dell'uomo.

di Gottfried Wilhelm von Leibniz⁸⁵. Non è del pari casuale che il massimo grado di razionalità, per il Weber, fosse quella formale⁸⁶, da rinvenirsi cioè nelle qualità formali delle disposizioni legislative⁸⁷; e che quelle qualità formali garantissero massima

⁸⁵ Per G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, 1664-1667, ed. it. a cura di A. ARTOSI-B. PIERI-G. SARTOR, Giappichelli, 2015, l'incertezza del diritto positivo, che in quanto umanamente posto è soggetto a interpretazione, si risolve adeguandolo allo schema massimamente razionale – e certo – del diritto naturale (al riguardo, si veda anche B. PIERI, *Lo ius commune tra ipotesi giusnaturalistiche e tentativi di razionalizzazione. La proposta consolidativa di Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche*, cit., p. 33). G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*, II ed., Giappichelli, 2012, p. 26, rileva come già in quell'epoca si riteneva possibile calcolare la totalità delle conseguenze giuridiche da una certa azione derivanti, con esattezza, mediante calcoli matematici. Il Leibniz insisteva sull'analogia tra giurisprudenza e geometria: «entrambe hanno elementi e hanno casi. Gli elementi sono semplici (*simplicia*); nella geometria figure, un triangolo, un cerchio, etc. I casi sono complessioni (*complexiones*) di questi, che sono infinitamente variabili in entrambe» (G.W. LEIBNIZ, *De arte combinatoria*, A VI/1 189); nel calcolo rientrano i precedenti giudiziari. Obiettivo: «dedurre», applicando universalmente il metodo combinatorio, «ininterrotte catene di salde dimostrazioni dai principi immutabili del diritto naturale... e tagliare con la spada dell'invitta scienza le vuote sottigliezze... dei pratici», *in primis* la discrezionalità dei giudici (G.W. LEIBNIZ, *Nova methodus*, A VI/1 362). Descrittivismo – il diritto è un insieme di proposizioni vere –, sistematicismo e concettualismo, come rileva G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, 1988, pp. 46-47, sono i cardini dell'impostazione leibniziana. Lo studio del diritto e la risoluzione delle questioni giuridiche *more mathematico* o *more geometrico*, comunque, ha i suoi precedenti (cfr. B. PIERI, *Lo ius commune*, cit., p. 39, nt. 37); del Leibniz, piuttosto, è la convinzione che esista una soluzione unica per tutte le questioni prospettabili. In Germania avrebbe poi preso piede (1790-1814, nel suo apice) quella che G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., pp. 108 ss., ha chiamato tradizione sistematica, d'indole naturalista, che fa direttamente capo a Christian Wolff, e indirettamente al Leibniz. Il primo condivideva con il secondo, in buona sostanza, l'approccio logico-matematico alla scienza giuridica – e la derivata convinzione che per ogni problema giuridico esista una unica soluzione necessitata, cioè esatta – nonché la formazione giusnaturalista. In quanto espressione del diritto di natura e conforme all'ordine di natura, il diritto vigente andava sistematizzato mediante appositi schemi concettuali riferiti al *corpus* giustiniano. Siffatti schemi andavano a costituire un sistema di proposizioni giuridiche vere al pari di quelle matematiche o geometriche; l'eredità del Wolff, peraltro, sopravvive in qualche misura presso i primi giuspositivisti tedeschi: emblematica è ritenuta l'opera di A.F.J. THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 1799, trad. it. di D. DE MARINIS, *Teoria dell'interpretazione logica del diritto in generale e del diritto romano in particolare*, Giuseppe Marghieri Editore, 1872.

⁸⁶ Sulla razionalità formale e materiale, in contrapposizione all'irrazionalità formale e materiale, cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, ed. it. a cura di M. PALMA, *Economia e società. Diritto*, Piccola Biblioteca Donzelli, 2016, pp. 105 ss.

⁸⁷ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., pp. 106-107: «Al massimo grado di razionalità logico-metodologica», il sistema giuridico muove dai seguenti «postulati: 1)... ogni concreta decisione giuridica è “applicazione” di un enunciato giuridico astratto a una “fattispecie” concreta(;) 2)... per ogni concreta fattispecie de(ve) ricavarsi con gli strumenti della logica giuridica una decisione a partire dai vigenti enunciati giuridici astratti(;) 3)... il diritto oggettivo valido deve rappresentare un sistema di enunciati giuridici “privo di lacune”, o deve contenerlo in sé in forma latente, oppure deve essere trattato come tale ai fini dell'applicazione del diritto(;) 4)... ciò che non

calcolabilità giuridica⁸⁸, nella misura in cui «vengono considerate sul piano del diritto sostanziale e processuale esclusivamente le caratteristiche univoche generali della fattispecie» legale⁸⁹. Ancora, con lineare consequenzialità, l'impianto weberiano distingue la razionalità formale, discendente dalla forma ordinante, da una razionalità materiale in quanto deformalizzata nei termini di cui stiamo discorrendo, e implicante, cioè, che la decisione giuridica sia assunta sulla base di «norme di diversa dignità qualitativa» – superiori – «rispetto alle generalizzazioni logiche di interpretazioni astratte nel senso». Le norme cui viene fatto riferimento sono «imperativi etici o regole utilitarie,

può “costruirsi” razionalmente nella dottrina giuridica neanche è rilevante sul piano del diritto(;) 5)... l'agire... degli individui deve essere interpretato senz'altro come “applicazione” oppure “esecuzione” di enunciati giuridici, oppure viceversa come “infrazione” di enunciati giuridici... poiché, conformemente all’“assenza di lacune” del sistema giuridico, anche l’“ordine giuridico” è una categoria fondamentale di ogni accadere sociale».

Questa sembrerebbe essere l'accezione di razionalità formale che presuppone le qualità formali del diritto moderno, per l'appunto, nell'ambito di un determinato quadro istituzionale: un tale diritto, in quanto tale, è calcolabile. Altrove, la medesima razionalità indicherebbe la «misura del calcolo tecnicamente possibile e realmente applicato» (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. I, trad. it. di P. ROSSI-T. BAGIOTTI-F. CASABIANCA, *Economia e società. Teoria delle categorie sociologiche*, Einaudi, 1999, p. 80): questo è anche il diritto effettivamente calcolabile e calcolato dei sistemi di *common law* prima della codificazione o comunque dell'imporsi quali-quantitativo della *statutory law*. Sul punto, cfr. G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 382. La calcolabilità del futuro giuridico, dunque, è tanto una condizione stabile di arrivo, in favore delle determinazioni dell'uomo razionale; quanto una qualità immanente del sistema giuridico, naturalmente – ma non necessariamente – discendente dalle qualità formali delle norme positive, e sempre a patto che la società accolga e attui un abito mentale fondamentalmente razionale.

⁸⁸ Per M. WEBER, *Wirtschaftsgeschichte. Abriß der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 1923, trad. it. di S. BARBERA con una introduzione di C. TRIGILIA, *Storia economica. Linea di una storia universale dell'economia e della società*, Donzelli, 1993, p. 243, dunque, «il diritto razionale» è quello «suscettibile di calcolo»; ID., *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 104 parla di razionalità del diritto avvertendo di concentrarsi «soprattutto» sul «diritto economicamente rilevante»: rimaneva senz'altro estranea la materia penale (siamo ne *Le condizioni evolutive del diritto*, da datarsi tra il 1911 e il 1914). Come del resto noto, il Weber guarda alla calcolabilità giuridica – intesa in ultimo come prevedibilità della decisione giudiziaria – come al presupposto per lo sviluppo del sistema economico capitalistico, e dunque del sistema economico; con ciò distanziandosi da altre impostazioni illuministiche e giuspositivistiche, in cui pure si faceva questione di calcolabilità delle conseguenze del proprio agire, ma nell'esigenza di controllare il potere giudiziario. Ciò non toglie che, per lo stesso A., lo sviluppo del sistema capitalistico non derivi necessariamente dal modello di razionalità giuridica formale alla base delle grandi codificazioni dell'Europa continentale: si veda, ancora, l'esempio dell'Inghilterra di *common law*, in cui la *doctrine of binding precedent* ha storicamente assicurato un accettabile grado di prevedibilità delle decisioni; cfr., su quest'ultimo punto, P. ROSSI, *Razionalismo occidentale*, cit., pp. 32-33.

⁸⁹ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 106.

oppure altre regole di opportunità o massime politiche»⁹⁰; le quali fondano pur sempre criteri generali atti a orientare la decisione⁹¹, che rimane coerente in quanto valutata a mezzo di un alfabeto valoriale tendenzialmente gerarchizzato. In questo senso si può concludere che la razionalità materiale è razionalità rispetto al valore⁹², e che è finalizzata a fare (pre)valere determinate «esigenze»⁹³, e che il valore come tale infrange il formalismo⁹⁴, e che il formalismo, dunque, vorrebbe detenere vocazione avaloriale.

Ebbene, nel segno della forma – assumendo, cioè, quel tipo di certezza giuridica come un'ideale regolativo, in quanto a fondamento di uno scenario socio-politico-istituzionale postrivoluzionario e ottocentesco massimamente auspicabile –, un determinato futuro giuridico deve necessariamente accadere⁹⁵. Per tanto intendiamo quello della previsione alla stregua di un paradigma prescrittivo, nella misura in cui si fonda su di un modello esplicativo della realtà giuridica evidentemente prescrittivo: seppure ampiamente indimostrato, il risultato dal calcolo penale a partire esclusivamente dal testo deve essere certo; lo schema applicativo del diritto in sede giurisdizionale, come lo stesso schema del ragionamento giudiziario, deve fondarsi sul sillogismo sussuntivo; il diritto deve essere solo la legge.

2.2. *La soluzione del sillogismo sussuntivo e l'asserito azzeramento del giudicante.*

⁹⁰ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 106.

⁹¹ Che quindi è in qualche misura calcolabile. Infatti Weber non contrappone nettamente la razionalità formale a quella materiale; piuttosto, contrappone la razionalità formale alla irrazionalità materiale, ossia a un sistema decisionale informato esclusivamente alla logica del *case-by-case*, nell'assenza di un criterio generale superiore alla stregua del quale valutare come razionale la decisione: M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 105.

⁹² G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina*, cit., p. 382.

⁹³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. I, cit., p. 81.

⁹⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 106.

⁹⁵ Deve per l'appunto necessariamente accadere, nell'impostazione illuministica e primo-giuspositivistica. Come più oltre si dirà, per un giuspositivismo più maturo, invece, la certezza giuridica rimane un ideale regolativo massimamente perseguibile, seppure mai storicamente attuato nella sua assolutezza. Rimanendo per ora sulle conclusioni del M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 23 (siamo ne *L'economia e gli ordinamenti*, da datarsi tra il 1907 e il 1914), in fin dei conti all'individuo possono essere date – a mezzo della disposizione legislativa – solo «possibilità calcolabili». Tant'è che, sempre secondo l'A., nemmeno il codice Napoleone – l'esempio principe della legislazione razionale – poteva considerarsi davvero formalmente razionale *in toto*, ossia in ogni sua disposizione: sul punto, cfr. W. GEPHART, *Introduzione* a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., pp. CVII-CVIII.

Anzitutto ideologicamente indispensabile a garantire la messa in opera teorica⁹⁶ della triade certezza-calcolabilità-previsione è una teoria – prescrittiva – dell’interpretazione: se il risultato del calcolo, ossia l’ipotetica rappresentazione di come un fatto sarà penalmente valutato, non deve contemplare margini di errore; e se l’unico elemento di calcolo deve essere il testo di legge, allora il testo di legge deve essere provvisto di un unico significato veramente corretto. Giacché dovrà essere quell’unico significato a guidare il giudice in sede applicativa; e, prima, a guidare l’agente nel compimento delle proprie scelte d’azione. Interpretare equivarrebbe così a scoprire il significato oggettivo, vero, della *littera legis*, già integralmente contenuto nella stessa. In proposito, oltre che di formalismo interpretativo, si è parlato di letteralismo⁹⁷ per sostenere l’autosufficienza della lettera e dell’interpretazione letterale; e dunque per disconoscere l’incidenza – a monte, la necessità –, nel processo di attribuzione di significato alla disposizione, di fattori provenienti *ab externo*.

L’orientamento formalista sostiene appunto un certo metodo di attribuzione di significato; un metodo logico, perché culminante nella deduzione di certe conclusioni, necessitate, a partire da certe premesse indiscutibili. Con ciò prescrivendo una certa funzione – correlativa e conseguente – all’interprete, anzitutto al giudice: costui, da Montesquieu, è bocca della legge⁹⁸ in quanto gli è istituzionalmente e logicamente⁹⁹ impedito fare valere la propria soggettività nell’applicazione della stessa, potendosi solo prestare alla funzione di organo verbalizzatore di una volontà (altra) già integralmente affermata in via generale, e perciò esercitante un «potere nullo»¹⁰⁰. Meccanicità e impersonalità dunque, nel *dicere* il diritto nel particolare caso che gli è innanzi: il giudice deve dichiarare verità implicite, per dirla con Giovanni Tarello; ma anche sicura

⁹⁶ L’espressione è ripresa da uno scritto di U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Giappichelli, 1991, p. 222.

⁹⁷ Al riguardo, si veda F. RECANATI, *Literalism and Contextualism: Some Varieties*, in G. PREYER-G. PETER (a cura di), *Contextualism in Philosophy. Knowledge, Meaning and Truth*, Clarendon Press, 2005, pp. 171 ss.; nonché J.R. SEARLE, *Literal Meaning*, in *Erkenntnis*, 1978, pp. 207 ss.

⁹⁸ E. JEULAND, *Droit processuel général*, V ed., LGDJ Lextenso, 2022, peraltro, avverte della possibilità che il Montesquieu, qui, si riferisse alla legge naturale.

⁹⁹ Poi, in Francia, anche giuridicamente: artt. 10-11 decreto sull’organizzazione giudiziaria 1790. Ma è rilievo comune che mediante l’istituto del *référé législatif* (Costituzione del 1791) e la formulazione del principio del *non liquet* (Codice Napoleone del 1804) il sistema riconobbe implicitamente il problema interpretativo.

¹⁰⁰ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, ed. 1979, p. 296. L’espressione si rinverrà, successivamente, in più di un luogo della letteratura francese: cfr., per esempio, quanto osservato ai giorni nostri da E. JEULAND, *Droit processuel général*, cit., p. 106.

«stravaganza semiotica»¹⁰¹, nel predicare relazioni biunivoche tra lettera e suo unico significato corretto¹⁰². A monte, peraltro, le stesse disposizioni legislative assumono una forma logica, nella misura in cui si presentano quali enunciati condizionali composti da un antecedente (pròtasi), che contiene la fattispecie; e da un conseguente (apòdosi), che indica le conseguenze giuridiche della verifica del fatto tipico¹⁰³.

Per valorizzare una distinzione più sopra ricordata¹⁰⁴, in quel tempo l'interpretazione come prodotto costituisce la scoperta di un significato che evidentemente preesiste all'opera dell'interprete. L'interpretazione come attività, ossia come processo, consiste in un atto di conoscenza, ed è precisamente in quest'ultimo senso che il formalismo si dice alla base della teoria cognitivista dell'interpretazione¹⁰⁵.

I due piani s'intersecano tra loro e possono vedersi massimamente sviluppati, rispettivamente, nelle elaborazioni ottocentesche della scuola c.d. dell'esegesi in Francia e nella scuola c.d. storica in Germania¹⁰⁶. L'impostazione esegetica, manifestazione di un fenomeno francese ma non solo¹⁰⁷, consente di delineare più efficacemente l'indole formalistica ai nostri fini¹⁰⁸; sebbene l'idea dell'atto interpretativo come «dichiarazione»

¹⁰¹ M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, 1992, § 3.

¹⁰² M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, 1992, § 3.

¹⁰³ In argomento, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare*, cit., pp. 18 ss., il quale non manca di soffermarsi sulla complessità talvolta riscontrabile dall'interprete nella precisa individuazione di pròtasi e apòdosi della disposizione.

¹⁰⁴ V. nt. 48.

¹⁰⁵ In proposito, oltre agli esponenti della dottrina nazionale e anglo-americana altrove citati, assai preziose, nella dottrina francese, le indicazioni offerte da M. TROPER, voce *Interprétation*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 843 ss.; ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 85 ss.; P. AMSELEK (a cura di), *Interprétation et droit*, Bruylant et PU d'Aix-Marseille, 1995.

¹⁰⁶ Su entrambe le scuole, imprescindibili gli studi di G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., rispettivamente alle pp. 69 ss. e 103 ss., per il nucleo fondamentale comune condiviso (quello di cui abbiamo detto poc'anzi) e le differenze significative tra le due. In merito alla pressoché contestuale influenza della prima sulla dottrina civilistica italiana, cfr. pp. 90 ss. Sulla scuola dell'esegesi, v. altresì A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *Rev. Trim. Dr. civ.*, 2000, pp. 1 ss.; J.-L. HALPÉRIN, voce *Exégèse (École)*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *op. cit.*, pp. 681 ss., pure per le relative accezioni; P. RÉMY, *Eloge de l'exégèse*, in *Droits*, 1985, 1, pp. 115 ss. Sulla scuola storica, si veda, tra gli altri, anche G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. II, *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, 1940; nonché, O. JOUANJAN, voce *École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX siècle)*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *op. cit.*, pp. 571 ss.

¹⁰⁷ J.-L. HALPÉRIN, voce *Exégèse (École)*, cit., p. 685.

¹⁰⁸ Si consideri, peraltro, che una certa influenza formalistica si è registrata – più tardi – anche negli Stati Uniti. Christopher Columbus Langdell, con l'introduzione del suo *case method* in qualità di preside della *Harvard Law School* – poi diffusosi come metodo dominante in tutte le altre *law schools* nordamericane –, secondo molti (cfr. ad esempio A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Dig.*

di diritto, offerta da Bernhard Windscheid (scuola storica), è molto vicina a quella del celebre esegeta Charles Demolombe¹⁰⁹.

Il formalismo, come lo si intende nella presente trattazione, non aderisce – non ha mai aderito – al dogma dell’assenza di imperfezioni, per dir così, della legge; ma promuove piuttosto quello dell’unicità della soluzione giuridica – ecco un altro punto di contatto con il giusnaturalismo di Grozio e Leibniz¹¹⁰ –, per cui anche nelle ipotesi problematiche è uno e uno solo il vero significato della legge da riconoscersi e dunque dichiarare¹¹¹.

Disc. Priv., 1988, § 6) può essere considerato padre del *legal formalism* statunitense. Si veda C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Laws of Contracts*, 1871, in K. HALL-W.M. WIECEK-P. FINKELMAN, *American Legal History. Cases and Materials*, Oxford University Press, 1991. Addentro a un sistema di *common law*, il *case-method* langdelliano consisteva nell’analisi sistematica della giurisprudenza ricavandone le regole di diritto di volta in volta, al fine di ordinarle, razionalizzarle, coerenzialle. Un riferimento al *case method* in relazione al tema della (varia e plurale) giurisprudenza nordamericana è presente in R. CROSS-J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1991, p. 18, là dove si riporta che, nell’insegnamento, l’analisi di una certa questione è di regola condotta alla luce – oltre che delle sentenze della Corte Suprema federale – della diversa giurisprudenza di diversi stati: così si tende a rinvenire la «*best solution of a problem*». Più diffusamente, v. N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995, pp. 11 ss.

La corrente giusformalista langdelliana si sviluppa nella costante tensione coerenzialtrice tra *regulae iuris* pure molto diverse tra loro (quando nell’analisi sistematica dei casi decisi ci si imbattersse in soluzioni apparentemente eterogenee): ciò che viene promosso dunque è anzitutto un ordine logico strettamente rigoroso nello studio delle varie branche dell’ordinamento, perché pure dinanzi ad applicazioni giurisprudenziali tra loro avulse deve essere rinvenuto (costruito) un concetto comune che le unisce, il quale evidentemente si suppone esistente. Metodo di studio e atteggiamento interpretativo che probabilmente invalsero presso i soggetti giudicanti con l’effetto di renderli piuttosto accorti nell’assecondare in modo rigoroso, a loro volta, il vincolo di coerenza con le precedenti decisioni. Quella del *legal formalism* negli Stati Uniti fu comunque una affermazione di breve durata, circoscritta all’ultimo trentennio dell’Ottocento.

¹⁰⁹ J.-L. HALPÉRIN, voce *Exégese (École)*, cit., p. 685.

¹¹⁰ Sull’impostazione leibniziana, si veda A. ARTOSI, *Diritto e filosofia del giovane Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche*, cit., pp. 10 ss.: nessun caso è ritenuto irrisolvibile, per ogni caso c’è una soluzione secondo diritto. A fini dimostrativi, il Leibniz si cimenterà nell’articolare la soluzione giuridica – l’unica ritenuta corretta – di casi storicamente noti per la loro radicale irrisolvibilità, pur nella consapevolezza di quanto possa apparire «incerta» l’interpretazione giuridica. Come pure si è premesso (*supra*, nt. 85), in questa visione «una questione giudiziaria è tanto meglio risolta quanto meno è lasciata alla discrezione del giudice»: G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, 39 (A VI/1 189).

¹¹¹ La medesima conclusione, come detto, era stata raggiunta dai vari giusnaturalismi sviluppati a partire dal XVII secolo. L’indole naturalistica, però, tendeva a risolvere l’incertezza del dato legislativo o comunque scritto a mezzo della certezza del diritto di natura, postulando che la legge dovesse essere conforme a un modello razionale superiore: cfr. B. PIERI, *Lo ius commune*, cit., p. 33; di qui l’idea dell’unicità della soluzione giuridica.

Una divergenza rispetto all’approccio illuministico e primo-giuspositivistico, peraltro, sembra cogliersi proprio in ciò, che nella prospettiva naturalistica una qualche forma di certezza giuridica

Di più, taluni degli stessi esegeti più influenti a onor del vero andavano oltre l'interpretazione letterale, constatando come potesse darsi l'eventualità di dovere giudicare secondo diritto un caso non espressamente previsto e disciplinato dalla legge – e il giudice non può esimersi dal rendere il giudizio – ovvero l'eventualità del dato normativo oscuro, dovendo in queste ipotesi analizzare le leggi passate, compresa la tradizione romana, e le opinioni della dottrina e della giurisprudenza, principalmente di Cassazione¹¹². Poteva poi ben darsi, più di frequente, che il canone della stretta letteralità nel commento articolo per articolo del codice – il primo periodo della scuola va infatti dalla promulgazione del codice Napoleone¹¹³ agli anni 1825-1830¹¹⁴ – producesse risultati internamente contraddittori. La contraddizione, ovviamente, era ritenuta solo apparente: ma per scioglierla si rendeva necessario scoprire l'*intentio* del legislatore storico, anche facendo ricorso ai lavori preparatori¹¹⁵. Mai poteva operarsi, invece, quella che oggi chiameremmo una lettura evolutiva della disposizione, perché ci si doveva per l'appunto arrestare alla decifrazione dell'atto di volontà del legislatore d'allora, che in quanto tale costituiva accadimento storico sempre uguale a se stesso¹¹⁶.

poteva essere predicata solo interpretando il diritto positivo alla luce di quello naturale, e dunque affermando un'unica soluzione corretta sulla base di un parametro esterno alla legge; mentre l'ideologia formalistica pretenderebbe il raggiungimento dello stesso risultato sulla base di un parametro di verità interno alla medesima, ossia il significato suo proprio, letterale o comunque oggettivo.

¹¹² In argomento, cfr. G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 253.

¹¹³ Sul rapporto tra formalismo giuridico ed esattezza matematica, che informa la struttura, il contenuto e l'ambizione del codice Napoleone, si veda il *Code de procédure civile, servant de supplément au procès-verbal des séances du Corps législatif*, Avril 1806. *Exposés des motifs par les orateurs du gouvernement*, p. 199: «*Les forms*» – astratte e dunque suscettibili di essere utilizzate ripetitivamente, dinanzi all'infinità varietà dei casi – «*occupent dans l'application de la science du droit la place que tiennent dans les sciences mathématiques les formules destinées à faire trouver avec plus de facilité la solution des problèmes*». I segni si vedono ancora nitidamente, nel nostro ordinamento giudiziario del 1941, all'art. 65; là dove si descrive con «lessico matematico e geometrico» (G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, p. 3) la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, che sinteticamente si sostanzia nel garantire l'«esatta» interpretazione della legge.

¹¹⁴ In relazione al frangente storico in parola, si può citare il P.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1812-1825 (IV ed.), Hachette Livre - Bnf, 2018; quanto al secondo periodo, che arriva fino al 1880 circa, R.T. TROPLONG, il cui primo commentario *Privilèges et Hypothèques*, 1833, risulta tra le opere tradotte in italiano da D. DEL RE, con note di A. TORTORA, Gabriele Regina Editore, ed. 1879; quanto al terzo e ultimo periodo, che sempre secondo la ricostruzione di Tarello si conclude nel 1903, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, 15 voll., Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée, 1892-1903.

¹¹⁵ G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., pp. 78-79.

¹¹⁶ G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 85.

Al netto degli *escamotages* argomentativi, balza peraltro all'occhio il peso che *de facto* la giurisprudenza di legittimità veniva ad acquisire nella dichiarazione – diciamo ancora così – del significato della disposizione, al punto da giungersi ad affermare che «la Giurisprudenza costante delle decisioni ha forza di legge», ma a tal fine deve attendersi «una lunga serie di decisioni» che risolvano in modo uguale una medesima questione di diritto «ad onta della diversità delle circostanze» di fatto; e nondimeno che «è sommamente vantaggioso poter invocar le decisioni rendute in caso simile»¹¹⁷. Questa idea comunque conviveva con la finzione – più coerente rispetto all'ideologia formalistica – per cui interpretazione dottrinale e giurisprudenziale¹¹⁸ si trovavano spontaneamente a coincidere, con ciò ulteriormente dimostrando la bontà dei risultati raggiunti¹¹⁹.

Ebbene, da siffatto angolo visuale il futuro giuridico può esattamente prevedersi a condizione che la relativa operazione di calcolo non subisca «fastidi psicologici ed emotivi»¹²⁰ di sorta. Così, sul piano metodologico s'impone lo strumento sillogistico: secondo un modello di ragionamento rigidamente deduttivo e normativista¹²¹, cioè, posta una determinata premessa maggiore (disposizione ritenuta applicabile al caso di specie) e una determinata premessa minore (fatto giuridicamente rilevante, reso in termini di corrispondenza con gli elementi della disposizione applicabile), si giunge a una conclusione necessaria (quel fatto è sussunto in quella disposizione, e dunque è giuridicamente qualificato in un determinato modo, con tutte le conseguenze che ne derivano)¹²².

In virtù dello schema anzidetto s'intuisce, tra l'altro, il rilievo che nella corrente formalistica il fatto veniva ad assumere. Quantitativamente, un rilievo senz'altro non da

¹¹⁷ Così, A.M.J.J. DUPIN, *Manuel des avocats et des étudiants en droit*, 1823, trad. it. di N. VINACCIA, *Manuale degli studenti di diritto e dei giovani avvocati*, stampa a cura di N. Commerci, 1831, nel passo citato da G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato*, cit., p. 242.

¹¹⁸ Sul rapporto, e la compatibilità, tra ragionamento sillogismo e impiego dei precedenti, v. K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, Mare & Martin, 2023, pp. 402 ss.

¹¹⁹ In questo senso, G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 79.

¹²⁰ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 22.

¹²¹ Per le necessarie precisazioni terminologiche e concettuali, v. M. TROPER, voce *Normativisme*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *op. cit.*, pp. 1074 ss.; nonché O. PFERSMANN, voce *Norme*, *ivi*, pp. 1079 ss.

¹²² Sul sillogismo come strumento concettuale, ossia su cosa è e come possa essere inteso, nonché a cosa possa realmente servire nell'economia del discorso giuridico, si veda J. WROBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making*, in *Rechtstheorie*, 1974, 1, pp. 33 ss.; nonché M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, pp. 168 ss.

poco: potremmo meravigliarci a constatare come i commentari degli esegeti e le lezioni frontali nelle università sovrabbondassero di casistica. Qualitativamente, nondimeno, il fatto veniva considerato in quanto drasticamente riducibile alle forme generali e astratte della legge scritta, ossia quale *exemplum* di applicazione della disposizione codicistica, e dunque descritto «con i termini e nei termini» della stessa¹²³. Ciò che contribuì in modo determinante, come è noto, pure al consolidamento di un certo stile essenziale – sillogistico¹²⁴ – delle sentenze francesi tutt'ora in uso¹²⁵.

Tutto l'ambiente concettuale in cui siamo addentro muove espressamente da una concezione prettamente positivistica¹²⁶ del diritto. Il quale coincide con la legge e nella legge si esaurisce: *auctoritas, non veritas facit legem*. In risposta alle correnti giusnaturalistiche dunque «non esiste altro diritto ed in particolare non esiste quella entità chiamata diritto naturale», con ciò negandosi qualsivoglia oggettività valoriale preesistente rispetto alla disposizione legislativa; ancora, «diritto è ciò che si vede», cioè che si legge nei testi ufficiali¹²⁷.

I giusnaturalisti in effetti avevano predicato l'oggettività del valore, che in quanto oggettivo può essere conosciuto e tradotto nel sistema normativo. O meglio, il suddetto valore deve essere conosciuto e tradotto, poiché presupporre l'esistenza del medesimo reca implicazioni etiche e morali che ne pretendono una conformazione individuale e collettiva: *veritas, non auctoritas facit legem*. Dal canto loro, i primi positivisti formalisti tendono a soddisfare un'analoga pretesa di oggettività predicando l'oggettività della legge, della sua lettera e del suo significato, racchiudendo nel testo il fenomeno giuridico intero.

Prima degli esegeti, e specificamente *in criminalibus*, già il Beccaria – da illuminista, e dunque in polemica antinaturalistica – assumeva che «i giudici non hanno

¹²³ G. TARELLO, *Cultura giuridica*, cit., p. 80.

¹²⁴ In argomento, si può per adesso rinviare al recente, ampio studio di K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 25 ss., ricco – tra l'altro – di ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

¹²⁵ Ma v. anche *infra*, II, § 3.2.

¹²⁶ Sul rapporto tra dottrina positivista e Scuola dell'esegesi, si può rinviare a G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Il Mulino, 1988, pp. 25 ss.; più in generale, M.A. CATTANEO, voce *Il positivismo giuridico*, in *Nov. Dig. it.*, 1966; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. Nella dottrina francese, v. R. BOUDON, *Peut-on être positiviste aujourd'hui?*, in C.-H. CUIN (a cura di), *Durkheim d'un siècle à l'autre*, PUF, 1998, pp. 265 ss.; C. GRZEGORCZYK-F. MICHAUT-M. TROPER, *Positivisme juridique*, Story Scinetia et LGDJ, 1993, pp. 536 ss.; M. WALINE, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, in AA.VV. (*Mélanges R. Carré de Malberg*), Sirey, 1933, pp. 517 ss.; E. MAULIN, voce *Positivisme*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *op. cit.*, pp. 1171 ss. Sulla tradizione positivista in relazione al diritto processuale, E. JEULAND, *Droit processuel général*, cit., pp. 104 ss.

¹²⁷ F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 288.

ricevuto le leggi dagli antichi nostri padri come una tradizione domestica ed un testamento che non lasciasse ai posteri che la cura d'ubbidire, ma le ricevono dalla vivente società, o dal sovrano rappresentatore di essa, come legittimo depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti»¹²⁸. Il giudice, invece, non ha bisogno di interpretare – allora s'intendeva l'interpretare sostanzialmente come l'aggiungere o il togliere qualcosa dal testo di legge più o meno arbitrariamente, e dunque in ogni caso come invadere la competenza legislativa –, ma deve «solo esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi»: «in ogni delitto», cioè, «si deve fare... un sillogismo»¹²⁹ perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena». Al punto che «quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»¹³⁰.

La pretesa oggettività formale della legge garantirebbe l'oggettività del giudizio dunque, e il trattamento uniforme. A tal fine si evoca lo strumento d'un «codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera» e che «non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini», per l'appunto¹³¹. Ciò che conseguenzialmente garantirebbe di acquisire, da parte degli individui della e nella società, «quella sicurezza di loro stessi» – «di» loro stessi –, «giusta» perché è «lo scopo per cui gli uomini stanno in società» e «utile» perché li mette nelle condizioni di «esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto»¹³².

Ben prima del Beccaria, comunque, la soluzione formale del sillogismo aristotelico¹³³ apodittico – lo strumento principe della sua logica – aveva ampiamente

¹²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16.

¹²⁹ V., volendo, la lezione di J. MARITAIN, *Eléments de philosophie*, t. 2. *L'ordre des concepts. Petite logique (logique formelle)*, XVIII ed., Pierre Téqui, 1951, pp. 207 ss.

¹³⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16.

¹³¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 17.

¹³² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 18.

¹³³ Aristotele anela a un sistema di «leggi che siano in grado di definire tutto» (ARIST. *Rhet.* 1. 1. 1354a 32-34); in quanto precise «per quanto possibile» (ARIST. *Rhet.* 1. 1. 1354a 32; perché il punto non sta (solo) nella tecnica di legiferazione, ma nella varietà dell'azione umana, che non si può prestare a essere disciplinata in ogni sua manifestazione esteriore da previsioni legislative: ARIST. *EN* 5. 14. 1137a 31), cioè, limitano al massimo gli spazi di discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge, e conducono al migliore giudizio. Nella visione di Aristotele, un elevato grado di precisione della legge è la preconditione per la formulazione del giudizio migliore (*kathara krisis*) in quanto massimamente lineare e privo di equivocità; l'altra preconditione attiene all'articolazione del discorso giuridico ad opera delle parti in causa, che dovrebbe essere del pari preciso per mettere il giudice nelle condizioni di comprendere chiaramente ciò che è giuridicamente rilevante e pertinente con i fatti da giudicare. Così il discorso è *eusynoptos*, ossia può essere inteso e «abbracciato con un solo sguardo» dall'inizio alla fine (ARIST. *Poet.* 24. 1459b 18-20), in senso logico. Ne consegue che il dover interpretare la lettera della legge non del tutto limpida tradisce sempre un più o meno grave – e però inevitabile – difetto della legge, che tocca al giudice correggere. In questi casi si decide facendo ricorso

permeato il ragionare giuridico dell'età medievale, a partire dalla metà del XIII secolo, imponendosi come mezzo scientificamente più affidabile per dare una risposta non arbitraria alle *quaestiones de facto emergentes*, sprovviste di una immediata risposta normativa. Si trattava, in quell'epoca, del problema della qualificazione giuridica del *factum*; che si differenziava dal *casus*, precisamente descritto e regolato dalla disposizione di legge scritta¹³⁴.

La scientificità dello strumento sillogistico apodittico, ossia il valore scientifico delle relative conclusioni, nondimeno, veniva guadagnato dalla teoria per cui a partire da premesse certe discendono conseguenze necessariamente certe¹³⁵. A tal fine bisognava dunque ricavare *principia* assolutamente certi, da cui potere dedurre conclusioni altrettanto certe; ossia proposizioni vere, concepibili e concepite come tali solo in ottica giusnaturalistica.

Antinaturalisticamente, invece, dall'età moderna in avanti la logica aristotelica analitica, ossia quella del ragionamento sillogistico apodittico, ha informato la cultura positivista dell'Europa continentale e ha continuato sì a concentrarsi sui collegamenti formali tra proposizioni – quest'ultimo è l'oggetto di studio della logica in senso tradizionale –, ma ponendo l'accento sulla mera validità formale delle conclusioni, dedotte non da premesse assunte come vere bensì assunte come tali, a prescindere cioè dal loro *status* ontologico¹³⁶, ossia dalla loro verità. La premessa maggiore del sillogismo è assunta come tale nel senso che è considerata esistente e valida in quanto posta dal legislatore mediante le procedure prescritte a tal fine, e dunque in quanto vincolante, non

alle regole interpretative all'epoca riconosciute: consuetudine e ulteriori principi non scritti – legge scritta e non scritta che il popolo ha scelto per se stesso, e non legge naturale – «condivisi e coerenti con lo spirito della *politeia*», e dunque coerenti anche con le leggi scritte: E. PODDIGHE, *Aristotele e il synoran. La visione globale tra politica e storia, tra retorica e diritto*, Franco Angeli, 2020, p. 81; cfr. peraltro *ivi*, pp. 73 ss., anche per i rilievi che precedono. Qui sostanzialmente vediamo già un diritto certo in quanto condiviso, in quanto, cioè, oggetto di riconoscimento valoriale da parte della comunità. Come in Grozio e Leibniz, peraltro, l'idea di certezza è attributo del diritto intangibile, metapositivo.

Nella dottrina francese, sul tema della giustizia aristotelica, v. E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridiques*, Presses Universitaires de France, 2021, pp. 98-99; J. SAINT-ARNAUD, *Les définitions aristotéliennes de la justice: leurs rapports à la notion d'égalité*, in *Philosophiques*, 1, 1984, pp. 157 ss.; L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III ed., Presses Universitaires de France, 2020, pp. 65-68.

¹³⁴ In argomento, si veda A. ERRERA, *Aristotele, i Topica e la scienza giuridica medievale*, in *Angelicum*, 2008, pp. 341 ss.

¹³⁵ Con ciò differenziandosi dal sillogismo dialettico, per cui da premesse opinabili discendono conseguenze necessariamente opinabili, che debbono essere confortate da argomenti volti a persuadere della loro bontà. Il sillogismo dialettico, in questa ottica, non detiene valore scientifico.

¹³⁶ G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 78.

in quanto vera a prescindere dalla sua produzione. Ciò che ne discende non sarà allora necessariamente vero – come implica il sillogismo apodittico aristotelico puro –, ma potrà nondimeno considerarsi esatto, a partire da quella premessa. Così – nella prospettiva, cioè, della validità inferenziale – si è parlato di logica formale, di disciplina che studia le condizioni di validità degli argomenti, e dunque di razionalità o giustificazione interna della decisione giuridica; laddove quella esterna contempla non solo la dimensione della validità (dell’inferenza e dunque) delle conclusioni, ma pure quella dell’intrinseca *soundness* delle premesse¹³⁷.

Ancora, nella prospettiva della validità inferenziale rimaneva evidentemente fuori la questione di come scegliere la premessa maggiore (disposizione applicabile), nonché di come ricostruire la premessa minore. Quest’ultima si è detta coincidere con il fatto giuridicamente rilevante, reso in termini di corrispondenza con gli elementi della disposizione applicabile; la premessa minore coincide, cioè, non con la fattispecie c.d. reale – lì e allora –, ma con la fattispecie c.d. concreta¹³⁸. A tal fine – ossia per individuare la fattispecie concreta nella fattispecie reale – quest’ultima va però interpretata: bisogna attribuirle dapprima un significato giuridico generico, diremmo, per determinare quali siano i fatti giuridicamente rilevanti; e poi un significato giuridico specifico, per determinare entro quale disposizione o disposizioni sussumerla. Le operazioni appena cennate non potevano essere comprese dalla e nella meccanica sillogistica. Come a monte non poteva essere compreso il momento di attribuzione di significato alla disposizione ritenuta applicabile, anche se per i formalisti la questione non si poneva – e non avrebbe potuto porsi –, dato che la premessa maggiore del sillogismo coincideva con la disposizione intesa nel(l’unico) significato suo proprio.

Si noti dunque come, limitandosi all’affermazione dell’esattezza del risultato logico-formale del sillogismo, i formalisti avevano già demolito il primo dogma di verità relativo alla esistenza della sua premessa maggiore¹³⁹, ma conservavano il secondo, ossia quello relativo al significato – unico e vero – della disposizione che a premessa maggiore veniva assunta.

¹³⁷ J. WROBLEWSKI, *Legal Syllogism*, cit., p. 39.

¹³⁸ Distingue la fattispecie concreta da quella reale, che sostanzialmente è il fatto, in quanto storicamente e temporalmente circostanziata, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1939, Edizioni Scientifiche Italiane, rist. 1978, pp. 3 ss.

¹³⁹ Il che, tra l’altro, è un salto niente affatto pacifico, perché nella sua concezione più rigorosa la logica si applica esclusivamente a proposizioni vero-funzionali, che descrivono uno stato di cose; dunque ci si chiede se possa ritenersi ammissibile l’applicazione della logica al ragionamento giuridico (fuori da una concezione giusnaturalistica, s’intende): è il c.d. dilemma di Jørgensen, esposto da J. JØRGENSEN, *Imperativi e logica*, 1938, in G. LORINI (a cura di), *Il valore logico delle norme*, Adriatica, 2001. Il seme dell’interrogativo sembra provenire da A. ROSS, *Imperativi e logica*, in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. FEBBRAJO-R. GUASTINI, Il Mulino, 1982, pp. 76 ss.

Ciò che in ultimo evidenzia come un approccio rigidamente formalistico, storicamente sorto in polemica antinaturalistica, si risolve nell'affermazione di una posizione altrettanto ideologica nella misura in cui – negandosi l'oggettività di valori preesistenti alle norme – predica l'oggettività delle norme nel loro (unico e vero) significato. Ebbene, antinaturalisticamente si può senz'altro convenire sulla natura soggettiva del giudizio circa l'esistenza e il contenuto dei valori che rispetto alle norme preesisterebbero. Ma pure soggettivo deve riconoscersi il giudizio di fissazione del significato della *littera legis*, e massimamente soggettivo quello di fissazione del significato unico e vero della stessa *littera*. Al punto che è stato rinvenuto, da taluni, un maggior grado di oggettività – meglio: di controllabilità – nella pratica interpretativa tesa a considerare fattori extratestuali e contestuali, e un correlativo maggior grado di soggettività nei risultati dell'interpretazione strettamente letterale, perché reputata, quest'ultima, più sensibile all'atteggiamento dell'interprete¹⁴⁰.

3. *La prevedibilità come paradigma descrittivo.*

3.1. *Soggettività della decisione, antiformalismo, assunzione di complessità.*

A incrinare le certezze di cui abbiamo sommariamente tratteggiato i contenuti è la reazione antiformalistica, che nelle sue varie gradazioni e declinazioni concepisce l'atto interpretativo come attributivo di un determinato significato alla *littera legis*, e dunque come connotato, a monte, da più o meno distinguibili scelte di valore¹⁴¹ insuscettibili di essere integralmente predeterminate. Il punto, com'è ovvio, non riguarda l'astratta derivabilità di una pluralità di significati dalla medesima disposizione¹⁴² – ciò che difatti viene riconosciuto anche dalla tradizione formalistica –, quanto piuttosto la contemporanea sostenibilità giuridica di questi significati nella loro pluralità e potenziale divergenza. Delle varie letture di una determinata disposizione, cioè, non sarebbe dato individuare quell'unica corretta a discapito delle altre, purché tutte tecnicamente plausibili. Ne conseguirebbe che «la verità o la falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile ed incerto»¹⁴³. In ciò precisamente si rinviene il profilo di

¹⁴⁰ M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, cit., § 3.

¹⁴¹ In argomento, L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., 1954.

¹⁴² In altri termini, non si tratta qui di riconoscere la distinzione tra disposizione e norma – su cui deve rinviarsi a V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964 –, e dunque l'eventualità che da una medesima disposizione possano essere ricavate più norme.

¹⁴³ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, F.lli Bocca, 1920, p. 96.

radicale contrasto con il formalismo interpretativo, che invece afferma la bontà di una determinata soluzione nella sua oggettività ed esclusività.

Il terreno di scontro, tra queste visioni contrapposte del fenomeno giuridico, inerisce alla individuazione della fonte di provenienza del significato della lettera legislativa. L'orientamento antiformalistico più estremo giunge difatti a ritenere che nessun significato insito nel testo preesista all'attività dell'interprete¹⁴⁴: in tal senso si è parlato di attribuzione di significato, e non di mera scoperta di quest'ultimo. Il prodotto dell'operazione consisterà dunque in un significato conferito *ab externo*, da colui che volta a volta interroga la lettera; e all'attività interpretativa dovrà essere riconosciuta natura non già meramente conoscitiva, bensì decisionale.

Del resto, *in claris non fit interpretatio* storicamente non vuol dire che vi sono enunciati legislativi non necessitanti di interpretazione per come la intendiamo¹⁴⁵. Al più, si può sostenere che un enunciato è chiaro in quanto lo si considera chiaro, nell'insussistenza in un dato momento di opinioni contrastanti sul suo significato¹⁴⁶ estensionale e intensionale. Antecedentemente all'apporto dell'interprete «del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano»¹⁴⁷: l'interpretazione «include sempre la decisione», un atto di volontà¹⁴⁸; ancora, non si può dire che la norma abbia alcun significato «per la buona ragione che è (null'altro che) un significato»¹⁴⁹.

In breve, il nucleo minimo della visione antiformalistica spingerebbe a concludere che tra più alternative possibili e plausibili, l'interprete decide quale sia quella da preferire. Tale decisione presuppone solitamente una decisione di principio, che è una decisione di secondo grado concernente quale principio giuridico, tra più principi diversi se non confliggenti, debba prevalere. Tale ultima decisione, a sua volta, presuppone solitamente una decisione di valore, che è una decisione di terzo grado concernente quale valore muova l'interprete – o comunque quale valore egli ritiene debba prevalere –, nella scelta tra più alternative possibili. Per questo è stato scritto che non esistono interpretazioni oggettivamente corrette a prescindere da un parametro valoriale

¹⁴⁴ Tutta l'indole antiformalistica – non solo, cioè, la sua variante più radicale – sotto questo profilo è di derivazione sostanzialmente nichilista: di nihilismo giuridico parla, tra gli altri, P.G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1994, pp. 31 ss.

¹⁴⁵ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 33 ss.

¹⁴⁶ In questo senso, C. PERELMAN, *Logique juridique*, cit., pp. 72 ss.

¹⁴⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 64.

¹⁴⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 67.

¹⁴⁹ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, 1974, p. 57.

soggettivo di riferimento¹⁵⁰, extratestuale¹⁵¹. Se mai, è possibile convenire di assumere determinate interpretazioni come ufficiali o comunque migliori rispetto ad altre: oggettivizzanti dunque, non oggettive¹⁵².

Al riguardo, conviene richiamare una riflessione articolata già in tempi piuttosto risalenti, a partire da una disputa dottrinale effettivamente avvenuta¹⁵³. In sintesi,

¹⁵⁰ In questo senso, nella nostra dottrina, tra gli altri, P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007, p. 74. Sull'ingresso dei valori nel ragionamento giuridico decisorio, v. A. BALDASSARRE, *Filosofia dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in A. CARRINO (a cura di), *Lo Stato, Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, 2012; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 135 ss. Sull'inevitabilità del valore che precede l'attività interpretativa, il quale se controllato attraverso l'argomentazione spiega effetti benefici in termini di coerenza della decisione del caso e l'ordinamento nel suo complesso, v. F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 3.

¹⁵¹ Raccordiamo – sia pure *per incidens* – questo primo punto fermo con alcuni rilievi più sopra articolati. Su di un fronte, cioè, la valorizzazione di un parametro esterno alla lettera della legge è sicuramente condivisa con i giusnaturalismi europei sviluppati a partire dal XVII secolo; ma a differenza di questi ultimi l'indole antiformalistica non vi fa ricorso per l'affermazione di un unico significato corretto della legge. I giusnaturalisti potevano predicare questo perché a monte sostanzialmente predicavano anche l'esistenza dell'unicità del valore – *lato sensu*, Dio –, alla stregua del quale condurre l'operazione interpretativa. Antiformalisticamente, invece, si nega l'unicità del valore sotteso all'ordito normativo per concludere che l'interprete giunge a una determinata conclusione sulla base del proprio, individuale, quadro valoriale: di qui, la constatazione della potenziale pluralità di soluzioni interpretative.

Su di un altro fronte, osservare che il momento interpretativo – e dunque applicativo, se l'interprete è il giudice – del diritto rimane inevitabilmente orientato da scelte di valore (etiche, utilitarie, di opportunità, politiche, *etc.*) equivale a negare attuazione al sistema weberiano di razionalità formale, ma non anche a negare qualsivoglia forma di razionalità (weberianamente intesa). Se l'imperativo di valore è sufficientemente condiviso, cioè, si tratterà pur sempre di un sistema razionale – cioè regolato, in fase applicativa, da criteri generali di decisione –, sebbene rispetto al valore per l'appunto, non già rispetto alla forma della disposizione legislativa (v. *supra*, § 2).

¹⁵² È quanto concluso anche dalla giurisprudenza di legittimità a fronte del disposto dell'art. 65 ord. giud., che investe la Cassazione della funzione nomofilattica: per Cass. civ., sez. un., ord. 6 novembre 2014, in *C.e.d. Cass.*, n. 632844, ad esempio, l'interpretazione offerta dalla Cassazione, specialmente a sezioni unite, «va intesa come... oggettivazione convenzionale di significato» (§ 1, in *diritto*). L'esattezza di cui la lettera della disposizione si riferisce andrebbe dunque necessariamente intesa, oggi, in senso soggettivo, sulla quale può convenirsi perché fondata su di un atto decisorio, non già esclusivamente cognitivo: in questo senso, F. MODUGNO, *Contro la negazione della distinzione tra disposizione e norma*, in F. MODUGNO-A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 120-121). Lo stesso può dirsi per la produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ufficialmente e con efficacia vincolante – salvo ritenere, in alcuni casi, che una determinata pronuncia non sia espressione di un orientamento sufficientemente consolidato – stabiliscono la portata concreta delle disposizioni dei sistemi di rispettiva appartenenza.

¹⁵³ M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, X, pp. 478 ss.

Massimo Bianca constatava la molteplicità di risultati differenti a cui può pervenirsi mediante le stesse regole e tecniche interpretative, per assodare come ciò che veramente preme non è conferire all'interprete una libertà maggiore rispetto al passato. Bensì ammettere l'irriducibile autonomia di quest'ultimo in sede applicativa. Un'autonomia, nella sostanza, la quale anche ad avviso di scrive si risolve in una scelta politica e morale alla base della decisione giuridica. Essendo «l'astratto comando legislativo... rimesso sempre... all'operato e alle idee di coloro che sono chiamati ad osservarlo e a farlo osservare»¹⁵⁴, è stata dunque sostenuta la necessità della suddetta autonomia ai fini della stessa attuazione pratica del diritto. E la conseguente responsabilità, in capo all'interprete, di dirigere il momento attuativo alla luce dei valori «in cui egli riconosce ed accetta la sua civiltà»¹⁵⁵. Poiché a ben vedere il riconoscimento e l'accettazione di cui si parla necessariamente avvengono attraverso il diritto, che in questi termini diviene «attuazione concreta di valori»¹⁵⁶.

Riconoscere come tale la scelta di valore, viene da concludere, non significa poi contestarla o avallarla formulando un giudizio apodittico di approvazione/disapprovazione. Bisogna piuttosto giustificare la scelta in parola precisamente alla luce del quadro normativo rilevante nel caso di specie. Così, in una dinamica di circolarità e di reciproca convergenza, la scelta di valore sta sopra la scelta di attribuzione di significato della disposizione; ma al contempo la realtà della disposizione – non il suo significato – sta sopra la scelta di valore, nel senso che quest'ultima deve rinvenire nella disposizione l'aggancio per un rapporto di salda coerenza¹⁵⁷.

Nell'economia della nostra trattazione, momento interpretativo come attributivo o costitutivo – non già dichiarativo – di significato va insieme a incertezza del dato legislativo¹⁵⁸. Si tratta della basilare premessa, concettuale e operativa, utile a rilevare un fattore di incalcolabilità della decisione futura, e dunque che le conseguenze giuridico-penali del proprio agire non possono essere esattamente previste ma rimangono solo più o meno prevedibili, a partire da un testo scritto non univoco e non assoluto nella sua significatività.

Antiformalisticamente, dunque, ad essere nettamente problematizzata – e al contempo riconosciuta con una certa logica semplicità – è la questione dell'interazione

¹⁵⁴ M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete*, cit., p. 486.

¹⁵⁵ M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete*, cit., p. 486.

¹⁵⁶ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Il Mulino, 2021, p. 33.

¹⁵⁷ L'affermazione è ispirata da N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, p. 21, là dove osserva che, in una prospettiva formalistica, «le norme non sono giustificate da un valore... sono semmai giustificanti», in quanto «superato il controllo di validità... diventano criteri di giudizio».

¹⁵⁸ Nel senso inteso *supra*, § 1.1.1.

tra testo e suo interprete, che con ogni evidenza s'impone anche in un sistema fondato sulla *lex scripta*, figlio della rivoluzione illuministica e della grande codificazione.

S'impone senz'altro, anzitutto, per i pacifici profili di incoerenza strutturale di esso sistema, dovuti alla moltiplicazione e alla complessità delle fonti di produzione normativa¹⁵⁹. È in effetti ben noto come il decentramento del codice a vantaggio della proliferazione della legislazione speciale, nonché l'incidenza *sui generis* del sistema internazionale e sovranazionale¹⁶⁰ (inclusivo, tra l'altro, della produzione giurisprudenziale specificativa delle relative disposizioni scritte ad opera delle corti di vertice), generino obiettivamente alcune difficoltà di coordinamento. Nelle ipotesi più ostiche, i medesimi fattori di moltiplicazione e complessità provocano antinomie, discordanze, incongruenze, zone d'ombra, precarietà del dialogo giurisdizionale e perplessità in ordine alla perimetrazione delle rispettive aree di competenza, insicurezze interpretative, o quantomeno curvilinei percorsi applicativi.

La questione interpretativa latamente intesa s'impone anche, soprattutto, per la riconosciuta incompletezza del sistema positivo sul piano ontologico, giacché la lettera della legge è completabile – deve essere completata – a mezzo dell'intervento dell'interprete: il giudice, in sede applicativa. A questo proposito si è osservato che la disposizione «ha un modo di essere incompleto»¹⁶¹, specificamente riferendosi alla incompletezza della legge¹⁶². Ciò naturalmente vale pure per la legge penale, la quale alimenta un sistema che si vorrebbe chiuso – e dunque non integrabile *ab extra* – nella misura in cui tutto ciò che non è previsto non è punibile (art. 25 comma 2 Cost.). Ma il principio di stretta legalità non esclude che debba pur sempre esserci qualcuno che chiarisca cosa precisamente sia penalmente rilevante secondo la legge; seppure nella tensione del legislatore, d'indole garantista, di circoscriverne il più possibile i margini di discrezionalità¹⁶³.

¹⁵⁹ Quanto alle varietà e al rango delle fonti statali ed extrastatali, componenti un insieme «in moto d'espansione» e informate a una «regola d'inclusione», cfr. di recente A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Il Mulino, 2021, p. 67.

¹⁶⁰ *In criminalibus*, si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012. Sottolinea l'irrimediabile incertezza che un sistema siffatto viene a generare, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. giur.*, 2016, § 16.

¹⁶¹ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, 1985, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Giuffrè, 1996, p. 82.

¹⁶² R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1993, § 7.

¹⁶³ In argomento, deve rinviarsi a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VI ed., Laterza, 2000, pp. 891 ss.

In argomento è stato anche sostenuto che equivocità e relatività del significato comunicativo¹⁶⁴ delle disposizioni legislative sotto il profilo linguistico generano una più o meno evidente indeterminatezza involontaria dell'atto di applicazione del diritto¹⁶⁵, per esempio della sentenza. Sotto il profilo della tecnica legislativa, le c.d. clausole generali rendono volontariamente indeterminato¹⁶⁶ lo stesso atto¹⁶⁷. Si tratta di considerazioni piuttosto ovvie che, in armonia con la vocazione del paradigma immanente all'ambiente antiformalistico – quello della prevedibilità –, si limitano per l'appunto alla descrizione dei fenomeni; non mancando di osservare, a monte, come per certi versi l'odierna realtà giuridica non possa che essere così.

Persino *in criminalibus* si prende atto, ad esempio, dell'inevitabilità del ricorso alle clausole generali nella descrizione degli elementi del reato. Lo ha affermato pure la Corte costituzionale, nel ritenerle compatibili con il principio di precisione – purché non eccessivamente vaghe –, «stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee» a essere sussunte nella disposizione incriminatrice¹⁶⁸, implicitamente riconoscendo l'insostenibilità dell'adozione della c.d. tecnica casistica di legiferazione in via sistematica.

Dall'incertezza – dovuta a complessità, incoerenza, incompletezza – del dato legislativo è derivato il peso sempre crescente del dato interpretativo, per come sopra è stato inteso, diciamo su due piani distinti ma complementari.

Il primo è quello attinente al sindacato costituzionale delle leggi. In cui, come noto, si prende in esame il c.d. diritto vivente, concentrandosi non sulla disposizione di dubbia legittimità, ma sulla interpretazione più o meno consolidata di quella disposizione. È solo quest'ultima, infatti, a «conferi(r)e al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in

¹⁶⁴ A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, II ed., Giappichelli, 2011, p. 6.

¹⁶⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deutike, 1960, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, III ed., Einaudi, 2021, pp. 448-449.

¹⁶⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 448.

¹⁶⁷ Sulla presenza delle clausole generali e la correlativa istanza di certezza nella loro applicazione, sostenendo la vincolatività in senso precdenziale della pronunzia concretizzatrice della clausola, si veda il recente contributo di E. SCODITTI, *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Quest. giust.*, 16 febbraio 2022.

¹⁶⁸ Da ultimo, C. cost., 11 giugno 2014, n. 172 (§ 4.2., *in diritto*): alle clausole generali, e più in generale alle formule elastiche, alle volte il legislatore «deve ricorrere» (*ivi*). In argomento, v. R.E. KOSTORIS, *Il processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie pos-moderne del diritto europeo*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, 2019, pp. 264 ss.; e, anche sulla loro dimensione patologica, D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 45 ss.

astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intese a renderle concrete ed efficaci»¹⁶⁹. E d'altra parte, là dove un diritto vivente non si è ancora formato l'esito cui perviene la Corte è quello di una ordinanza di manifesta inammissibilità.

Il secondo e più generale piano di rilevanza del dato interpretativo riguarda l'urgenza più o meno avvertita, anche da parte del legislatore, di garantire che la futura decisione – la futura interpretazione, cioè – sia quanto più prevedibile possibile per il soggetto nei cui confronti la legge deve essere applicata. Il che implica tensione a garantire una sufficiente dose di uniformità delle opzioni interpretative prescelte, e dunque a una pur fisiologicamente imperfetta uniformità nell'applicazione della legge per come essa in concreto vive. In questo senso può parlarsi di funzione di garanzia del c.d. precedente giudiziario: favorendo la stabilizzazione di una regola di condotta derivante da fonte esterna alla *lex scripta*, si pone un freno alle oscillazioni e i livelli di prevedibilità – di effettività dello stato di diritto – aumentano.

Sennonché, si è pure chiarito¹⁷⁰ come lo stesso dato interpretativo rimanga in qualche misura inevitabilmente incerto poiché nulla garantisce l'inderogabile mantenimento delle precedenti interpretazioni in sede applicativa.

Lo stesso, in punto di inevitabilità, si è constatato in merito alla mutevolezza del significato sociale del fatto che deve essere giuridicamente qualificato, giacché il suddetto significato non è immutabilmente insito nei modi di comportamento – o comunque non può più, di regola, essere considerato tale –, ma è dalle attese di comportamento che volta a volta si ricava¹⁷¹. Il che spinge al di fuori della dimensione dei dati legislativo o interpretativo ed evoca quella del dato sociale¹⁷². Evoca cioè ulteriori profili di incertezza nell'operazione di calcolo giuridico, in quanto la relatività nel tempo del significato sociale di un fatto, ma anche una sua qualche attuale equivocità, com'è ovvio determinano una potenziale varietà di giuridiche qualificazioni dello stesso in sede giudiziaria. L'attuale equivocità in discorso, peraltro, discende necessariamente dal pluralismo ideologico, valoriale, religioso e culturale caratterizzante l'assetto sociale contemporaneo; e dunque dall'insussistenza di una coscienza collettiva massimamente condivisa che il legislatore possa sistematicamente recepire.

Più sopra¹⁷³ si è anche fatto cenno ai conseguenti problemi di riconoscibilità della norma penale; la questione porterebbe nondimeno lontano da quello che ci occupa,

¹⁶⁹ Così, C. cost. 30 maggio 1977, n. 88 (§ 6, *in diritto*). Risale alla metà degli anni Settanta del secolo scorso un tale orientamento della Corte.

¹⁷⁰ V. *supra*, § 1.1.1.

¹⁷¹ In questo senso, A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 6.

¹⁷² Nel senso inteso *supra*, § 1.1.1.

¹⁷³ § 1.1.1.

dovento probabilmente condurre a digressioni afferenti alla disciplina della semiotica, esulante dalle competenze di chi scrive. A quest'ultimo riguardo può solo essere riportato come la crisi di riconoscibilità sostanzialmente dipende anche da ben più generali difficoltà concernenti il processo mediante il quale qualcosa riesce ad assumere la funzione di segno – acquista cioè una propria chiara significatività – nell'odierno contesto sociocomunicativo. L'equivocità o la radicale insignificanza dell'aspetto delle cose – e dunque la tendenziale indifferenza alle forme che sembra connotare la relazione tra individuo e realtà sensibile¹⁷⁴ –, infatti, riguarda pure i comportamenti umani¹⁷⁵ in rapporto alla staticità di una fattispecie legale che sempre più fatica a orientare e garantire mediante la propria forma ordinatrice. La forma insomma «non parla più»¹⁷⁶, o almeno non più come un tempo; il fatto appare sempre meno riducibile alla stessa.

Ciò che si può vedere tanto nelle nuove e assai variegata forme di condotte (ritenute) criminose, sussunte all'interno delle fattispecie tradizionali; tanto nelle inafferrabili e scarsamente visualizzabili descrizioni normative costitutive delle fattispecie di nuovo conio. Sul primo versante, le forme di condotte ritenute criminose si presentano nuove e assai variegata non solo a causa dell'esponentiale innovazione tecnologica, ma pure in quanto plasmate dalla «forza pressoria dell'opinione pubblico-mediatica», la quale genera effetti pienamente perversi nel sistema penale nella misura in cui giunge a imporre l'atipicizzazione di imputazioni e condanne¹⁷⁷. Sul secondo versante, l'inafferrabilità e la scarsa visualizzabilità delle nuove fattispecie dipendono in buona misura dalla fatica, da parte del legislatore, a individuare uno schema naturalistico di condotta ripetibile con regolarità nel tempo, e dunque in grado di presentarsi nella sua manifesta criminalità, anche considerata la difficoltà di conciliare innumerevoli centri d'interesse non coincidenti o confliggenti¹⁷⁸. Alla irricognoscibilità della norma nel fatto per l'individuo, dunque, parrebbe corrispondere una irricognoscibilità del fatto nella norma per lo stesso legislatore.

¹⁷⁴ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., p. 165.

¹⁷⁵ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 159-160, che a questo riguardo evoca l'oscillazione tra una «esuberante polisemia» a una «insignificanza totale» dell'aspetto delle cose.

¹⁷⁶ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., p. 161.

¹⁷⁷ In questo senso V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., pp. 52 ss., che parla di «potere definitorio mediatico» e a cui si rinvia anche per la casistica – non solo nazionale – d'interesse.

¹⁷⁸ Cfr., ancora, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., p. 166. In argomento, cfr. altresì N. RUSSO, *La complessità, la Legge*, cit., XIII cpv., il quale afferma – sul presupposto appena indicato nel testo – la necessità, da parte del giudice contemporaneo, di operare una «doppia interpretazione». Una volta a gestire la «complessità della norma» e l'altra la «complessità del rapporto o della vicenda oggetto del... giudizio; quella vicenda che la norma primitiva (quella, cioè, di descrizione della relazione sociale) non ha saputo regolare e che la norma sussidiaria (quella dettata per dirimere il conflitto) deve risolvere».

3.2. La circolarità tra oggetto del giudizio e materiale per il giudizio, attraverso il contributo del giudicante.

Le premesse precedenti sono in varia misura senz'altro alla base di una rinnovata coscienza giuridica, politica e istituzionale. Che a partire dalla fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, nell'Europa continentale, si traduce nel c.d. movimento del diritto libero, nella c.d. giurisprudenza degli interessi e in ulteriori «indirizzi teleologici»; compresa, su di un piano più generale, la «concezione neonaturalistica», «evolutiva» e «istituzionalistica»¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Questo tipo di ricostruzione delle correnti antiformalistiche si rinviene in V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., pp. 92 ss., a cui si rinvia per i relativi approfondimenti e gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati.

A seguito della breve parentesi formalistica di cui sopra si è fatto cenno (v. nt. 108), anche negli Stati Uniti si sviluppa un deciso clima antiformalistico. Dapprima con la produzione di O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, 1881, Little Brown & Co., rist. 1923, che già a partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento concludeva: «*the life of the law has not been logic; it has been experience*» (p. 159); e poi con la scuola sociologica di Roscoe Pound, su cui vedi R. POUND, *The Spirit of Common Law*, 1921, trad. it. a cura di G. BUTTA, *Lo spirito della "Common Law"*, Giuffrè, 1970, con la quale viene a riconoscersi il ruolo senz'altro creativo dell'interpretazione giudiziaria e quindi del giudice. Quest'ultimo è riconosciuto come il mediatore tra l'istanza di continuità-uniformità (che spinge inevitabilmente verso la *consistency* con le anteriori pronunzie, ossia i precedenti giudiziari, in un sistema di *common law*) e le spinte di innovazione provenienti dalle nuove esigenze sociali. Un tale indirizzo – con l'avvento del quale la corrente formalista langdelliana può dirsi definitivamente superata – culmina nel c.d. realismo giuridico.

Il giusrealismo può dirsi sorto, con diverse gradazioni, a fine anni Venti del secolo scorso; ed eleva, tra tutte, l'analisi del *legal process*, vale a dire del processo decisionale, condotta tramite l'attenta osservazione del *judicial behaviour*. Il diritto è il mezzo per rispondere ai bisogni sociali e pertanto s'identifica direttamente nelle scelte del soggetto giudicante (e in null'altro: azzerata la ricerca dell'oggetto della produzione giurisprudenziale, ossia le *regulae iuris* dei giusformalisti landelliani). In questa ottica, strumentalistica e decisionistica – il diritto è solo quanto deciso (o quanto ci si attenda che si decida) –, le tecniche di manipolazione del precedente giudiziario si perfezionano per far sì che la soluzione del caso sia sempre adeguata al contesto sociale ed economico su cui si va ad incidere, a discapito di un rigido *stare decisis*: «*what the courts in fact do is to manipulate the language of former decisions*» (J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., p. 1); al punto che Lord ASQUITH, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, NS 1 (1950), p. 359, arriva a disconoscere qualsivoglia vincolatività, in concreto, del sistema precedenziale. Secondo M. LA TORRE, *Appendice all'edizione italiana* di R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, ed. it. a cura di M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998, p. 371, è un'ottica strumentalistica perché il diritto è essenzialmente strumento per il raggiungimento di determinati fini od obiettivi, «al di là d'ogni fedeltà a testi, forme e procedure». Secondo R. DWORKIN, *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, pp. 114 ss., questa si contrappone diametralmente a una concezione convenzionalista del diritto, la quale invece fonda il funzionamento della dimensione giuridica sulla teoria delle fonti, che caso per caso – a meno che non si registrino lacune – guidano il giudicante nell'applicazione del diritto. Del pari, è un'ottica decisionistica perché rimane azzerato – oltretutto il

Ciò, si badi, senza giungere all'estremismo giusrealista d'oltreoceano, per cui il diritto si esaurisce nella decisione giudiziaria, e dunque la decisione diviene oggetto di studio o in quanto fonte di diritto nel passato o in quanto più o meno prevedibile nel futuro¹⁸⁰.

Tra gli antiformalismi europei novecenteschi, peraltro, deve annoverarsi pure la dottrina kelseniana più matura, per cui l'atto interpretativo può arrivare finanche a svincolarsi dalla cornice della *littera*, sebbene quest'ultima preceda pur sempre la sentenza nel processo di produzione giuridica¹⁸¹. Deve essere comunque chiarito che le posizioni antiformalistiche assunte dal Kelsen rientrano in un profilo convintamente giuspositivista. Egli, difatti, per un verso rifiuta «la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto un'interpretazione, quella “esatta”»: finzione della quale «si è servita la giurisprudenza tradizionale per mantenere l'ideale della certezza del diritto»¹⁸². E per altro verso asserisce come determinate qualità delle disposizioni legislative, e del sistema tutto, siano imprescindibili per l'attuazione della certezza del diritto. Quest'ultima, in particolare, viene sempre intesa come implicante una previsione accurata delle conseguenze giuridiche dei comportamenti, sulla base del testo di legge¹⁸³. La constatazione per cui una tale certezza non esiste – né esisterà mai, nella sua absolutezza – non scalfisce la coerenza della relativa impostazione. Quanto appena

sistema delle fonti nella sua effettiva valenza orientante – pure il ruolo dell'argomentazione e più in generale della dimensione discorsiva della realtà giuridica, a tutto favore del momento della decisione: questa è una delle teorie del ragionamento giuridico contrapposte a quella (argomentativa) dell'Alexy: in tal senso, M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 377 e nt. 57, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Gli esponenti giusrealisti di spicco sono Benjamin N. Cardozo, Karl N. Llewellyn e Jerome Frank. Del primo, si veda B.N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, 1928; Cardozo è l'anello di congiunzione tra gli esponenti della *sociological jurisprudence* e i giusrealisti «in senso stretto» (tra i quali si annoverano Llewellyn e Frank, citati subito a seguire); sulla distinzione tra questi ultimi e i giusrealisti «in senso lato», solo perché in contrapposizione ai giusformalisti langdelliani, cfr. C. FARALLI, *L'eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, 1, p. 119, nt. 3. Del secondo, si veda K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, 1930, Oxford University Press, ed. 2009; del terzo, J. FRANK, *op. ult. cit.*, Doubleday & Co., 1936.

¹⁸⁰ «The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»: O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1897, pp. 460-461. Su *realism e predictivism*, v. N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 125 ss.

Una parte della dottrina francese ha preso in esame la tradizione realista in rapporto al diritto processuale, mettendone in luce anche le relative riserve: v. E. JEULAND, *Droit processuel*, cit., pp. 112-113.

¹⁸¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 446 ss. sull'interpretazione e p. 337 sul processo produttivo del diritto.

¹⁸² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 455.

¹⁸³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 456.

precisato è funzionale a chiarire che il giuspositivista non abbraccia necessariamente una teoria formalistica dell'interpretazione giuridica¹⁸⁴.

Un tale giuspositivismo sostanzialmente antiformalistico si rinviene, con specifico riferimento alla materia penale, anche nella prospettiva di Luigi Ferrajoli, il quale implicitamente muove dall'ideale della massima previsione del fatto punito ai sensi della legge penale, prima della sua verifica, sulla sola base del testo scritto. Richiamandosi al Beccaria, sarebbe cioè auspicabile attuare «il valore della certezza nella determinazione» del penalmente rilevante, «affidata non già a valutazioni estemporanee e contingenti *post factum* ma esclusivamente alla tassativa formulazione legale e giudiziaria di fattispecie generali e astratte». A patto che le stesse «siano definite dalla legge ed applicate nel giudizio in maniera precisa, risulta infatti esattamente determinata la classe delle fattispecie concrete da esse denotate in proposizioni provabili come vere»¹⁸⁵. In ogni caso questo potere di denotazione, che secondo il Ferrajoli è il potere «d'interpretazione o di verifica giuridica... dei presupposti legali della pena», non può mai essere assolutamente «cert(o) e oggettiv(o)» nei suoi esiti, giacché «l'interpretazione della legge... non è mai un'attività solamente ricognitiva, ma è sempre il frutto di una scelta pratica rispetto ad ipotesi interpretative alternative»¹⁸⁶. Deve quindi pur sempre scontarsi una qualche «incertezza di diritto», la quale «dipende dalla pari opinabilità di più qualificazioni giuridiche possibili del fatto assunto come provato»¹⁸⁷. Il fenomeno sarebbe da valutarsi alla stregua di un «difetto» – evidentemente non neutralizzabile in assoluto – «di stretta legalità», che tradisce «debolezza o... carenza delle garanzie penali che consentono la decidibilità della verità giuridica»¹⁸⁸.

Tra gli antiformalismi contemporanei, vi sono poi correnti moderate per le quali l'interpretare è sì attribuzione di significato, ma non di qualsiasi significato; giacché *de facto* inciderebbero sull'operazione interpretativa alcuni fattori atti a ridimensionare le incertezze del risultato, ossia a circoscrivere la libertà dell'interprete¹⁸⁹. Padre

¹⁸⁴ È una delle esplicite conclusioni di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo*, cit., p. 132.

¹⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VI ed., Laterza, 2000, p. 10.

¹⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 11.

¹⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 86.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Così avvicinandosi alla teoria mediana – tra formalismo e antiformalismo radicale – di Hart, su cui v. più oltre nel testo. Nella nostra dottrina, in questi termini l'orientamento di Chiassoni appare senz'altro moderato là dove tende a ridurre in concreto le variabili dell'operazione interpretativa concludendo che alcune regole di metodo sufficientemente condivise presso la comunità dei giuristi valgano a escludere certamente alcune letture della disposizione; cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 69.

dell'antiformalismo moderato in questi termini può ritenersi Herbert L.A. Hart¹⁹⁰, che nega l'assolutizzazione del giudizio di valore in sede interpretativa. Almeno infatti con riguardo al significato comunicativo delle disposizioni di legge, e dunque delle parole, non può non rinvenirsi un nucleo fondamentale di significati – in un dato momento – oggettivi condivisi tra chi esprime il linguaggio (legislatore) e chi lo recepisce (giudice, in sede applicativa).

Un insieme minimo di significati, dunque, rimarrebbe pur sempre certo: tralasciando il versante dell'interpretazione come processo – in effetti anche la costanza dei significati è frutto di una sociale decisione di attribuzione –, si potrebbe cioè fare affidamento su di una parziale certezza dell'interpretazione come prodotto. Ciò che parrebbe proprio degli enunciati linguistici comuni, all'interno dei quali si includono quelli giuridici, ossia quelli contenuti nei testi di legge, e aggiungerei delle sentenze. Sussisterebbe insomma un qualche grado di resistenza¹⁹¹, più o meno effettivo, delle parole rispetto alle scelte interpretative. Fisiologicamente poi conviverebbero negli stessi enunciati più o meno marcate zone di penombra¹⁹², giacché in tutti gli ambiti dell'esperienza, compreso quello del diritto, si scontrerebbe «un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire»¹⁹³.

Deve essere parimenti chiaro come l'impostazione hartiana non attenga affatto alla dimensione del dato interpretativo, richiamata sopra e riguardante invece i significati precedentemente attribuiti dagli altri interpreti alla lettera della legge. Significati ovviamente influenzanti in vario modo coloro che la medesima lettera sono chiamati a riapplicare. Parlando infatti di dato interpretativo, lo si è inteso, parliamo di precedenti interpretazioni, le quali non è in alcun modo certo che vengano mantenute temporalmente e spazialmente stabili. La differenza con il vincolo di significato comunicativo sostenuto dall'Hart sta dunque proprio in ciò, che un tale significato non sarebbe in alcuna misura negoziabile; a differenza dei precedenti giudiziari, sempre superabili. In questa visione, dunque, se dovesse ritenersi insuperabile una precedente interpretazione in quanto esplicativa proprio di quel nucleo di significati minimi certamente riconosciuti, senz'altro

¹⁹⁰ È appena il caso di ricordare, sia pure *per incidens*, come questi condivida senz'altro con il Kelsen l'indole giuspositivista insieme a quella antiformalistica sul piano della teoria dell'interpretazione, con tutto ciò che ne deriva. Sostanzialmente sulla stessa scia si pone J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford Clarendon Press, 1979, pp. 225 ss.

¹⁹¹ N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Wolters Kluwer-Cedam, 1996, p. 57, sebbene in relazione all'interpretazione del contratto, precisamente a quale peso detenga la comune intenzione delle parti rispetto al senso delle parole impiegate.

¹⁹² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1994, II ed. con un poscritto dell'A., trad. it. di M.A. CATTANEO (a cura di), *Il concetto di diritto*, Einaudi, 2002, pp. 146 ss.

¹⁹³ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 148.

non parleremmo di precedente vincolante, ma di pacifico e naturale – per dir così – vincolo comunicativo della *littera legis* in un certo frangente storico e sociale.

Su di un altro piano, comunque, un tale vincolo comunicativo senz'altro incide sulla formazione del dato interpretativo: il primo costituendo, cioè, una realtà che s'inserisce nel secondo.

Più in generale, sempre in epoca contemporanea, in ragione della valorizzazione di elementi estrinseci alla disposizione nel processo interpretativo, e in contrapposizione al letteralismo d'indole formalistica¹⁹⁴, si parla di contestualismo¹⁹⁵. Fortemente contestualista, poiché tutta imperniata sulla presa d'atto della centralità del contesto fattuale¹⁹⁶ all'interno del quale una decisione viene assunta, è per esempio la teoria del c.d. circolo ermeneutico¹⁹⁷. Elaborata in seno all'omonimo movimento sorto in Germania tra la prima e la seconda metà del Novecento, essa deriva dalla produzione del giurista Gustav Radbruch e del filosofo Hans-Georg Gadamer¹⁹⁸.

Questa visione è agli antipodi del modello sillogistico a suo tempo preso in esame, nella misura in cui viene a negarsi: (i.) qualsivoglia lineare consequenzialità del ragionamento giudiziario, giammai reputabile *stricto sensu* logico; (ii.) qualsivoglia certezza di risultato dell'operazione interpretativa, ossia qualsivoglia conclusione logicamente necessitata a partire da determinate premesse legislative. Soprattutto, (iii.) la linea di pensiero di cui si sta per dire – dovendo essere drasticamente brevi – non tende

¹⁹⁴ Di cui si è fatto cenno *supra*, § 2.

¹⁹⁵ S'interroga su cosa debba precisamente intendersi per contesto, ai fini dell'interpretazione giuridica in ambito penalistico, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., pp. 198 ss.

¹⁹⁶ Il fatto – ossia il c.d. contesto di applicazione – è stato considerato alla stregua di una delle componenti del contesto effettivamente rilevanti: cfr. ancora A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., pp. 204 ss.

¹⁹⁷ Si vedano, per esempio, A. KAUFMANN, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016, pp. 53 ss., brani scelti da A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965, ed. it. a cura di G. CARLIZZI, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, 2003; W. HASSEMER, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, ivi, pp. 65 ss., brani scelti da ID., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, ed. it. a cura di G. CARLIZZI, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, 2007; J. ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl im Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di S. PATTI-G. ZACCARIA, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

¹⁹⁸ Rinviene nel pensiero di Radbruch e Gadamer i principi ispiratori dell'ermeneutica giuridica contemporanea, B. PASTORE, *Prefazione* a G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica*, cit., p. 8; si consideri che, come riporta l'A., è del Radbruch il merito di aver posto l'accento sul rapporto dialettico tra fatto e diritto in sede interpretativo-applicativa. In relazione a quanto segue nel testo, deve poi rinviarsi a H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, trad. it. di G. VATTIMO con una introduzione di G. REALE, *Verità e metodo*, Bompiani, 2019, pp. 551 ss.

affatto alla esplicazione della conclusione inferenziale; bensì al riconoscimento, e conseguente tentativo di esplicazione, della genesi delle pròtasi dell'inferenza¹⁹⁹, domandandosi da dove nascano le premesse dalle quali una certa conclusione in punto di diritto deriva.

Per gli ermeneutici contemporanei, cioè, ai fini della qualificazione giuridica del fatto il giudice anzitutto non muove dalla premessa maggiore, ossia dalla disposizione legislativa ritenuta applicabile al caso di specie. Piuttosto prevaluta e precomprende legge e fatto ipotizzando una qualificazione di quest'ultimo, e dunque elaborando una ipotesi interpretativa, e dunque una ipotesi di decisione. Questa ipotesi si sostanzierebbe in un primo sguardo giuridificante²⁰⁰ teso all'individuazione della fattispecie concreta a partire dalla fattispecie reale, e alla relativa sussunzione entro la disposizione ritenuta provvisoriamente applicabile. Come ben si comprende, l'attenzione degli ermeneutici è rivolta, in via prioritaria, alla costruzione della premessa minore del sillogismo²⁰¹. Ciò peraltro non significa che il giudice effettivamente muova dalla premessa minore per arrivare alla maggiore; piuttosto, *ab origine* fatto e diritto si determinerebbero reciprocamente e progressivamente²⁰².

Si diceva, dunque, che dapprima la fattispecie concreta si sussumerebbe entro la disposizione ritenuta provvisoriamente applicabile. Provvisoriamente perché questo primo progetto di decisione, va da sé, dovrebbe essere confortato dalla *littera legis*, che a tal fine viene presa in esame. Se difatti l'operazione interpretativa non confermasse l'ipotesi qualificatoria originaria, la disposizione andrebbe necessariamente reinterpretata ovvero andrebbe cambiata la disposizione di riferimento, ovvero ancora dovrebbe elaborarsi una diversa ipotesi qualificatoria, che a sua volta dovrebbe ricevere il conforto della *littera* di riferimento²⁰³.

¹⁹⁹ Avverte espressamente di ciò, K. ENGISCH, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica*, cit., p. 39, brani scelti da K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1945.

²⁰⁰ L'espressione è di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, 2011, pp. 52 ss.

²⁰¹ Non a caso a suo tempo si denunciava come lo strumento sillogistico, e più in generale il modello logico-deduttivo applicato al ragionamento giudiziario, non dice nulla sul momento della costruzione della premessa minore in termini di fattispecie concreta corrispondente alla fattispecie legale: v. *supra*, § 2.

²⁰² Quest'ultima espressione è di B. PASTORE, *Prefazione*, cit., p. 7. Di «rapporto di corrispondenza» e di «reciproco adattamento» tra fatto e diritto, parlano anche F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 1999, p. 159.

²⁰³ J. ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl*, cit., pp. 135 ss.; in argomento, cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in F. MESSINEO-P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2004, p. 23.

Così – in questo andirivieni dello sguardo, per ricordare l’efficace formula engischiana²⁰⁴ – l’interpretazione giuridica inevitabilmente risentirebbe delle specificità del caso da decidere, poiché su di esse si fonda l’ipotesi qualificatoria, che dopo varie prove della sua tenuta condurrà alla decisione finale.

La dinamica di un tale rapporto circolare tra fatto e legge, tra realtà umana e diritto, ossia tra oggetto del giudizio e materiale per il giudizio, spiegherebbe pure perché, nella pratica, in relazione a casi diversi potrebbe non valere – spesso non vale – un’unica *regula iuris* ricavata in via interpretativa da una medesima disposizione. Ben si possono dare, infatti, una pluralità di soluzioni decisionali differenti sulla base della medesima disposizione. Questo atteggiamento, inutile contestarlo, implica la prevalenza potenzialmente incontrollata del pensiero idiografico, ossia dell’avvenimento irripetibile, sul pensiero nomotetico, ossia della legge che impone ai fatti una temporale e formale regolarità²⁰⁵. E dunque – ancora una volta, ma dall’angolo visuale ora in discorso – il riconoscimento di un *deficit* di certezza interpretativo-applicativa. Ecco perché secondo gli ermeneutici, e più in generale nella prospettiva antiformalistica, rilevanza cardinale assume la tensione verso la massimizzazione della decifrabilità dei momenti di precomprensione e prevalutazione di legge e fatto²⁰⁶ nell’economia della parte motiva della sentenza. E quindi dell’individuazione delle scelte (pregiuridiche o metagiuridiche) di valore del giudicante, nonché degli ulteriori fattori (esperienziali, ordinamentali, istituzionali, giurisprudenziali: ossia le precedenti interpretazioni giuridiche, contestuali e cotestuali, *etc.*) incidenti sulla decisione. Ed ecco perché, azzerata qualsivoglia metodicità nell’assunzione della decisione²⁰⁷, da questo angolo visuale una diversa

La lettera, com’è ovvio, risulta presa in esame nella sua realtà vivente, e cioè anche, se non soprattutto, nel modo in cui è stata da altri interpretata, «superando così quell’*habitus* mentale... che immagina l’interprete... solo di fronte al testo della legge»: F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021, p. 7, seppure nell’ambito di una riflessione non direttamente riguardante il c.d. circolo ermeneutico.

²⁰⁴ Che si trova in K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, 1963, p. 14.

²⁰⁵ La dicotomia è di W. WINDEBAND, *Preludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 1884, trad. it. di R. ARRIGHI con una introduzione di A. BANFI, *Preludi. Saggi e discorsi d’introduzione alla filosofia*; sulla quale cfr. N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 44.

²⁰⁶ Dobbiamo esprimerci in questi termini perché teoricamente non sarebbe data garanzia di decifrabilità assoluta di cosa abbia condotto l’interprete a prevalutare e precomprendere in un senso o in un altro: tali momenti rilevano anche su di un piano inconscio o comunque non pienamente esplicabile. A tal riguardo, J. ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl*, cit., pp. 135 ss. distingue tra *Argumentation* (argomentazione giustificativa della decisione, che il soggetto giudicante palesa in forma logico-giuridica) e *Motivation* (intimo movente decisionale, che muove il soggetto giudicante).

²⁰⁷ A valle dei rilievi appena articolati, il processo interpretativo «non avviene con “metodo”»: così conclude J. ESSER, *Le condizioni di applicazione del diritto*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura

metodicità torna necessaria e urgente quanto al relativo discorso giustificativo: senza rigore metodologico in punto di giustificazione, in effetti, è sin troppo evidente come un asserito fare giustizia possa celare le forme populistiche più aberranti di esercizio del potere.

I rilievi che precedono appaiono senz'altro sorreggere l'opinione prevalente dell'attuale comunità giuridica europea continentale.

Nel nostro Paese, in particolare, oramai anche a livello istituzionale si discorre di interpretazione che «non si risolve in mero cognitivismo», di «fissazione del possibile significato razionalmente associabile all'enunciato interpretato» e di «contestualizzazione e attualizzazione del precetto legislativo»²⁰⁸. A monte, è divenuta un luogo comune l'odierna insostenibilità del rigore del modello sillogistico²⁰⁹, almeno in quanto descrivente l'effettivo ragionare giuridico a fini interpretativo-decisionali. Ciò non significa, d'altra parte, che sia altrettanto pacifico lo schema del poc'anzi delineato circolo ermeneutico²¹⁰: può dirsi nettamente metabolizzato, piuttosto, il riconoscimento di un certo *deficit* di linearità deduttiva nel processo di (produzione e) applicazione giuridica.

Preso atto dell'incidenza determinante delle operazioni valutative del soggetto giudicante, il sillogismo sussuntivo può nondimeno (continuare ad) assumere rilevanza cardinale sul versante della giustificazione interna della decisione, al fine cioè di constatare la bontà – precisamente in termini di razionalità – delle conclusioni raggiunte a partire da certe premesse soggettivamente poste. Preme, piuttosto, tenere fermo che lo stesso non può funzionare per constatare pure la bontà – la verità, e dunque l'esattezza – di quelle premesse, ossia non può funzionare sul versante della giustificazione esterna della decisione²¹¹.

di), *L'Ermeneutica Giuridica*, cit., p. 114, brani scelti da *Vorverstaendnis und Methodenwahl*, cit., distanziandosi dal modello sillogistico.

²⁰⁸ P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, in *Cortedicassazione.it*, 21 gennaio 2022, p. 161; di questa sensibilità, è un manifesto Cass. civ., sez. lav., 14 marzo 2013, n. 6501, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 888 ss. Pure una parte della dottrina francese, si esprime oggi apertamente in tal senso: è da segnalare, in particolare, il lavoro di S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Court de cassation. Étude de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2019, pp. 207 ss.

²⁰⁹ Tra gli altri, si impegna nella sua decostruzione M. LA TORRE, *op. cit.*, pp. 361 ss.

²¹⁰ Sul patrimonio ermeneutico in rapporto al sistema penale nazionale, si veda G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.; nonché M. RONCO, *Il principio di legalità*, in ID. (diretto da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, I. *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Zanichelli, 2010, pp. 20 ss.

²¹¹ In argomento, deve rinviarsi a J. WROBLEWSKI, *Legal Syllogism*, cit., pp. 38-39; più di recente, v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 263 ss.

Banalmente, il significato e il valore attuale del sillogismo si può dunque cogliere nella scomponibilità della sentenza in una serie di sillogismi tra loro concatenati in modo logicamente coerente e consequenziale. Ciò che del resto rimane sicura parte integrante del giudizio, da parte della Cassazione, sulla motivazione della sentenza impugnata, quando essa è chiamata a pronunciarsi sulla sua contraddittorietà o manifesta illogicità ai sensi dell'art. 606 comma 1 lettera e c.p.p. Naturalmente l'individuazione e la determinazione *ex post* del contenuto delle catene del sillogismo non è operazione intellettualmente e giuridicamente neutra: nemmeno da questo angolo visuale, dunque, si può seriamente guardare al modello sillogistico come strumento di oggettiva verifica di alcunché.

Ebbene, ampiamente riconosciuta l'illusorietà del modello logico-deduttivo puro, bisogna ora soggiungere, qualche formalistica resistenza in più continua invece ad avvertirsi *in criminalibus* con riguardo al ruolo svolto dal formante giurisprudenziale²¹².

È vero: per un verso, risulta oramai abbondante la produzione scientifica di autorevole dottrina volta alla definitiva consacrazione della funzione c.d. creativa o costruttiva²¹³ dell'interpretazione giudiziaria in qualunque settore dell'ordinamento. E

²¹² Teorizza l'esistenza dei formanti giuridici, come si sa, R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 1991, 1, pp. 1 ss. La nozione di formante non coincide con quella di fonte del diritto; in ogni caso, in un dato sistema quello giurisprudenziale è uno dei formanti, il catalogo rimanendo aperto: «we shall not try to compile a list of all the "legal formants" possible in a legal system»: *ivi*, p. 34.

²¹³ Sul concetto di costruzione di giuridica si veda G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Giappichelli, 1965; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.; nonché P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, 1957 (vol. I), 1985 (vol. II); parla di costruzione e ricostruzione della regola, prima attraverso la scomposizione di varie fonti e poi attraverso l'attribuzione di un senso alle stesse, M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 361; parla di ruolo costruttivo del potere giudiziario nella dinamica di produzione del diritto (penale), M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 24. Interessante notare come F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 209, parlasse non di costruzione ma di «ricostruzione del diritto» in rapporto alla dogmatica.

Pur non riconoscendo la creatività della funzione giurisdizionale – perché, valorizzando il connubio tra diritto e società, il primo «non è (nemmeno) creatura del legislatore»: P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione. La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione*, Lectio magistralis presso la Scuola superiore della magistratura, 23 ottobre 2018, in *Cortecostituzionale.it*, § 5 –, non è dissimile la conclusione cui perviene ID., *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, pp. 124 ss., là dove rifiuta l'effettualità del meccanismo sillogistico e conclude che la funzione del giudice si risolve nella «comprensione» del caso di specie mediante l'adattamento ad esso della legge, così «individuando» la disciplina applicabile. (R)invenendo quindi il diritto del caso di specie, reperendolo in una pluralità di fonti (le quali possono darsi stratificate, contraddittorie, diversificate di livello, e comunque mai autosufficienti nel loro significato): pluralità che spesso non conduce *ex se* alla soluzione giuridica chiara e unica. Ciò che rimane, a giudizio di chi scrive, se non creatività della

dunque del necessitato riconoscimento della giurisprudenza quale «co-protagonista della legge» in quanto «fattore con-constitutivo della norma»²¹⁴, se non fonte del diritto²¹⁵.

Ed è pure vero che nella medesima direzione si erano meritoriamente posizionate le sezioni unite penali. In occasione di un arresto oramai noto²¹⁶, difatti, queste avevano espresso il principio per cui il mutamento di giurisprudenza ad opera del massimo collegio integra un «nuovo elemento di diritto», e dunque rende ammissibile la riproposizione in sede esecutiva della richiesta di applicazione dell'indulto

norma, creatività della soluzione. Si tenga comunque conto che l'A. limita queste riflessioni al ruolo del giudice civile, precisando che a proposito del giudice penale dovrebbe parlarsi con maggiore cautela, se non altro per il significato «forte» che assume il principio della riserva di legge in materia.

Sulla creatività interpretativa, ancora, non può prescindersi da E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, 1990 (ed. corretta e ampliata da G. CRIFÒ); N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, 1958, pp. 68 ss.; v. poi M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, pp. 774 ss. Sul ruolo creativo della giurisprudenza in materia penale, si veda G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, cc. 484 ss.; R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 195 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 67 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit.

²¹⁴ V. MANES, *La Cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017, p. 392.

²¹⁵ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., in part. pp. 463 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, 2007; F. ROSELLI, *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Giappichelli, 1999, pp. 268 ss.; per G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, vol. I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, 1998, p. 90, la giurisprudenza in quanto creatrice di diritto è fonte «in senso sostanziale»; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale*, II ed., Zanichelli, 2011, pp. 723 ss., secondo cui la giurisprudenza è una «meta-fonte», in quanto produce norme interpretative di disposizioni precedentemente poste (p. 727): ciò che conduce l'A., peraltro, ad attribuire natura dichiarativa ed efficacia necessariamente retroattiva al precedente proprio in quanto norma di interpretazione (p. 729); per P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi, Laterza*, 2011, p. 39, la giurisprudenza è fonte del diritto in quanto il giudice è «organo della coscienza sociale grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto»; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, pp. 39-40, ritiene «del tutto improprio» negare il ruolo della giurisprudenza come fonte, tanto per la natura creativa dell'atto interpretativo che nell'economia di una riflessione sulla concezione di «stato di diritto»; rinviando all'A. pure per ulteriori riferimenti bibliografici (nt. 31); F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005, p. 202; per M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 99 ss. e ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in A. CADOPPI (a cura di), *op. cit.*, pp. 116-117, può parlarsi di giurisprudenza-fonte, a fini garantistici, quando il giudice innovi il significato precedentemente attribuito alla lettera della legge, e le pronunzie di quel giudice abbiano valore vincolante in senso formale o sostanziale.

²¹⁶ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *C.e.d. Cass.*, n. 246651.

precedentemente rigettata. A tal fine, le sezioni unite avevano parlato, fuori da ogni ambiguità, di «mediazione accertativa della giurisprudenza», nell'ambito di una «relazione concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario»²¹⁷. Senz'altro «deve» cioè «riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità», che contempla «una componente limitatamente... creativa... della interpretazione». La quale, pur «senza varcare la... linea di rottura... col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa²¹⁸ della medesima»²¹⁹.

Una tale dichiarazione era parsa, del resto, non soltanto in linea ma bensì dovuta, alla luce del sistema convenzionale europeo. Si vedano, nella «materia penale» autonomamente qualificata²²⁰, portata e contenuti del principio di legalità *ex art. 7 C.e.d.u.*: il quale, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, contempla l'apporto sinergico tra i formanti legislativo e giurisprudenziale in prospettiva chiaramente antiformalistica e antipositivistica²²¹.

²¹⁷ § 7, *in diritto*.

²¹⁸ In argomento, J. WROBLEWSKI, *Cognizione delle norme e cognizione attraverso le norme*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 413 ss.

²¹⁹ § 8, *in diritto*.

²²⁰ Sul tema, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 25 ss.

²²¹ V., *ex multis*, Corte e.d.u., sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*; Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*. Coinvolgendo tanto la disposizione di legge quanto il formante giurisprudenziale, l'art. 7 C.e.d.u. sancisce tanto in capo al legislatore quanto al giudice l'obbligo di determinare *ex ante* l'an (penale rilevanza di una data condotta) e il *quantum* (conseguenze sanzionatorie derivanti dal porre in essere una condotta penalmente rilevante); speculare a un tale obbligo è il diritto fondamentale dell'individuo di essere reso potenzialmente edotto sulle conseguenze penali delle proprie azioni od omissioni. In argomento, v. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 12 ss., a cui si rinvia per i numerosi riferimenti giurisprudenziali. Qui si riporta solo che il principio del *nullum crimen* europeo – a differenza di quanto discende, alla luce del c.d. diritto vivente, dall'art. 5 del codice penale italiano – copre anche le ipotesi di errore scusabile sulla generica illiceità della condotta, nel senso che per l'agente deve essere prevedibile la specifica rilevanza penale della propria condotta. Ulteriore garanzia è quella della prevedibilità in astratto e in concreto delle sanzioni derivanti dalla commissione del fatto criminoso. Oltre alle macroscopiche violazioni della legalità della pena rinvenute nelle ipotesi di cornice edittale non determinata *tout court* dalla legge (ma determinabile dall'organo che esercita l'azione penale: cfr. C. e.d.u., 22 gennaio 2013, *Camilleri c. Malta*, §§ 33 ss.), la giurisprudenza di Strasburgo è ferma nel censurare interpretazioni sfavorevoli in materia di misure alternative alla detenzione e più in generale di applicazione di benefici penitenziari, in quanto idonee a incidere in concreto sull'entità della pena da scontare: cfr., *ex multis*, C. e.d.u., Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, §§ 137 ss. In ogni caso, per la Corte non si tratta di materia direttamente coperta dal principio di legalità convenzionale. Di recente, analoga prospettiva è stata accolta da C. cost., 12 febbraio 2020, n. 32.

Al netto dunque di quanto precede, per altro verso va rammentato che la suddetta sentenza Beschi²²² ha subito un radicale ridimensionamento con la pronuncia di poco successiva della Corte costituzionale²²³, univoca nell'escludere qualsivoglia parificazione tra disposizione di legge e *regulae iuris* giurisdizionalmente fissate. Non importa, veniva precisato, se le *regulae* in parola sono formulate dalle sezioni unite, e dunque tendenzialmente espressione del diritto vivente al suo massimo grado di consolidamento. Ciò che è valso, nel caso di specie, a negare la frangibilità del giudicato di condanna a seguito di *overruling pro reo*, in occasione del quale si concludeva per la penale irrilevanza di un fatto precedentemente giudicato come criminoso dall'orientamento costante di legittimità.

A parere della Corte «una simile equazione» – tra legge e giurisprudenza – non è configurabile nell'ordinamento nazionale, non vigendo un regime basato sullo *stare decisis* e rivestendo decisiva centralità il principio di separazione dei poteri. Un principio «specificamente riflesso» nella regola della soggezione del giudice solo alla legge, nonché funzionale – in materia penale – alla garanzia di stretta legalità. Così, «al pari della creazione delle norme, e delle norme penali» in particolare, «anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può... dipendere... da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)»²²⁴. All'arresto in discorso si sono peraltro adeguate le successive sezioni unite²²⁵, e ulteriore giurisprudenza costituzionale si è sviluppata in tal senso²²⁶, nel ribadire – sempre con

Tutto ciò evidentemente nell'ottica di una decisa valorizzazione anche nei sistemi di *civil law* della continuità del precedente giudiziario, seppure non in termini inderogabili. Riflette sulla prospettiva del principio di legalità convenzionale configurato come assoluto e inderogabile diritto fondamentale della persona invece che come principio di regolazione «costituzionale» in ordine alla ripartizione del potere normativo penale tra i poteri legislativo e giudiziario, F.C. PALAZZO in F.C. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018, pp. 58-59. Di commento all'art. 7 C.e.d.u., v. il recente contributo di F. MAZZACUVA, sub *art. 7*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022, pp. 299 ss.

Sulla varietà dei criteri invalsi nella giurisprudenza di Strasburgo volti ad accertare se una decisione penale può dirsi ragionevolmente prevedibile al momento del fatto, ora valorizzando una dimensione soggettiva di prevedibilità-colpevolezza, ora una dimensione oggettiva di prevedibilità-tipicità (della disposizione e dell'interpretazione), oltre al già citato contributo di C. SOTIS, “*Ragionevoli prevedibilità*”, cit., nonché alle conclusioni di Cass., sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, cit., si veda D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, 2019, pp. 211 ss.

²²² *Supra*, nt. 216.

²²³ La nota C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

²²⁴ § 11, *in diritto*.

²²⁵ Cfr. Cass., sez. un., 29 ottobre 2015, Mraidi, in *C.e.d. Cass.*, n. 266872.

²²⁶ Cfr. C. cost., 27 febbraio 2019, n. 25.

riferimento al *revirement* che smentisce consolidati precedenti giudiziari condannatori – la sicura non riconducibilità dell’orientamento giurisprudenziale sopravvenuto allo *ius superveniens*²²⁷. «Il principio di legalità in materia penale... vuole che sia» solo «la legge a prevedere che il fatto commesso sia punito come reato»²²⁸, e il giudice svolge un ruolo sostanzialmente «dichiarativo»²²⁹ in quanto non fa che applicare uno dei significati preesistenti nella *littera legis*²³⁰.

È appena il caso di osservare che, al di là del piano declamatorio – e di dispute che sul piano teorico non paiono risolvibili una volta per tutte –, escludere l’equiparazione tra legge e giurisprudenza ai fini dell’art. 2 commi 2 e 3 c.p. nella parte in cui contemplano il venire meno del giudicato, appare un risultato interpretativo di per sé condivisibile. Il mutamento giurisprudenziale, infatti, non risulta assistito dalle ideali garanzie proprie del formante legale: seppure in relazione al principio di retroattività *in melius*, rimane decisiva in questo frangente la *ratio* della riserva di legge²³¹, ragionevolmente valorizzata anche ai fini dell’(in)operatività dell’effetto demolitorio in discorso.

Deve invece dissentirsi riguardo alla supposta natura dell’interpretazione giudiziaria, propugnata dalle sentenze poc’anzi citate. Almeno nel senso che non può concludersi per il ruolo dichiarativo (e non creativo) della giurisprudenza sol perché una delle possibili interpretazioni prescelte è più o meno saldamente ricollegabile alla lettera della legge. Questo infatti può voler dire sfruttare l’etichetta dichiarativistica finendo per frustrare l’affidamento individuale mediante l’avallo ovvero l’inaugurazione di interpretazioni innovative, e quindi condannare – come è avvenuto e avviene – sulla base di una norma sostanzialmente imprevedibile. Ogni interpretazione deve infatti essere riconducibile al testo oggetto di applicazione, ossia giustificabile alla luce di

²²⁷ § 12, *in diritto*.

²²⁸ § 9, *in diritto*.

²²⁹ § 5, *in diritto*.

²³⁰ Il valore prettamente dichiarativo dell’interpretazione giudiziaria, al punto da discorrere di «disvela(mento) del) significato corretto, pur sempre insito nella stessa» *littera* «in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale» continua a essere affermato in termini così netti dal massimo collegio civile: cfr. Cass. civ., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *C.e.d. Cass.*, n. 652852 (§ 11.6., *in diritto*), e da ultimo Cass. civ., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> (§§ 4.3. ss., *in diritto*). Solo le sezioni unite civili, nondimeno, hanno proposto una disciplina in via sistematica della gestione degli effetti intertemporali delle pronunzie giurisdizionali in materia processuale – contemplando l’operatività del c.d. *prospective overruling* – nella misura in cui conseguano a mutamenti interpretativi sfavorevoli per una delle parti frustrando il relativo affidamento: cfr., di recente, Cass. civ., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. In argomento, antecedentemente all’arresto da ultimo menzionato, si può rinviare a M. CONDORELLI-L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 112 ss.

²³¹ *Supra*, nt. 66.

quest'ultimo: potrebbe accadere, certo, che si avanzino e si consolidino letture extravaganti, ma si tratterebbe per l'appunto di una patologia, a gestire la quale dovrebbe intervenire la Corte costituzionale mediante una sentenza c.d. interpretativa di accoglimento o di rigetto.

Altro discorso afferisce, dunque, al limite che incontra il lettore-applicatore del testo nell'esercizio della sua discrezionalità interpretativa; e, su di un diverso ma correlato piano, alla negazione della prevedibilità quale parametro di legittimazione della norma²³² penale.

Da un lato è infatti bene esplicitare l'ovvio, ossia che contemporanea prospettabilità di molteplici soluzioni interpretative non equivale a necessaria sostenibilità giuridica di tutte quelle soluzioni, e quindi che non può valere qualunque soluzione concretamente proposta. Si sta in effetti maturando la consapevolezza e l'esigenza di una adeguata legalità dell'interpretazione²³³; e una dottrina sostanzialista ha di fatto iniziato a occuparsi di questo, nel tentativo di tradurre il principio in regole operative specifiche²³⁴. Resta scontato, a tale ultimo riguardo, come vedere e disciplinare sempre più linearmente l'esercizio interpretativo aumenti anche il margine di prevedibilità della futura interpretazione, a prescindere dai precedenti in materia.

Dall'altro lato è doveroso evitare qualche abbaglio che, in relazione al nostro sistema penale costituzionale, l'abbracciare integralmente il canone della prevedibilità operante nel sistema europeo comporta. Senz'altro, cioè, la prospettiva della Corte di Strasburgo è stata ed è illuminante nella misura in cui valuta il rispetto delle garanzie penali esaltando particolarmente la dimensione dell'interpretazione come prodotto, non limitandosi alla verifica di una base legale scritta su cui poter legittimamente fondare una condanna. Questo ha spinto e spinge la coscienza deontologica verso la problematizzazione delle dinamiche operative, e potenzialmente verso la globalizzazione dei rimedi. Nondimeno, la stessa prospettiva si fa eccessivamente ambigua nella misura in cui il rispetto delle garanzie non solo va oltre alla lettera del testo scritto, ma arriva a prescindere da quest'ultimo; così in realtà si perde l'attenzione per i caratteri qualitativi della fattispecie per come è formulata, che proprio nell'ottica della tutela individuale – da noi – dovrebbero rimanere la prima garanzia avverso l'arbitrio giudiziario. Di talché, a

²³² F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 945 ss.

²³³ In argomento, G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sist. pen.*, 29 giugno 2022, pp. 15 ss.

²³⁴ Si veda M. SESTIERI, *'Inquinamenti' della tipicità nei reati ambientali. L'esempio dell'abusività nel traffico illecito di rifiuti e nei nuovi "ecodelitti"*, Tesi dottorale, in *Iris.luiss.it*, 2020, pp. 66 ss.

scapito del differente orientamento della Corte e.d.u. sul punto²³⁵, pure una interpretazione massimamente consolidata – e dunque assai prevedibile – non può supplire a un eccessivo *deficit* di precisione o determinatezza²³⁶ della disposizione incriminatrice, come ha avuto modo di chiarire il Giudice delle leggi con l’opportuna nettezza²³⁷. In casi siffatti, per vero, nonostante l’apparente sufficienza del principio europeo di giuridicità²³⁸ (*nullum crimen sine iure*²³⁹), una base normativa nell’accezione costituzionale del termine non può seriamente riconoscersi²⁴⁰.

I piani di cui si è appena detto – fin dove può spingersi l’interprete e fin dove può spingersi il canone della prevedibilità – sono correlati perché, va da sé, giammai la prevedibilità può essere prevedibilità in quanto tale. È opportuno, sì, concepire una nuova legalità²⁴¹ nazionale che pienamente contempi e ordini la dimensione effettuale del diritto penale, ché il futuro giuridico appaia scenario quanto più prevedibile possibile, nella fisiologica incertezza degli elementi di calcolo considerati. E in questi termini è condivisibile concludere che quello della legalità non può essere inteso alla stregua di un principio immutabile²⁴²; nondimeno, esso deve restare irrinunciabile²⁴³ nel suo nucleo

²³⁵ Cfr. C. e.d.u., 24 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, §§ 51 ss., in cui si riconosceva base legale a un reato non precisamente previsto dalla legge, ma in relazione al quale si era formata una interpretazione pacifica; l’indirizzo è stato ribadito dalla Grande camera, in sede di parere consultivo del 29 maggio 2020, §§ 57 ss., reso ai sensi del protocollo n. 16 della Convenzione.

²³⁶ Quando un tale *deficit* sia eccessivo, d’altronde, non è cosa che può stabilirsi una volta per tutte. Si è ritenuta superabile la vaghezza semantica del precetto, ad esempio, in C. cost., 3 marzo 1972, n. 42; C. cost., 20 dicembre 2019, n. 278; C. cost., 7 giugno 2019, n. 141; C. cost., 18 gennaio 1989, n. 11; C. cost., 11 giugno 2014, n. 172; C. cost., 30 gennaio 1974, n. 20.

²³⁷ Cfr. C. cost., 30 luglio 2008, n. 327; C. cost., 31 maggio 2018, n. 115.

Al di fuori della materia penale, invece, una interpretazione giudiziaria adeguatamente «tassativizzante» è stata ritenuta idonea a rendere compatibile la disposizione di cui all’art. 1 comma 1 lettera *b* d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 con il principio di prevedibilità della decisione, affermato dalla giurisprudenza convenzionale in materia di restrizioni alla libertà di circolazione ex art. 2 protocollo 4 C.e.d.u.: cfr. C. e.d.u., 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. D’altro canto, lo stesso non può dirsi in relazione all’art. 1 comma 1 lettera *a* d. lgs. cit.: cfr. C. cost., 27 febbraio 2019, n. 24.

²³⁸ P. GROSSI, *Sull’odierna ‘incertezza’ del diritto*, in ID. (a cura di), *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, p. 87.

²³⁹ S. RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1541 ss.

²⁴⁰ In tal senso, di recente, F. PALAZZO, *Considerazioni minime*, p. 945.

²⁴¹ M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità*, cit.

²⁴² R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova University Press, 2013, p. 22.

²⁴³ R. BORSARI, *Diritto penale, creatività*, cit., p. 22.

tradizionale, ossia in relazione alla centralità che il formante legale – il dato legislativo – deve continuare ad assolvere.

3.3. *La prevedibilità come scelta di valore.*

La dimensione paradigmatica²⁴⁴ della prevedibilità si rinviene dunque in ciò, che la stessa può essere intesa alla stregua di un modello esplicativo fondante della realtà giuridica calcolabile, presupponendo una determinata visione – di taglio prevalentemente descrittivo – della dimensione giuridica penale, nella misura in cui muove dalla constatazione dei fenomeni sul piano effettuale.

Circa le sue componenti, il diritto non è infatti solo la legge/la fonte extrastatale scritta, e specificamente il precetto penale è coformato dalla giurisprudenza e dalla società. Quanto alle relative meccaniche di funzionamento, non è dato separare nettamente e definitivamente momento produttivo-parlamentare del diritto e momento applicativo-giudiziario. Tra gli elementi di calcolo da considerare oltre al dato legislativo, vi è quantomeno anche quello interpretativo e quello sociale. Le possibilità di calcolo, conseguentemente, non sono massime, essendo parzialmente incerti i dati a disposizione. Il risultato del calcolo, in definitiva, coincide con futuro giuridico che non esprime una necessità, ma una possibilità.

Negata qualsivoglia innocenza metodologica²⁴⁵, nell'affermazione di questa o quella soluzione, consegue tra l'altro una drastica responsabilizzazione²⁴⁶ della figura dell'interprete in generale e del giudice in particolare. È un punto naturalmente connesso all'inevitabilità del ricorso alla scelta di valore e sul quale si tornerà: anticipiamo ora solo l'adesione al pensiero di coloro che rinvergono nel ruolo di quest'ultimo un mediatore²⁴⁷ tra le esigenze di stabilità sistematica e «l'elaborazione e il riconoscimento, giusto in senso attuale, di nuovi orizzonti di aspettative»²⁴⁸. Ciò che determina l'avvicinarsi in un modo piuttosto che in un altro al testo oggetto d'interrogazione, e vuol dire farsi pienamente carico del problema dell'applicazione del diritto: è difatti condivisibile concludere che rifiutare questo – o non esserne consapevoli – implica uno «snaturamento strumentale della giustizia» perché finisce per polarizzare il *quomodo* del giudizio. Esso culminerà nell'applicazione di un «diritto strettamente dogmatizzato» ovvero

²⁴⁴ V. *supra*, § 1.2.

²⁴⁵ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 124.

²⁴⁶ Di recente, l'ha espresso F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 17 ss.

²⁴⁷ A partire dalla c.d. scuola sociologica del Pound: v. *supra*, nt. 179.

²⁴⁸ J. ESSER, *Le condizioni di applicazione del diritto*, cit., p. 115.

«completamente ideologizzato»²⁴⁹. Nel primo caso impermeabile all'ambiente in cui è addentro e per cui esiste, nel secondo caso sostanzialmente incontrollato da un parametro diverso rispetto a quello ideologico e politico attuale. In entrambi i casi, privo di quella capacità sintetizzatrice degli interessi in gioco che dovrebbe essergli propria.

Ebbene, fuori della dimensione paradigmatica, e conseguentemente al discorso intorno alla responsabilizzazione dell'interprete, bisogna osservare come la prevedibilità possa anche costituire il risultato di una scelta di valore.

È ad esempio quanto si vede nel diritto processuale penale – e anche civile –, là dove si apre al mutamento interpretativo, ossia al mutamento delle «regole del gioco» («a partita già iniziata»²⁵⁰), solo in presenza di «ottime ragioni»; mentre ragioni solo «buone», ai fini del *revirement*, sono sufficienti in ambito sostanziale²⁵¹. Qui evidentemente si muove dalla decisione di attribuire alle istanze di stabilità e uniformità processuale un rilievo maggiore rispetto alla *consistency* sostanziale, potendo venire in discussione la stessa materia del contendere ovvero l'opportunità dell'intera strategia processuale, e dunque i diritti fondamentali²⁵². È una premessa diametralmente opposta a quella che

²⁴⁹ J. ESSER, *Le condizioni di applicazione del diritto*, cit., p. 116.

²⁵⁰ Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 3050 ss., con nota di V. TRIPALDI.

²⁵¹ Cass. civ., sez. un., ord. 6 novembre 2014, in *C.e.d. Cass.*, n. 632844 (§ 1, *in diritto*), che hanno esteso la portata del principio anche all'ambito penale. Solo in ambito civile, peraltro, la Cassazione si è cimentata nel regolare gli effetti intertemporali di sentenze che finiscano per tradire l'affidamento processuale di una o entrambe le parti: v. *supra*, nt. 230. L'indirizzo, in seno all'articolazione civile della Corte, risale a Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1072 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*.

²⁵² All'interno del sistema convenzionale europeo, come si sa, la normativa processuale non è inclusa nell'ambito di operatività dell'art. 7 C.e.d.u. Nondimeno, secondo la giurisprudenza di Strasburgo la prevedibilità processuale è un principio che a certe condizioni va salvaguardato: cfr. E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, pp. 21 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali d'interesse.

Sintetizzando, la materia non penale – e quindi anche quella processuale, malgrado la Corte e.d.u. riconduca all'art. 7 C.e.d.u. istituti che nella nostra prospettiva nazionale hanno natura pacificamente sostanziale – deve essere disciplinata da una normativa prevedibile nella sua interpretazione ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u. Senza contare che lo stesso principio vale per ogni tipo di limitazione di diritti fondamentali, del pari potendo finire per richiedere indirettamente la garanzia di una certa prevedibilità processuale. Si veda, per esempio, la giurisprudenza convenzionale consolidatasi a proposito del diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 C.e.d.u. L'affermare che la normativa nazionale disciplinante le limitazioni al diritto in parola deve essere chiara, accessibile, e quindi prevedibile – anche nell'interpretazione, ovviamente: cfr. C. e.d.u., 9 luglio 2019, *Altay c. Turchia* (2), § 57, là dove ha ritenuto imprevedibile una interpretazione estensiva della disposizione limitativa – equivale a pretendere prevedibile l'interpretazione degli artt. 266 ss. c.p.p. in materia d'intercettazioni.

informa la differenziazione tra legge scritta sostanziale (irretroattività *in pejus* e retroattività *in melius*) e processuale (*tempus regit actum*, salvo diversa previsione di legge²⁵³), generante tra l'altro una contraddizione non condivisibile ad avviso di chi scrive, non vedendo come possa riconoscersi alla parte un *surplus* sistematico di tutela in caso di *overruling* sfavorevole rispetto all'evenienza della modifica legislativa. Ma che rimane per l'appunto una scelta di valore, e come tale deve essere casomai presa in discussione.

Del pari, alcuni orientamenti interpretativi in campo sostanziale si sono esplicitamente o implicitamente sviluppati perseguendo istanze di linearità e prevedibilità applicativa, a scapito di ulteriori soluzioni ritenute più eque o maggiormente conformi all'essenza dell'infrazione, per dirla nel linguaggio di Strasburgo. Tra i molti esempi può essere ricordata la questione di quale criterio adoperare per stabilire se una nuova legge penale abbia comportato un'*abolitio criminis* ovvero una successione modificativa. La quale è stata risolta – almeno sul piano declamatorio – nel senso che rimane decisivo il confronto strutturale tra gli elementi costitutivi delle fattispecie criminose per come si presentano antecedentemente e successivamente all'intervento riformatore²⁵⁴. Qui, negando l'applicabilità di ulteriori criteri come quello della c.d. continuità normativa ovvero quello del c.d. fatto concreto, è avvenuto un posizionamento preciso: meglio adottare un criterio meno “giusto”, ma più “certo”, che il contrario. Ciò è cosa diversa – lo rileviamo solo incidentalmente – dal promuovere un'efficacia particolarmente persuasiva o eventualmente precettiva del precedente giudiziario per i casi a venire:

²⁵³ Di recente, Cass., sez. V, 25 giugno 2021, n. 39497, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>, ha incidentalmente confermato l'indirizzo per cui il principio del *tempus regit actum* si applica soltanto per la successione delle leggi processuali e non anche ai mutamenti d'interpretazione giurisprudenziali di queste ultime; sicché, qualora in sede di legittimità si succedano interpretazioni difformi di disposizioni processuali, il provvedimento assunto nell'osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso deve considerarsi illegittimo (§ 2.2, *in diritto*).

In questi termini, sembrerebbe dunque che la svolta interpretativa operi sempre *ex tunc* – a partire cioè dall'avvio del procedimento – malgrado gli effetti che potrebbe comportare. A mitigare la portata del principio si sta condivisibilmente affermando un orientamento, finalmente anche in seno alla Cassazione penale, per cui il mutamento imprevedibile non può essere fatto ricadere (non possono cioè operare preclusioni o decadenze di sorta) sulla parte che incolpevolmente aveva fatto affidamento sull'interpretazione ora superata. A tal fine, vengono recepite le conclusioni delle sezioni unite civili, sulle quali v. *supra*, nt. 230: cfr. Cass., sez. III, 27 novembre 2020, n. 1731, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> (§§ 4 ss., *in diritto*). Ad oggi comunque nessun *overruling* è stato giudicato concretamente imprevedibile. In argomento, anche per la casistica giurisprudenziale d'interesse, v. R. APRATI, *Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni*, in *Giust. ins.*, 2 giugno 2022, § 2, nt. 11.

²⁵⁴ Da ultimo, tra le pronunzie del massimo collegio in questo senso, v. Cass., sez. un., 24 ottobre 2010, n. 12228, Maldera, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 1° maggio 2014, (§§ 9 ss., *in diritto*).

l'efficacia del precedente potrebbe infatti essere promossa a prescindere dal suo contenuto. Si tratta piuttosto di optare per quella soluzione interpretativa che implichi un futuro momento applicativo piano, ossia ripetibile – in tal senso prevedibile –, in qualche misura automatico ai fini del contenimento della molteplicità degli esiti processuali²⁵⁵. Anche a tal proposito la scelta – quale valore far prevalere – può rimanere più o meno condivisibile; ancor più dovrebbe premere, nondimeno, l'impostazione del confronto argomentativo a partire dal riconoscimento che di contrapposte scelte di valore si tratta.

²⁵⁵ Discorso ancora diverso concerne il pacifico e spesso implicito riconoscimento del valore della prevedibilità in termini di coerenza istituzionale da parte dell'organo deputato a decidere. Non è difatti una novità la tendenza – della Cassazione civile più che di quella penale – a emettere sentenze sostanzialmente difformi rispetto all'orientamento consolidato dichiarando al contempo l'aderenza a quest'ultimo, evitando così di determinare apertamente un contrasto e restituendo una immagine di apparente continuità. Lo stesso fenomeno è registrato, nell'ambito di una pluralità di pronunzie della Corte e.d.u., da A. BOLDRIN, *La corte di Strasburgo e l'utilizzo del «precedente» in materia di equità processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 937.

SEZIONE II

4. *La predicibilità come nuovo paradigma prescrittivo.*

4.1. *Intelligenza artificiale calcolante, tra deduzione e induzione.*

Le antiformalistiche consapevolezze in ordine alla realtà giuridica in cui siamo addentro per taluni provocano sgomento, nella misura in cui non è la tensione a gestire l'esercizio della soggettività a prevalere, quanto la rassegnazione a un soggettivismo praticamente incontrollabile della decisione²⁵⁶. Così, dinanzi alle grandiosità della c.d. intelligenza artificiale²⁵⁷ (d'ora in avanti, «i.a.») alcune tendenze formalistiche si stanno riproponendo, seppure in una veste rinnovata e per vero in modo sostanzialmente non coincidente. Ne consegue, come si vedrà, l'affermazione di un nuovo *standard* di certezza, ossia quello della certezza computazionale. Forti di quanto anticipato più sopra²⁵⁸, e al netto di quanto si proporrà più oltre²⁵⁹, impostiamo dunque a partire da questa premessa la riflessione sul rapporto tra sistemi d'i.a. e futura decisione penale.

Anzitutto parlare d'i.a. significa introdurre nel discorso sulla calcolabilità giuridica un soggetto²⁶⁰ diverso dall'individuo umano calcolante – direttamente interessato all'applicabilità della legge ovvero consulente legale –, a cui finora avevamo guardato

²⁵⁶ È la denuncia dell'«incontrollabile soggettivismo della decisione» di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 8.

²⁵⁷ La definizione di i.a. è controversa, anche perché è controversa la definizione di intelligenza in generale. Di recente, l'art. 3 § 1 n. 1 del «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione», approvato lo scorso 13 marzo 2024, la definisce come: «un *software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I..., che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono». V. anche la definizione della «Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi», adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia il 3-4 dicembre 2018, consultabile in <https://rm.coe.int/>, p. 47. In dottrina, v., per tutti, S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 605-606; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 2020, 1, pp. 415 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2023, pp. 2-4.

²⁵⁸ § 2.1.

²⁵⁹ § 5.2.

²⁶⁰ Con questo non s'intende necessariamente affermare la soggettività giuridica della macchina. È aperta la discussione al riguardo: cfr. U. RUFFOLO, *La "personalità elettronica"*, in ID. (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, pp. 213 ss.

come protagonista assoluto della scena. A compiere l'operazione di calcolo è infatti la macchina.

È necessariamente la macchina a compiere questa operazione, del resto, in quanto oggi parlare di calcolabilità vuol dire parlare anche di un tipo di calcolo differente rispetto a quello cui ci siamo finora riferiti. Nessun uomo potrebbe elaborare nell'arco di alcuni secondi – approssimando per eccesso –, la quantità di informazioni (testi normativi, motivazioni di sentenze, dati di contesto genericamente intesi) che l'i.a. è in grado di elaborare, per di più producendo un *output* (es. probabile segno e contenuto della decisione giudiziaria futura, con eventuale indicazione degli argomenti aventi maggiori *chances* di successo) tendenzialmente affidabile e piuttosto accurato. Proprio in relazione a un simile *output*, peraltro, può essere intesa la locuzione “giustizia predittiva” ai fini del presente lavoro.

A ben vedere, poi, i risalenti auspici del Leibniz sull'affermazione universale della logica combinatoria per sciogliere qualsivoglia questione di diritto, e il conseguente avvicinamento alla scienza giuridica *more mathematico* o *more geometrico*²⁶¹, riducendo il diritto a un procedimento di calcolo in senso proprio²⁶², riflettevano una prospettiva pur sempre antropocentrica. Quel “*calculemus!*” coinvolgeva direttamente l'umana individualità. In questi termini, dunque, la tendenza del passato differisce radicalmente da quella contemporanea.

E ancora con l'avvento della c.d. giurimetria il protagonismo umano è teoricamente contemplato. La disciplina in parola, così denominata da Lee Loevinger alla metà del secolo scorso nel contesto statunitense²⁶³, mira infatti all'integrazione delle c.d. scienze esatte – la matematica e la logica²⁶⁴ – con l'inesatta scienza giuridica senza fare necessariamente ricorso ai sistemi computazionali automatici. «*Jurimetrics*» di per sé «è l'investigazione scientifica di un problema giuridico»²⁶⁵. La centrale sollecitazione suona “*from speculation to investigation*”²⁶⁶; per quanto, pure questo approccio abbia i suoi

²⁶¹ Un approccio che comunque ha i suoi precedenti, come si è detto a tempo debito: v. ancora *supra*, nt. 85.

²⁶² B. PIERI, *Lo ius commune*, cit., p. 39.

²⁶³ L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minn. L. Rev.*, 1949, pp. 455 ss., poi in *Jurimetrics Journ.*, 1971, pp. 3 ss. Oltreoceano, la diffusione della, e le aspettative riposte nella giurimetria sono testimoniate anche dalla fondazione di due riviste specializzate: fin dal 1959, il *Jurimetrics Journal* appena citato e dal 2004 il *Journal of Empirical Legal Studies*.

²⁶⁴ Ma sulla matematica nella logica, in un altro senso, v. F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, cit., pp. 203-204.

²⁶⁵ L. LOEVINGER, *Jurimetrics*, cit., p. 31, trad. nostra.

²⁶⁶ L. LOEVINGER, *Jurimetrics*, cit., p. 21.

precedenti²⁶⁷. La convinzione fondamentale è che (anche) il campo del diritto sia un sistema matematicamente misurabile, e quindi oggettivamente verificabile; salvo poi chiedersi come il diritto – anzitutto la sentenza, esplicitamente avvertendo l’influenza giusrealistica d’oltreoceano²⁶⁸ – possa essere misurato e dunque verificato. Più avanti si è proposta l’applicazione dei criteri di logica simbolica – traduzione contratta della logica formale – per la soluzione delle questioni giuridiche, e dunque anche al fine di verificare la correttezza contenutistica dell’atto decisionale giudiziario²⁶⁹; unitamente alla progettazione di modelli atti ad anticipare probabilisticamente il segno della decisione futura.

Già quando scorriamo di informatica giuridica²⁷⁰, invece, non è più dato prescindere dall’uso dell’elaboratore – cioè di una entità calcolante altra dall’uomo –, trattandosi di rappresentazione, organizzazione e trattamento automatizzato di informazioni. Le prime forme di digitalizzazione delle fonti del diritto hanno luogo nella seconda metà degli anni Cinquanta negli Stati Uniti e nella seconda metà degli anni Sessanta in Europa²⁷¹; il Centro Elettronico di Documentazione della Cassazione, in Italia, nasce nel 1964²⁷².

Con il trascorrere dei decenni, proporzionalmente alle capacità computazionali dei sistemi automatizzati, aumentate a ritmo esponenziale e di fatto tendenti all’infinito, sono sorte le ben note inquietudini su di una eventuale sostituzione della persona in favore di quei sistemi, *in primis* in sede decisionale. Il che, in relazione all’ambito giudiziario, ha generato una risposta europea comune tesa a rilanciare una visione fortemente impostata in termini di *human in command strategy*; nonché di preclusione alla progettazione e alla

²⁶⁷ J.W. BINGHAM, *What is the Law?*, in *Mich. L. Rev.*, 1912, 11, p. 9, per esempio, veniva a concludere che tramite sistematici «*observation, report, inductive and deductive reasoning and the other methods of scientific investigation*» il segno delle future decisioni poteva essere anticipato. V. altresì W. JAMES, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longmans, 1910, pp. 33 ss.; J. DEWEY, *The Influence of Darwin on Philosophy*, in ID., *The Middle Works*, 1899-1924, Southern Illinois University Press, 1976-83, IV, pp. 13 ss.

²⁶⁸ Nel senso della tendenziale coincidenza tra diritto e decisione giudiziaria; per il resto, la parte più radicale del giusrealismo negava l’utilità della giurimetria, soprattutto in relazione alle asserite potenzialità predittive: secondo J. FRANK, *Law and Modern Mind*, cit., pp. 399 ss., per esempio, la variabile emotiva o istintuale del giudice e della giuria impediva di operare sistematicamente anticipazioni accurate delle future decisioni. L’affermazione, come vedremo, è stata smentita con l’avanzare del progresso tecnologico a ritmo esponenziale.

²⁶⁹ H. BAADE, *Jurimetrics*, Basic Books, 1963, p. 1.

²⁷⁰ Sulle cui tappe storiche v. G. SARTOR, *L’informatica giuridica*, cit., pp. 25 ss.

²⁷¹ Sul tema, anzitutto v. M. LOSANO, *Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Einaudi, 1969; nonché V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Edizioni di Comunità, 1968.

²⁷² In argomento, R. BORRUSO, voce *Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione*, in *Enc. dir.*, II agg., 1997.

commercializzazione di dispositivi rispondenti a determinate finalità ovvero operanti in base a determinate meccaniche di funzionamento²⁷³. Come avremo modo d'intendere, l'idea di controllo umano che va promuovendosi non inficia quanto detto sopra circa il chi compie l'operazione di calcolo giuridico, il quale alla sola macchina rimane affidato.

Un tale calcolo avviene sulla base di algoritmi digitali. Si può affermare che un algoritmo (digitale) consiste in una sequenza codificata (ossia resa in linguaggio di programmazione, e non in linguaggio naturale) di istruzioni, finite ed esplicitate, dirette a trasformare i dati di *input* nel tipo di *output* prefissato²⁷⁴. Fermo restando che con l'avvento del c.d. *machine learning* la fonte di provenienza della sequenza di elaborazione non è solo umana; a partire cioè solo dai dati e dalla tipologia di risultato richiesto, è anche lo stesso sistema intelligente a creare l'algoritmo adatto a passare dall'*input* all'*output*: «gli algoritmi di apprendimento, o *learner*», quindi, «sono algoritmi che creano altri algoritmi»²⁷⁵.

Dai risultati, e le prospettive, degli studi condotti nell'ambito d'interesse, nonché dal funzionamento dei *tools* d'i.a. in commercio o in via sperimentazione – che per vero ad oggi si arrestano alla concretizzazione di piccola parte di quanto teorizzato o progettato²⁷⁶ –, emerge che le istruzioni costituenti gli algoritmi indicano come procedere,

²⁷³ Tra i documenti di maggiore rilievo, sui quali più oltre necessariamente si tornerà, si veda la *Carta etica*, cit., sulla quale deve rinviarsi al contributo di S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Leg. pen.*, 18 dicembre 2018; nonché il «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione», approvato lo scorso 13 marzo 2024.

²⁷⁴ È la definizione che si avvicina a quella accolta dal comitato di esperti del Consiglio d'Europa, la quale si rinviene nel Council of Europe study DGI(2017)12, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, 2017, e che si rifà a quella di T. GILLESPIE, *The Relevance of Algorithms*, in T. GILLESPIE-P.J. BOCZKOWSKI-K.A. FOOT (a cura di), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, MIT Press, 2014, pp. 167 ss. Sfumature concettuali diverse si colgono, per esempio, in A. JEAN, *De l'autre côté de la machine. Voyage d'une scientifique au pays des algorithmes*, 2019, trad. it. di E. DAL PRA, *Nel paese degli algoritmi*, Neri Pozza, 2021, pp. 35 ss.; e in L. LAURA, *Breve storia degli algoritmi*, Luiss University Press, 2019, pp. 13 ss.

²⁷⁵ P. DOMINGOS, *The Master Algorithm. How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, 2015, trad. it. di A. MIGLIORI, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, 2016, p. 28.

²⁷⁶ Tra le varie, sia *Context* (Stati Uniti), che *Predictice* (Francia), che la recente sezione «Giurimetria» all'interno di *OneLegale* (Italia) sostanzialmente offrono una ricerca – approfondita, puntuale e variegata: v. soprattutto l'esperienza nordamericana – per parole o concetti chiave, e hanno tutte a che fare esclusivamente con le decisioni già emesse. Si tratta di sistemi basici, per dir così, di «*outcome identification*», sulla cui nozione cfr. la proposta di M. MEDVEDEVA-M. WIELING-M. VOLS, *Rethinking the field of automatic prediction of court decisions*, in *Artif. Int. and L.*, 2022, pp. 1 ss.

da parte di un sistema automatizzato, per elaborare attraverso il *natural language processing* quelli che nel corso del lavoro abbiamo definito elementi di calcolo (*input*) al fine di giungere a formulare una ipotesi sul come un determinato fatto verrà giuridicamente valutato all'esito del processo (*output*).

Ebbene, in via generalissima la macchina può procedere deduttivamente o induttivamente.

Procede deduttivamente quando a partire da determinate premesse giunge a determinate conclusioni. Questo avviene formalizzando in termini logico-matematici i dati di *input* costituiti da testi di legge²⁷⁷ e/o precedenti giudiziari²⁷⁸, nonché fattispecie concrete, precisamente quelle ricavabili dai precedenti; e predisponendo un motore inferenziale idoneo a condurre a un *output* necessario, ossia la qualificazione giuridica della vicenda fattuale controversa.

Come si comprende, la programmazione di sistemi deduttivi è apparentemente facilitata all'interno di un ordinamento in cui predomina il formante legale, in quanto le regole di funzionamento del *software* sarebbero in gran parte predefinite dalle regole giuridiche scritte²⁷⁹. Il punto – a voler tacere sull'inefficacia predittiva di un sistema siffatto (le decisioni non vengono prese solo sulla base del testo di legge) – sarebbe allora trovare l'esatto equivalente della regola giuridica in codice informatico. Di più: secondo uno dei massimi esperti di *computer science* le leggi dovrebbero a monte essere espresse in modo simile, «se non identico», al linguaggio formale di programmazione, chiaramente auspicando una affermazione sistematica del c.d. *robojudging*²⁸⁰. Più verosimile, ma di certo non privo di criticità, è l'auspicio recentemente formulato a rifondare il linguaggio legislativo in termini più semplici, cioè precisamente conformi a determinate «metriche di leggibilità», sì che l'algoritmo possa operare sulla base di dati

In generale, a livello applicativo in Europa l'implementazione di sistemi basati sull'i.a., soprattutto per la gestione dei casi, è appena agli inizi: cfr. *funditus*, alla luce dei dati recenti, M.G. CIVININI, *Nuove tecnologie e giustizia*, in *Quest. giust.*, 19 dicembre 2023, p. 3, nt. 3; nonché *ivi*, pp. 9-10, e nt. 20-21; in nt. 23, un quadro dei mezzi informativi per l'aggiornamento sui sistemi d'i.a. attualmente in uso.

²⁷⁷ Si vedano le attività sperimentali condotte da L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I, II ed., Diritto Avanzato, 2018.

²⁷⁸ In questa direzione, L.K. BRANTING, *A computational model of ratio decidendi*, in *Artif. Int. and L.*, 1993, 2, pp. 1 ss.

²⁷⁹ M. SCHAUSS, *Systèmes experts et droit*, in *Inf. e dir.*, 1987, 09-12, p. 94, in tal senso parla di una originaria «formalizzazione a priori» del sistema normativo.

²⁸⁰ J. KAPLAN, *Artificial Intelligence*, cit., p. 140, il quale però immagina esempi di applicazione normativa privi di margini di discrezionalità (pp. 140-142): verificare il corretto compilamento della dichiarazione dei redditi, ordinare a un autoveicolo a guida autonoma di non superare il limite di velocità mediante il comando di legge espresso nel linguaggio di programmazione, etc.

di *input* univoci²⁸¹. Fermo restando che una formalizzazione informatica totale – ossia la totale strutturazione di un problema, come si usa dire – non si ritiene tecnicamente possibile²⁸².

Epperò, le ambiguità semantiche e sintattiche²⁸³ – fisiologiche (quando intenzionali e costituzionalmente legittime) o patologiche (quando frutto di bassa qualità della formulazione testuale o comunque costituzionalmente illegittime) che siano – caratterizzanti la *lex scripta* non paiono per vero conciliabili con una sistematica formalizzazione informatica dei testi. O meglio, le suddette ambiguità risultano conciliabili solo a patto di fissare autoritativamente gli unici significati che i testi debbano detenere. A questo impedimento, a nostro avviso non superabile, si aggiungerebbero quelli derivanti dall'esigenza di gestire automaticamente e regolarmente il fenomeno delle successioni di leggi nel tempo, considerato pure che non ci si potrebbe limitare alle fonti nazionali²⁸⁴. E che sarebbe necessario, altresì, riconoscere le ipotesi di abrogazione tacita, nonché tutte le altre interazioni rilevanti tra i formanti dell'ordinamento. Interazioni che accadono, si susseguono nel tempo e nel tempo possono contraddirsi: si dovrebbe per esempio saper cogliere il rapporto tra una modifica normativa e una regola di diritto antecedentemente elaborata *in foro*²⁸⁵, la quale per ipotesi potrebbe venire meno, ma solo parzialmente oppure solo in relazione ai procedimenti iscritti dopo l'entrata in vigore della legge.

Sia come sia, all'origine della giustizia predittiva fino agli anni Ottanta del secolo scorso i sistemi operanti in base a modelli deduttivi erano gli unici a essere impiegati. Predominavano cioè i c.d. sistemi esperti, ossia quelli basati sulla conoscenza, e in particolare quelli basati sulle regole: *rule-based reasoning*, o *rule-based systems*.

A partire dagli anni Ottanta si diffuse invece il *case-based reasoning*, e dunque i *case-based systems*, che risolvono un problema – svolgono l'operazione di calcolo giuridico – in base a come problemi riconosciuti analoghi sono stati antecedentemente

²⁸¹ Nel dettaglio, v. W. ALSCHNER-D. D'ALIMONTE-G.C. GIUGA-S. GADBOIS, *Plain Language Assessment of Statutes*, in S. VILLATA-J. HARAŠTA-P. KREMEN (a cura di), *Legal Knowledge and Information Systems*, IOS Press, 2020, pp. 207 ss.

²⁸² M. SCHAUSS, *Systèmes experts*, cit., p. 91, nt. 3.

²⁸³ N. LETTIERI, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, p. 86.

²⁸⁴ Hanno lavorato in questa direzione M. PALMIRANI-F. BENIGNI, *Norma-System: A Legal Information System for Managing Time*, in C. BIAGIOLI-E. FRANCESCONI-G. SARTOR (a cura di), *Proceedings of the V Legislative XML Workshop*, European Press Academic Publishing, 2007, pp. 205 ss.

²⁸⁵ Ha riflettuto su questo, nell'ambito che ci occupa, M.X. LINANT DE BELLEFONDS, *L'utilisation d'un «système expert» en droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 711.

risolti, eventualmente sulla scorta di modelli neurali o connessionisti²⁸⁶. La macchina, in ipotesi siffatte, procede induttivamente²⁸⁷.

Nell'assenza di regole predeterminate, il *modus operandi* è quello del c.d. *pattern mining*: a seguito della fase di addestramento condotta dall'uomo, il sistema acquista la capacità di generalizzare la mole dei dati di *input* osservati, ossia le sentenze riconosciute pertinenti con il caso di specie. Quindi, sulla base di rilevazioni statistiche mediante correlazioni e di un «ordinamento» dei casi passati, i quali vengono suddivisi in classi (*clusters*) in forza di determinate caratteristiche comuni (*features*), il caso di specie viene riconosciuto come appartenente a una determinata classe²⁸⁸. Si possono distinguere due diversi metodi di classificazione: quello generativo e quello discriminativo, che si differenziano per esempio in quanto il primo consente una migliore capacità descrittiva delle singole classi e si presta di più a essere esteso a nuove classi, mentre il secondo sembra superiore in termini di efficacia della classificazione e di flessibilità, nel senso che un modello per così dire sbagliato non inficia necessariamente la correttezza dei risultati.

Al di là del metodo di classificazione prescelto, nell'economia della macchina affermare l'appartenenza del caso di specie a una determinata classe significa affermare la probabilità²⁸⁹ che esso verrà giudicato analogamente a come gli altri casi appartenenti alla medesima classe sono stati giudicati. Così insomma si arriva a graduare numericamente la massa indistinta del possibile²⁹⁰ giuridico, restituendo un risultato in termini probabilistici, cioè un determinato grado di credenza²⁹¹ in ordine all'evento futuro e incerto della decisione.

Il calcolo probabilistico – che l'opinione prevalente vuole inteso in senso soggettivo, sostanzialmente consistendo nella opinione di un determinato soggetto, da

²⁸⁶ Su questi modelli, v. G. SARTOR, *L'informatica giuridica*, cit., pp. 287 ss.

²⁸⁷ Sui quali v., per esempio, D.M. KATZ-M.J. BOMMARITO II, J. BLACKMAN, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States*, in *PLoS ONE*, 12.4.2017.

²⁸⁸ A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, 2019, p. 49.

²⁸⁹ Sulla scienza della probabilità, è ritenuto un testo fondamentale quello di B. DE FINETTI, *Theory of Probability. A Critical Introductory Treatment*, Wiley, 1974. In materia penale, si deve rinviare a S.D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile: Précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Bachelier, 1837.

²⁹⁰ M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di «incontrollabile soggettivismo della decisione»*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017, p. 39.

²⁹¹ S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence: a Modern Approach*, IV ed., vol. 1, 2020, ed. it a cura di F. AMIGONI, *Intelligenza artificiale: un approccio moderno*, Pearson, 2021, p. 399.

rapportare sempre al tempo in cui è formulata, ai dati a disposizione e all'evento futuro²⁹² non conosciuto²⁹³ – avviene sulla base del teorema di Bayes²⁹⁴. Si tratta dell'impostazione dominante: ai fini del nostro discorso, cioè in relazione ai *tools* di giustizia predittiva, applicando il teorema si potrebbero stabilire quante probabilità ci sono che il giudice abbia deciso in un determinato modo sulla base di determinati fattori²⁹⁵, e non già di altri. L'obiettivo è dunque concludere che sulla base di quei fattori il giudice deciderà in un modo anziché in un altro, perché è appunto possibile calcolare quanta probabilità vi sia che un elemento sia stato considerato rilevante e un altro no.

Come è intuibile, le stime divengono tanto più accurate – i risultati documentati sono di assoluto rilievo, seppure solo a livello sperimentale²⁹⁶ – quanto più aumentano i dati a disposizione e migliorano le metodiche di correlazione. In generale l'accuratezza del risultato presuppone la disponibilità, la qualità, l'integrità e l'inalterabilità dei dati. Inoltre, l'obiettivo di un risultato accurato impone di affrontare la questione del grado di frequenza degli elementi ricorrenti da ritenere sufficiente per poter formulare un pronostico: al riguardo si rende necessario fissare *ex ante* un valore quantitativo e qualitativo minimo.

Quanto all'attendibilità le cose stanno invece diversamente²⁹⁷, essendo ampiamente note e dimostrate, del metodo puramente induttivo, le «fragilità epistemiche» provocanti «fallacia computazionale»²⁹⁸. Quantomeno in punto di ammissibilità di una generalizzazione derivante dalla sola osservazione e di giudizio di adeguatezza del

²⁹² Ai nostri fini, ossia riflettendo sull'incognita della decisione penale futura, rileva uno stato di non-conoscenza di un evento futuro; ma il calcolo delle probabilità si applica anche per la ricostruzione di accadimenti passati. Sull'ampio tema, tra i molti, v. gli Autori menzionati *infra*, III, § 1.3.2.

²⁹³ In argomento, M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità*, cit., pp. 37.

²⁹⁴ Sul quale, sebbene in relazione alla c.d. prova scientifica – che al momento esula completamente dal nostro discorso –, si veda per esempio C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 166 ss.

²⁹⁵ Tra gli studi più recenti che si sono occupati dell'individuazione di tali fattori, senza però che la macchina potesse considerare il segno della decisione, e dunque al fine di categorizzare le decisioni, C. CONDEVAUX, *Neural legal outcome prediction with partial least squares compression*, in *Stats*, 2020, 3, pp. 396 ss., sulle sentenze della Corte e.d.u.; V. MALIK-R. SANJAY-S.K. NIGAM-K. GHOSH-S.K. GUHA-A. BHATTACHARYA-A. MODI, *ILDC for CJPE: Indian Legal Documents Corpus for Court Judgment Prediction and Explanation*, 2021, in *arXiv:2105.13562*, sulle sentenze della Corte costituzionale turca.

²⁹⁶ Cfr. M. MEDVEDEVA-M. WIELING-M. VOLS, *Rethinking*, cit., pp. 8 ss.

²⁹⁷ Lo spiega tecnicamente, in relazione a sistemi che operano o dovrebbero operare nell'ambito giuridico decisionale, D. BOURCIER, *L'acte de juger est-il modélisable? De la logique à la justice*, in *Arch. phil. droit*, 2011, p. 46.

²⁹⁸ N. LETTIERI, *Contro la previsione*, cit., p. 86.

campione prescelto²⁹⁹. L'ammissibilità della generalizzazione in parola è in effetti discutibile nella misura in cui non prova nulla in termini causali. Il fatto che sussistano correlazioni anche statisticamente frequentissime tra determinate parole – non dimentichiamo che l'*output* a fini predittivi avviene mediante l'elaborazione del linguaggio naturale³⁰⁰ – e determinate decisioni, non significa affatto che il giudice abbia davvero deciso sulla base dei fattori ritenuti rilevanti e perciò presi in considerazione dalla macchina³⁰¹. S'intende poi bene, a tacere qui d'altro, che per determinare le correlazioni tra gruppi di parole e decisioni, e dunque nel costruire i *clusters*, la macchina finisce per attribuire peso – assimilando le differenze minori e distanziando le maggiori – solo a quelle caratteristiche casistiche ritenute dal programmatore o da essa stessa significative.

Dai minimi rilievi appena articolati desumiamo che nel modello deduttivo d'i.a. prevale «la logica... nella sua accezione convenzionale», la quale richiede «una conoscenza del mondo... certa», condizione raramente verificantesi. Nel modello induttivo regna invece la probabilità, la quale lavora per rimediare proprio a quel *deficit* di certezza promuovendo un ragionamento relativamente rigoroso, che di fatto ambisce a comprendere il funzionamento della realtà e a prevedere il futuro³⁰². Fermo restando che pure lo schema induttivo rimane parzialmente informato a una pretesa di certezza in termini di staticità dello stesso, il quale attribuendo peso alle sole variabili programmate o autonomamente determinate ripropone giocoforza i medesimi risultati.

Oggi, peraltro, si prediligono sempre più i sistemi combinati tra regole e casi³⁰³, dunque coniuganti schemi deduttivi e schemi induttivi di ragionamento artificiale³⁰⁴.

²⁹⁹ N. LETTIERI, *Contro la previsione*, cit., p. 86.

³⁰⁰ Linguaggio naturale ma pure in qualche misura standardizzato, tra termini tecnici e stile c.d. giuridichese: non a caso gli studi più recenti hanno segnalato un *deficit* di accuratezza dell'*output* algoritmico quando la macchina sia chiamata a elaborare il linguaggio di una denuncia privata invece che quello usato dai giudici nel redigere le motivazioni delle sentenze. Nel dettaglio, cfr. K. BRANTING-C. BALHANA-C. PFEIFER-J. ABERDEEN-B. BROWN, *Judges Are from Mars, Pro Se Litigants Are from Venus: Predicting Decisions from Lay Text*, in S. VILLATA-J. HARAŠTA-P. KREMEN (a cura di), *op. cit.*, pp. 215 ss.

³⁰¹ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer, 2020, p. 202.

³⁰² S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 6.

³⁰³ Studia l'«automatizzazione delle premesse del sillogismo», ma di fatto va in questa direzione, per esempio, K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 440 ss., traduzione nostra.

³⁰⁴ Sistemi che hanno preso significativamente piede di recente, a partire dalla progettazione di *HYPO*, T.J.M. BENCH-CAPON, *HYPO'S legacy: introduction to the virtual special issue*, in *Art. Int. and L.*, 2017, pp. 205 ss., in part. 215 ss.; sul tema, cfr. *funditus* S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 111 ss.

4.2. *Predicibilità ed elementi di calcolo.*

I sistemi computazionali allo studio e in fase di progettazione – appena delineati in modo tanto essenziale – ci consentono di intravedere il paradigma futuro che va consolidandosi, e che qui deve essere adeguatamente vagliato. La stessa locuzione di giustizia predittiva evoca in effetti la tensione ad anticipare ciò che sarà, a dire prima ossia a predire il diritto, e in particolare quanto verrà dal giudice deciso. In forza di quello che con l'i.a. parrebbe possibile realizzarsi, il diritto derivante dalla decisione diverrebbe precisamente predicibile nella misura in cui proiezioni probabilistiche massimamente accurate ne indicherebbero il contenuto, con un margine di errore prossimo allo zero.

Nella nostra lingua si può evidenziare la differenza semantica tra prevedibile e predicibile, laddove per esempio la lingua inglese di fatto non la contempla, a meno che non invalga l'affermazione della dicotomia *foreseeability-predictability*³⁰⁵. Possiamo quindi intendere bene come la predicibilità ambisca a qualcosa di più rispetto al principio di normale prevedibilità della decisione, e dal prosieguo del lavoro si desumerà che la prima non sia da assicurare al pari della seconda, sebbene in favore dell'individuo aumenti le possibilità di orientamento circa le conseguenze giuridico-penali del proprio agire.

Rendere esattamente predicibile la decisione futura vuol dire assumere la perfetta calcolabilità del diritto. Vuol dire cioè convertire gli elementi di calcolo – come intesi finora nel corso della trattazione³⁰⁶, a cui si aggiunge il dato individuale del giudice persona fisica chiamato ad assumere la decisione³⁰⁷ –, i quali risultano naturalmente sprovvisti di univoca significatività, in codice informatico per definizione univocamente significativo. E vuol dire, successivamente, sintetizzare gli elementi in parola offrendo l'*output* d'interesse, ossia come un fatto sarà giuridicamente valutato.

Sul dato legislativo, ma a ben vedere analoghe considerazioni valgono per quello interpretativo, molto è già stato scritto.

Ridurre il testo a formula logico-matematica equivale, appunto, inevitabilmente a ridurlo, cioè ad amputarlo di una porzione di significati e quindi potenzialmente a inaridirlo, o comunque ad alterarlo, anche in virtù di quanto abbiamo inteso sui limiti del modello di ragionamento deduttivo artificiale. Ed equivale altresì a svincolarlo, in quanto

³⁰⁵ Cfr. *funditus* S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 125 ss.

³⁰⁶ Salvo quanto si auspicherà *infra*, § 5.2., bisogna precisare che il dato sociale rientra solo indirettamente nel calcolo, giacché rielaborando le precedenti decisioni si finisce per restituire un *output*, una sintesi, inclusiva anche di quest'ultimo.

³⁰⁷ V. *supra*, § 1.2., *sub (iii.)* e *infra*, § 5.2.

«smaterializzato», dal contesto normativo in cui è collocato³⁰⁸; a frammentarlo in «sezioni», quando invece dovrebbe essere colto nel suo «insieme» come «unità viva», vale a dire anche nell'«interconnessione fra i diversi piani del discorso»³⁰⁹: sistematico, ordinamentale, costituzionale, assiologico, *etc.*

In tal senso *law is code*³¹⁰, ossia diviene codice. E al contempo *code is law*³¹¹, nella misura in cui la regola algoritmica di funzionamento interno, estranea in assoluto al sistema giuridico e appartenente al sistema informatico, determina la produzione di un certo *output*. Al riguardo si è parlato anche di formante algoritmico quale potenziale futura «fonte sociale anonima di costruzione e definizione del precetto penale»³¹².

Ancora, la frontiera della giustizia predittiva evoca una dimensione dello *jus dicere* radicalmente deprivata del momento interpretativo. Da qui potrebbe mettersi in dubbio l'opportunità di riferirsi ai sistemi computazionali in discorso come a sistemi davvero intelligenti, almeno convenendo che la nozione di intelligenza abbia direttamente a che fare con la capacità di attribuzione di significato alla realtà che ci circonda e/o con cui intendiamo interagire. L'i.a., difatti, non possiede intelligenza in questi termini: non attribuisce significati. Al più, oggi, grazie al c.d. *deep learning* sta imparando a descrivere mediante didascalie le immagini che le vengono proposte (c.d. *image captioning*), o viceversa. Così, l'immagine di una donna alla guida di una motocicletta che percorre una strada isolata è descritta come «una donna alla guida di una motocicletta che percorre una strada isolata»; salvo poi descrivere un segnale di divieto di sosta in parte coperto da adesivi come «un frigorifero con molti alimenti e bevande»³¹³. Tolti gli errori e le imprecisioni senz'altro emendabili o autoemendabili, rimane comunque da chiedersi se una descrizione condivisibile secondo criteri di minima (una donna alla guida di una motocicletta che percorre una strada isolata = una donna alla guida di una motocicletta che percorre una strada isolata) possa ritenersi sufficiente a descrivere esaustivamente l'immagine, e potenzialmente qualcosa di molto più complesso. Bisogna cioè chiedersi

³⁰⁸ Su quest'ultimo punto, cfr. G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, p. 41.

³⁰⁹ Citando Giuseppe Capograssi, A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno «scarto» fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, p. 102.

³¹⁰ S. HASSAN-P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Act. Sc. Rep.*, 2017, Spec. Iss. 17, pp. 89 ss.

³¹¹ L. LESSIG, *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace*, in *Harv. mag.*, 2000.

³¹² F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., pp. 40 ss.; chiarimenti sull'attributo «sociale» in nt. 45, *ivi*.

³¹³ O. VINYALS-A. TOSHEV-S. BENGIO-D. ERHAN, *Show and tell: Lessons learned from the 2015 MSCOCO image captioning challenge*, in *Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence*, 2017, pp. 652 ss. Con «Midjourney» oggi avviene anche il contrario, creandosi immagini a partire da un *input* testuale. «Runway» crea invece video, a partire dal medesimo *input*.

se e in che misura sia accettabile che l'immagine proposta venga descritta – evidentemente solo in base ai criteri impartiti in fase di addestramento o magari autoappresi in seguito – solo come una donna alla guida di una motocicletta che percorre una strada isolata, e non come anche qualcos'altro (es. ulteriori caratteristiche fisiche, condizioni climatiche, posizione della donna sulla strada, linea di mezzadria continua o discontinua o continua affiancata a discontinua, etc.).

Tornando all'elaborazione del linguaggio naturale, non attribuendo significati l'i.a. emula le facoltà intellettive umane, riproducendo la componente esclusivamente meccanica di quelle facoltà. Ma l'uomo non si riduce a questa componente meccanica, quando assume una decisione³¹⁴. In altri termini, a fronte di una notevolissima capacità sintattica, l'i.a. manca strutturalmente – ad oggi, e a patto di escludere che il significato di qualunque cosa possa ricavarsi dalla sola interazione tra quella e altre cose – di capacità di elaborazione semantica³¹⁵, di significato linguistico e giuridico, delle ingenti masse di dati che va elaborando.

Dal canto suo, la realtà umana – ossia il fatto inteso come fattispecie reale, da cui il giudice estrae la fattispecie concreta a fini sussuntivi – deve essere valutata, non meramente descritta, e dunque non si può ridurre a dato tra i *big data* dall'univoca significatività³¹⁶. Questo magari può avvenire nelle scienze c.d. esatte o naturali (le quali, così, possono dirsi contrapposte a quelle c.d. umanistiche), in cui la descrizione di un fatto deriva dalla mera osservazione di esso. Una tale osservazione avviene sulla base di categorie e indici predeterminati e misurabili, culminando nella conduzione di quel fatto all'interno dell'ambito di operatività di una certa regola³¹⁷; per quanto non siano mancate riflessioni che hanno messo in luce la permeabilità dell'accertamento scientifico c.d. duro al contesto assiologico di riferimento³¹⁸.

Il giudizio valutativo giuridico, come si sa, non può invece rimanere vincolato a indici del tutto statici. Nello stabilire la giuridica rilevanza o irrilevanza di determinati

³¹⁴ In questa direzione, spiegando come il complesso processo di attribuzione di significato si svolga nello spazio della coscienza umana non riproducibile all'interno della macchina, l'opinione di F. FAGGIN, *Silicio. Dall'invenzione del microprocessore alla nuova scienza della consapevolezza*, Mondadori, 2020, pp. 319 ss.

³¹⁵ In argomento, R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?*, in *Quest. Giust.*, 2020, 1, p. 108. Più in generale, sulla nozione di «capitale semantico» e la sua gestione a mezzo delle tecnologie dell'informazione, v. L. FLORIDI, *Semantic Capital: Its Nature, Value, and Curation*, in *Phil. & Tech.*, 2018, pp. 481 ss.

³¹⁶ G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto*, cit., p. 42.

³¹⁷ Cfr. anche per esempi M.X. LINANT DE BELLEFONDS, *L'utilisation d'un «système expert»*, cit., p. 712.

³¹⁸ Si veda H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy. And Other Essays*, Harvard University Press, 2004.

elementi fattuali, come ovviamente l'analogia o la differenza tra due o più casi, possono rivelarsi decisivi i *particulars* della vicenda concreta naturalisticamente unica e irripetibile. Il che rappresenta una realtà senz'altro negata dagli automatismi dei sistemi computazionali³¹⁹, i quali ripudiano l'irripetibile e operano solo sulla base del ricorrente, ossia di ciò che è ritenuto comune. Per la macchina, inoltre, formulare un giudizio valutativo giuridico diviene un problema tanto meno trattabile, come si usa dire, quanto più ci si attenda che possa essere messa in rilievo l'analogia tra casi *prima facie* diversi ovvero la differenza tra casi *prima facie* notevolmente simili. I «classificatori» dell'i.a. impongono, cioè, una precisa classificazione dei fatti, ma a differenza della fattispecie legale la loro struttura è necessariamente chiusa, in quanto non può essere soggetta a interpretazione³²⁰. I classificatori, detto altrimenti, disconoscono quello «scarto» sussistente tra «dato e non-dato» in cui l'esperienza giuridica pratico-applicativa si sostanzia; essi inibiscono definitivamente la tensione – connaturata al giudizio di valore – verso il completamento della *littera* in relazione al caso di specie³²¹. Inoltre, l'eccezione o l'imprevisto non sono contemplati, salvo divengano oggetto di successiva programmazione *ad hoc*³²²: la variabilità deve essere prevista e predeterminata. Siamo agli antipodi dell'impostazione hartiana, del linguaggio come tessuto aperto.

Senza contare che pure a volere ammettere il ricorso a indici statici di classificazione, questi almeno originariamente nascono dalla progettazione umana, e precisamente dall'osservazione umana della realtà, la quale per definizione rimarrà sempre parzialmente incompleta e distorta³²³. Quando poi gli indici di classificazione derivino dall'autoapprendimento della macchina, può senz'altro accadere che questa commetta degli errori.

I rilievi appena articolati contribuiscono a chiarire, a mo' di premessa, la prospettiva che in questa sede s'intende proporre, mirante al riconoscimento della natura prescrittiva della predicibilità nella sua dimensione paradigmatica³²⁴.

Un tale riconoscimento avviene senz'altro a partire dalla realizzazione del mutamento di paradigma linguistico in atto. Abbiamo visto che il diritto reso nella lingua

³¹⁹ È stato perciò affermato che questi ultimi, da un tale angolo visuale, implicherebbero un «metodo inadeguato» di gestione dei casi *sub iudice*: R. D'ANGIOLELLA, *L'Intelligenza Artificiale nei processi decisionali: il pericolo per la giustizia*, in *Giust. ins.*, 4 novembre 2023, § 3.

³²⁰ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., p. 53, il quale accosta la nozione di classificatore a quella di fattispecie.

³²¹ A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato*, cit., pp. 97 ss.

³²² G.M. FLICK-C. FLICK, *L'algoritmo d'oro e la torre di Babele. Il mito dell'informatica*, Baldini+Castoldi, 2022, pp. 87-88.

³²³ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., pp. 39-40.

³²⁴ V. *supra*, § 1.2.

informatica implica la sua traduzione in termini c.d. primitivi, i quali a differenza della lingua umana non possono essere oggetto di dinamica riattribuzione di significato, nel divenire del tempo ovvero al variare dei contesti. L'i.a. desimbolizza il linguaggio deprivandolo in radice di qualsivoglia efficacia espressiva³²⁵, cioè di un messaggio e di un senso – comprensibile – ulteriore che solo il linguaggio umano può evocare e veicolare.

Ma nella visione di chi scrive il paradigma costituisce il modello esplicativo fondante della realtà giuridica calcolabile, che nello scenario prossimo futuro si vorrebbe predicibile in senso prescrittivo. Il diritto, cioè, deve essere riducibile alla sequenza alfanumerica di calcolo, in modo non dissimile da come si riteneva precisamente e integralmente riducibile il fatto alla fattispecie legale, sotto il risalente paradigma della previsione³²⁶. Da quest'ultimo, peraltro, la predicibilità sensibilmente differisce in quanto (i.) il diritto è inteso in senso antipositivistico: legge, precedenti, società, ulteriori elementi di calcolo capaci di divenire formanti nel calcolo giuridico algoritmico; (ii.) è sostanzialmente rigettato il modello deduttivo puro – proprio del metodo scientifico duro – per cui a partire da premesse vere si possono prevedere fatti senza l'osservazione e l'esperienza: i sistemi intelligenti fanno dell'osservazione e dell'esperienza uno degli elementi essenziali del processo inferenziale, come si è inteso.

La natura prescrittiva del paradigma della predicibilità si coglie dunque là dove vorrebbe promuoversi una nuova categoria ultraordinante dell'esperienza giuridica e a monte umana, imponente una logica costrittiva distorsiva della natura del diritto come orizzonte di dialogo e tensione verso il completamento.

La constatazione per cui l'avvento pervasivo dell'i.a. del tempo presente sottintenda notevolissime ma al contempo risalenti questioni di potere non consente, del resto, di negare il mutamento di paradigma in atto. Anche la costruzione delle massime giurisprudenziali e la gestione delle relative banche dati, per esempio, a partire dall'esperienza dell'Ufficio del massimario della nostra Corte di cassazione, è con ogni evidenza una questione di potere. Essenzialmente di potere selettivo (delle sentenze e dei contenuti delle sentenze) e correlazionale (afferente ai collegamenti tra singole massime), oltreché di binariamento verso una soluzione piuttosto che un'altra (nella misura in cui si tende ad adeguarsi all'orientamento maggioritario).

Ebbene, pure l'i.a. implica l'esercizio di un potere selettivo e correlazionale, oltreché di binariamento verso una soluzione piuttosto che un'altra. Ma al contempo essa

³²⁵ A. GARAPON-J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018, trad. it. a cura di M.R. FERRARESE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, 2021, pp. 51, 56-57, 183.

³²⁶ V. *supra*, §§ 2 ss.

si fonda sul potere di sintetizzazione degli elementi di calcolo, i quali non sono verificabili nella loro singolarità, ossia nella loro singolare significatività, né pienamente verificabili sono i relativi criteri di sintetizzazione; a monte, inoltre, si deve considerare il potere autoattribuito di ralfabetizzazione della realtà giuridica, sotto forma di codice informatico.

Come evidente a partire dall'abbattimento del paradigma formalistico della previsione – in breve: realizzando l'«eccedenza del mondo sul sistema normativo»³²⁷ –, bisognerebbe, piuttosto, del pari riconoscere e valorizzare l'eccedenza del mondo sul sistema informatico-digitale. Per spiegare questo in ingegneria si usa parlare di natura analogica della realtà, concludendo come «l'unica possibilità... di incamerare l'informazione del mondo analogico» in quello informatico-digitale sia per l'appunto «il taglio» di una tale «informazione, che avviene attraverso la digitalizzazione» della stessa. E quindi attraverso la sua «riduzione a un elenco finito di informazioni numeriche», vale a dire di «una sequenza di *bit*»: «una sequenza di valori 1 e 0 attraverso cui l'osservazione del mondo è codificata dalle macchine»³²⁸.

Ancora, forti di quanto già osservato, bisognerebbe del pari ammettere l'eccedenza del sistema normativo sul sistema informatico-digitale.

Una differenza, nondimeno, si coglie nelle qualità delle eccedenze in parola – e in questa misura, dunque, il mutamento di paradigma può essere colto –, perché l'eccedenza del mondo è sempre stata in qualche misura da ridurre al sistema normativo. Ma il sistema normativo rimane per sua natura semanticamente e concettualmente aperto, nello sforzo di assecondare la realtà umana irriducibile (regolando nuove situazioni, evolvendo nelle proprie risposte di giustizia, gestendo l'eccezione, *etc.*). E il codice informatico è invece per sua natura chiuso – nei termini di cui sopra –, finendo dunque per chiudere innaturalmente, senza alternative, tanto il sistema normativo che traduce quanto la realtà umana che viene a regolare.

Per tale via si può affermare la natura prescrittiva del paradigma della predicibilità, in nome del quale l'esperienza si sintetizza, si riduce, si ripete. Al contrario, si dovrebbe sempre rammentare che «ogni evento nella vita è unico, e ogni probabilità... che stimiamo... si riferisce a un evento che non si è mai verificato in precedenza»³²⁹.

Su di un altro ma correlato piano, bisogna considerare come a mezzo dell'i.a. non solo la realtà viene altrimenti rappresentata, ma una tale rappresentazione alternativa – «distillando... qualità dalla quantità» – finisce per modificare la rappresentazione della

³²⁷ Intervista a P. LICCARDO, *Formante giudiziario e big data: una introduzione*, in C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli, 2019, p. 121.

³²⁸ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., p. 39.

³²⁹ I.J. GOOD, *Good Thinking: The Foundations of Probability and Its Applications*, University of Minnesota Press, 1983, p. 27, traduzione nostra.

realtà *tout court*³³⁰. Così può essere meglio compresa quella direzione verso la c.d. *self driving law*, menzionata più sopra³³¹. Di riflesso, si badi, questa tendenza può condurre a un ripensamento della stessa legge intesa come proposizione valida in generale e in astratto³³².

Da ultimo, il paradigma della predicibilità non solo assume – a torto – e impone l'esatta calcolabilità del diritto, ma sembrerebbe far coincidere la giustizia della decisione con la sua predicibilità. Sappiamo che per una opinione tradizionale e tutt'oggi diffusa, la decisione prevedibile in quanto massimamente coerente con l'ordinamento generale è contrapposta alla decisione giusta, cioè più giusta – adatta, equa – per il caso concreto³³³. Con l'i.a. questa dicotomia sembrerebbe *de facto* perdere di rilevanza.

Ebbene, come nella prospettiva del sistema penale nazionale la prevedibilità – e dunque *a fortiori* la predicibilità – abbiamo visto che non può assorbire la dimensione della legalità, e dunque la necessità del rispetto di un elevato *standard* qualitativo nella formulazione della fattispecie criminosa da parte del legislatore³³⁴; rimane da chiedersi se una tale prospettiva sia da accettare. Se cioè appaia giuridicamente e socialmente accettabile che l'istanza di predicibilità assorba integralmente l'istanza di giustizia e assurga così a metavalore³³⁵, probabilmente pure sulla scorta delle difficoltà di determinare univocamente e soddisfacentemente gli indicatori³³⁶ dell'anzidetta giustizia. Ammesso, del resto, che quest'ultimo costituisca davvero un tentativo intimamente coerente con la natura dell'esperienza giuridica. Come è stato osservato, «l'idea di giustizia non si impone all'esperienza, ma la riflette»; insuscettibile di essere colta in virtù

³³⁰ R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *Algorithmic legal decision*, cit., p. 109.

³³¹ § 1.2.

³³² Francamente inquietante la prospettiva lanciata da J. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, 2017, II ed., 2017, ed. it. con prefazione di A. PRENCIPE, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018, p. 142, che auspica la personalizzazione della regola individuale a monte, sul piano legislativo o regolamentare. Lo stesso fenomeno denuncia, seppure da un'angolazione parzialmente diversa, C. SARRA, "Iper-positività": la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell'informazione, in C. SARRA-M.I. GARRIDO GÓMEZ (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University Press, 2018, pp. 95 ss.

³³³ Nella nostra dottrina, si può per esempio rinviare a F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., p. 19.

³³⁴ V. *supra*, § 3.2.

³³⁵ Nel senso inteso *infra*, § 5.4.

³³⁶ Si è occupato di questo, di recente, M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, 2020, pp. 360 ss.

di criteri assoluti e astratti, essa ha a che fare con «l'aspetto relazionale della vita umana e implica una convergente valutazione in chiave di ragionevolezza»³³⁷.

4.3. *L'opacità della macchina e l'opacità dell'uomo.*

In merito alla generalità delle applicazioni studiate e progettate, bisogna ora dire, è divenuta praticamente un luogo comune l'illusorietà di una i.a. perfetta in quanto neutrale e obiettiva. Cioè desoggettivizzata *in toto* e perciò rassicurante, anche vista la crescente sfiducia nutrita dalla collettività verso le istituzioni in generale, i giudici in particolare³³⁸ e il loro «governo»³³⁹.

Tutto al contrario, se guardiamo al fenomeno che verosimilmente prenderà piede nel futuro prossimo – calcoli giuridici accuratissimi condotti da macchine con capacità correlazionali e potenza di elaborazione tendente all'infinito, i quali senz'altro influenzeranno significativamente l'esercizio della funzione giurisdizionale³⁴⁰ – sembra calzante la definizione del Weber di «irrazionalità formale». La quale s'impone «quando per dare ordine alla creazione giuridica e ai problemi di individuazione del diritto vengono impiegati strumenti diversi rispetto a quelli controllabili dall'intelletto, ad esempio la consultazione degli oracoli o di loro surrogati»³⁴¹. Di più: la società algoritmica, ossia contemporanea, in tal senso è stata intesa alla stregua di una *black box society*³⁴².

Tra le plurime cause di mancata trasparenza enumerabili, intendiamo isolarne due. L'*iter* di elaborazione dei sistemi d'i.a. allo studio risulta opaco, in primo luogo, perché non è integralmente predeterminabile *ex ante*. Una delle funzioni del c.d. *machine learning* è, infatti, proprio quella di autoapprendere e autoemendarsi nel tempo. Il che significa creare, da parte della macchina, nuovi canali di elaborazione rispetto a quelli disposti dal programmatore ovvero modificare i canali di elaborazione preesistenti. Così, risultano inapplicabili anche tramite altri sistemi d'i.a. le tecniche di *reverse engineering* al fine di ricostruire *ex post* il passaggio dall'*input* all'*output*. Da questo angolo visuale,

³³⁷ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., p. 96.

³³⁸ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 556-557.

³³⁹ S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022; in relazione agli ordinamenti francese, britannico e statunitense, V. ACCATTATIS, *Il governo dei giudici e i giudici del governo*, Franco Angeli, 1998.

³⁴⁰ Bisogna semmai riflettere in quali termini sia auspicabile che ciò avvenga: v. *infra*, §§ 5 ss.

³⁴¹ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, cit., p. 105.

³⁴² F. PASQUALE, *The Black Box Society: the Secret algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

insomma, si riproporrebbe sotto altra veste – più grave – la medesima imponderabilità delle scelte umanamente poste dal soggetto giudicante. Con la differenza che alla macchina attualmente manca la componente emotiva del giudizio (nei termini in cui la stessa possa dirsi opportuna³⁴³), nonché la capacità argomentativa necessaria per giustificare la soluzione proposta *in output*. Anzi, il diritto alla giustificazione rimane strutturalmente compromesso, poiché strutturalmente compromesso rimane il diritto strumentale dell'accesso alle informazioni: tolto il quale, interloquire con, e criticare il pubblico potere, è impossibile³⁴⁴.

In secondo luogo, rimangono in larga parte inaccessibili le modalità di classificazione e indicizzazione dei dati elaborati. Regolarmente, cioè, i meccanismi di funzionamento non vengono condivisi ovvero vengono progettati per non poter essere condivisi³⁴⁵. Peraltro, recenti studi evidenziano come l'implementazione di un modello algoritmico «*glass box*» non solo sia da preferire per le istanze di controllo umano ed effettiva contestabilità degli *output*, ma conduca anche a risultati più accurati, nonostante il diffuso convincimento di segno contrario³⁴⁶.

Con queste premesse, si pone inevitabilmente la questione se sia accettabile un grado potenzialmente elevato di opacità – e, tra l'altro, di imprevedibilità³⁴⁷ – dell'*iter* di elaborazione, vale a dire del *quomodo* un determinato *output* viene formulato.

Questa imprevedibilità, bisogna osservare, dipende indirettamente dai contenuti della sequenza costitutiva di qualunque algoritmo. La quale, oltre a non essere perfetta né neutra³⁴⁸ in quanto umanamente posta (almeno nella sua versione originaria, prima che venga modificata o integrata dal *learner*), soprattutto tende a superare qualsivantamente di gran lunga le criticità dovute alla componente *stricto sensu* soggettiva – fisiologica o patologica – del giudicante persona fisica.

³⁴³ Il discorso è altamente complesso. Sulla teoria volta ad affermare un essenziale «ruolo epistemico delle emozioni», v. A. FORZA-G. MENEGONI-R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, 2017, pp. 59 ss.; N. LETTIERI, *Contro la previsione*, cit., p. 91.

³⁴⁴ Cfr., ma non con diretto riferimento al problema della trasparenza dell'i.a., O. SCARCELLO, *L'interlegalità e la cultura della giustificazione*, in E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 143.

³⁴⁵ B.L. GARRETT-C. RUDIN, *AI and Criminal Procedure Rights*, inedito, p. 3.

³⁴⁶ B.L. GARRETT-C. RUDIN, *AI and Criminal Procedure*, cit., p. 3, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici d'interesse.

³⁴⁷ È l'imprevedibilità dei c.d. comportamenti emergenti di un sistema d'i.a., i quali derivano dalla sua (quantomeno parziale) autonomia: cfr. in argomento, anche per le relative indicazioni bibliografiche, A. AMIDEI, *La governance dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., p. 577.

³⁴⁸ Cfr., tra gli altri, S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale*, cit., p. 614; adesivamente, G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 6.

Con riguardo alla dimensione patologica del ragionamento umano, difatti, già da tempo sono stati individuati errori ricorrenti (es. errori di giudizio dovuti a *bias* psicologici o a pregiudizi³⁴⁹ di vario genere³⁵⁰), comuni perché strutturali, e dunque *predictable*³⁵¹, genericamente dall'uomo e specificamente dalla macchina.

Va nondimeno precisato che altro è anticipare probabilisticamente l'incidenza di un errore di giudizio sulla decisione, altro è quantificare numericamente quella incidenza. Una tale quantificazione, cioè, appare tecnicamente più agevole per quanto concerne per esempio i pregiudizi derivanti dai c.d. *biases* di conferma o di desiderabilità, che conducono a selezionare e attribuire significato alle informazioni per assecondare l'ipotesi creduta ovvero per confermare l'esistenza di qualcosa che si vorrebbe esistente³⁵². A un livello più generale, si tratta del *bias* consistente nel saltare alle conclusioni, che conduce all'aggiramento dei fatti ovvero alla loro percezione distorta³⁵³ e che rimane concettualmente molto vicino a quello dell'eccesso di coerenza, a causa del quale le c.d. prime impressioni sono sovradimensionate e si tende a non attribuire rilevanza alle informazioni che scalfiscono o contraddicono quelle impressioni³⁵⁴.

Per gli errori di giudizio dovuti a *biases* psicologici, le cose stanno invece diversamente.

Il riferimento è, tra gli altri, ai c.d. *biases* di sostituzione, che conducono ad attribuire a un fatto eccessiva rilevanza o eccessiva irrilevanza. E che si traducono, ad esempio, nella c.d. fallacia della pianificazione; nella c.d. insensibilità alle dimensioni del campione; nella c.d. fallacia del tasso di base, la quale a sua volta deriva dalla tendenza ad assorbire, del tutto erroneamente, il giudizio di probabilità nel giudizio di somiglianza, parrebbe per la tendenza diffusissima di assorbire la domanda più difficile nella domanda più facile rispondendo di fatto solo a quest'ultima³⁵⁵.

³⁴⁹ Distinguiamo i *biases* psicologici dai pregiudizi conformemente a una parte della letteratura di settore, nonché per evidenziare le differenze che si illustreranno nel prosieguo. Secondo l'opinione più diffusa, tuttavia, il pregiudizio è ritenuto un tipico *bias*. Per la distinzione tra *bias* diretto e indiretto, peraltro, v. O. DI GIOVINE, *Il judge-bot e le conseguenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 958.

³⁵⁰ In argomento, si può rinviare al recente lavoro di D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, 2021, trad. it. di E. GALLITELLI, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, 2021, p. 190, i quali si soffermano sull'esigenza di precisa individuazione degli stessi, nonché dell'indagine sui meccanismi che li innescano.

³⁵¹ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 105.

³⁵² D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., p. 196.

³⁵³ D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., p. 201.

³⁵⁴ D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., p. 201.

³⁵⁵ D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., pp. 188 ss.

Ebbene, con riguardo ai suddetti *bias* psicologici sono state messe in luce le difficoltà nella relativa quantificazione, quando si tratti di misurare la loro incidenza nella formulazione di giudizi non verificabili, ossia giudizi di valore, nei quali cioè manca il parametro reale, ossia oggettivo e univoco, di riferimento. Possiamo cioè probabilmente convenire che siamo in presenza di un *bias* di sostituzione perché a un fatto è stato attribuito un peso sbagliato. Ad esempio, in sede giudiziaria possiamo convenire che un determinato elemento fattuale non avrebbe dovuto assurgere a elemento costitutivo di una determinata circostanza aggravante; ma non possiamo avere la certezza di come quel determinato elemento avrebbe dovuto esattamente essere valutato. E infatti, per stabilire il parametro oggettivo di riferimento si è soliti ripiegare sul calcolo della media di molti giudizi³⁵⁶, con tutti i limiti che ne derivano: stabilire come mediamente un elemento fattuale sia stato qualificato in diritto non dice nulla in ordine alla correttezza assoluta di quella qualificazione.

A livello normativo, l'incidenza di elementi o inferenze fallaci sul giudizio è poi minimizzata *ex ante* attraverso l'indicazione di un metodo di redazione della motivazione della sentenza in punto di fatto. Si tratta di «regole logico-epistemiche»³⁵⁷ su che cosa possa essere oggetto di prova ai sensi dell'art. 187 c.p.p.; sulla necessità di motivare in base ai risultati acquisiti in rapporto ai criteri di valutazione impiegati, ai sensi dell'art. 192 comma 1 c.p.p., specificando le ragioni dell'inattendibilità delle prove contrarie ai sensi dell'art. 546 comma 1 lettera e c.p.p.; sulla necessità di farlo espressamente e in modo che il discorso giustificativo risulti coerente e sostanzialmente rigoroso ai sensi dell'art. 606 lettera e c.p.p. La stessa perniciosa incidenza è minimizzata *ex post* attraverso il sistema delle impugnazioni, nei limiti della cognizione del giudice d'appello ai sensi dell'art. 597 c.p.p. e del giudice di legittimità ai sensi dell'art. 606 comma 1 c.p.p. Anche il mezzo straordinario della revisione, in questa ottica, funge da rimedio successivo indiretto per l'eliminazione delle conseguenze di un qualsivoglia *bias* rilevante ai sensi dell'art. 630 comma 1 lettera a e b c.p.p.

Con riguardo poi alla dimensione fisiologica del ragionamento umano, sono state del pari avanzate autorevoli teorie sul comportamento giudiziale, ossia tentativi di categorizzazione e schematizzazione del comportamento e degli approcci decisionali. È risultato significativo, tra gli altri, lo studio di Richard A. Posner, che ha ripreso e integrato le teorie elaborate in passato – denominandole attitudinale, strategica, sociologica, psicologica, economica, organizzativa, pragmatica, fenomenologica e

³⁵⁶ D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., p. 426.

³⁵⁷ G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2021, pp. 798-799.

legalistica – nello sforzo di svilupparne una unitaria³⁵⁸, considerate anche le *predictive limitations* di ciascuna di esse.

La teoria attitudinale, per esempio, spiega la decisione giudiziaria sulla base dell'orientamento politico del giudicante. Si tratta, come non si fatica a comprendere, di elaborazione formulata nel contesto statunitense soprattutto a proposito dei giudici federali e in particolare dei membri della Corte Suprema: otto *Associate Justices* e uno *Chief Justice*, di nomina presidenziale previa conferma del senato³⁵⁹. Non sono mancati, peraltro, studi finalizzati a misurare le preferenze di giudici statali³⁶⁰. La teoria strategica, invece, si limita a cogliere un fattore di influenza piuttosto ovvio, cioè il presumibile grado di accoglimento della decisione di un giudice da parte dei suoi colleghi, del legislatore³⁶¹ o della pubblica opinione. Ancora: la teoria legalistica, che nasce come finzione per eccellenza affermando la propensione di una parte dei giudici a emettere decisioni esclusivamente sulla base della legge. Essa è perlopiù in grado di indicare quali siano gli espedienti argomentativi da taluni maggiormente spesi: il “chiaro significato delle parole”, la “indubbia intenzione del legislatore”, *etc.* Ma al contempo può detenere indiretta valenza predittiva nella misura in cui una inclinazione legalistica rende più probabile che quel giudice – “fedele solo alla legge” – si pronunzi a favore del superamento della precedente interpretazione consolidata ovvero rimanga mediamente insensibile alle conseguenze pratiche, economiche o sociali³⁶² della propria decisione.

³⁵⁸ R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008, pp. 19 ss. Si rinvia a queste pagine anche in relazione al modo d'intendere le teorie singolarmente considerate, subito a seguire nel testo.

³⁵⁹ V., tra i molti, A.D. MARTIN-K.M. QUINN-L. EPSTEIN, *The Median Justice on the United States Supreme Court*, in *North Car. L. Rev.*, 2005, pp. 1275 ss.

³⁶⁰ P. BRACE-L. LANGERAND-M. GANN HALL, *Measuring the Preferences of State Supreme Court Judges*, in *Journ. of Pol.*, 2000, pp. 387 ss.

³⁶¹ Il riferimento va calato nella realtà statunitense. Oltreoceano, per varie ragioni, non si muta con tanta facilità la precedente interpretazione di una disposizione scritta, e nell'interpretarla viene attribuito molto rilievo al significato delle parole per come intese dal legislatore storico. I fautori della teoria strategica, a questo proposito, hanno sostenuto che il giudice tende più frequentemente a distanziarsi dall'*original meaning* di uno *statute* quando l'attuale maggioranza del Congresso sia diversa da quella che lo ha approvato: cfr. L. EPSTEIN-J. KNIGHT-A.A. MARTIN, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, in *Emory L. Journ.*, 2001, pp. 583 ss. Il che probabilmente si spiega in quanto, nel caso contrario, vi sarebbe più probabilità che il Congresso intervenga per modificare la legge disattendendo l'interpretazione giurisdizionale non aderente al proprio originario intendimento.

³⁶² Sul tema della gestione delle conseguenze della decisione penale, da parte del giudice, di recente M. GALLI, *Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione: dagli aspetti definitivi allo strumento operativo*, in M. GALLI-N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 62 ss.

Ai fini del nostro discorso, bisogna dire che la variabile costituita dalla personale impostazione di un giudice può ben essere contemplata – e di fatto lo è, e lo è stata³⁶³ – nell’operazione di calcolo algoritmico, a fini previsionali.

Ciò che invece ad oggi parrebbe mancare, tornando sull’opacità dei sistemi di i.a., è uno studio sistematico³⁶⁴ che individui e quantifichi la componente per così dire soggettiva – fisiologica o patologica che sia – insita nelle macchine in discorso, ossia nei contenuti della sequenza delle istruzioni di calcolo.

Fuori di quest’ultimo rilievo, il come minimizzare l’opacità dei sistemi d’i.a. nell’ipotesi in cui si ammetta una loro implementazione nella nostra sede processuale è una questione aperta. Naturalmente qui ci riferiamo non a qualsivoglia applicativo di futura implementazione, ma solo a quello di giustizia predittiva come intesa nel corso del lavoro.

Dovendosi tenere conto della tutela del segreto industriale – al momento sono società private i soggetti interessati a investire in questo campo –, e dunque non potendo pretendere la trasparenza assoluta del c.d. codice sorgente, il punto di equilibrio dovrebbe essere rinvenuto in una adeguata *explicability* del suo funzionamento intesa tanto come *intelligibility* quanto come *accountability*³⁶⁵. Dovrebbe comunque essere assicurato, insomma, un «controllo umano significativo»³⁶⁶, nei limiti di quanto sia tecnicamente possibile³⁶⁷. Secondo alcuni, senza consentire l’accesso al sorgente da parte della

³⁶³ Testimonianze di ciò in S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 106.

³⁶⁴ Ad oggi pare che il problema sia stato affrontato in relazione a strumenti particolari e distorsioni particolari: v. per esempio J. ANGWIN-J. LARSON-S. MATTU-L. KIRCHNER, *Machine Bias. There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks*, in *ProPublica.org*, 23 maggio 2016. Questo studio, peraltro, è stato sottoposto a critica, su iniziativa della società proprietaria del software (Northpoint.inc), da parte di A. FLORES-K. BECHTEL-C. LOWENKAMP, *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”*, in *Fed. Prob. Journ.*, 2016.

³⁶⁵ L. FLORIDI-J. COWLS-M. BELTRAMETTI-R. CHATILA-P. CHAZERAND-V. DIGNUM-C. LUETGE-R. MADELIN-U. PAGALLO-F. ROSSI-B. SCHAFER-P. VALCKE-E. VAYENA, *An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, pp. 699-700. Cfr. anche, in argomento, S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., pp. 7-10; ID., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rev. Ítalo-Esp. Der. Proc.*, 2019, 2, pp. 120 ss.; M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, 2021, pp. 66 ss.; nonché G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 60 ss.

³⁶⁶ G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sist. pen.*, 11 novembre 2020, in part. pp. 14 ss.

³⁶⁷ Un possibile rimedio, senza giungere alla messa in condivisione totale, potrebbe rinvenirsi nell’impiego di *software* c.d. “zero-knowledge proof”: lo prospetta, e lo spiega, S. QUATTROCOLO,

collettività, ma consentendolo e secretandolo in favore delle parti processuali. Resta scontato, per la salvaguardia del principio di pubblicità del processo, che la collettività andrebbe comunque messa nelle condizioni di conoscere in termini comprensibili il modo col quale la macchina emette un determinato risultato a partire dai dati a disposizione³⁶⁸.

È stato anche suggerito il controllo dei sistemi da parte di un ente pubblico, che dovrebbe gestire sia la sua omologazione *ex ante* rispetto all'eventuale utilizzo processuale, sia l'aggiornamento e la manutenzione, sia le opportune verifiche di funzionamento *ex post* rispetto all'emissione dell'*output*, compreso ovviamente il dare conto del funzionamento della macchina in caso di contestazione del risultato del calcolo³⁶⁹. Come pure, si è sostenuto il disconoscimento di qualsivoglia segreto sugli strumenti utilizzati³⁷⁰; o comunque la necessità del ricorso alla perizia o alla consulenza tecnica perché il giudice e le parti possano quanto più possibile comprenderne il funzionamento³⁷¹; ovvero il riconoscimento del diritto, in capo alle parti, di mettere in discussione il risultato della macchina ricorrendo ad altro sistema intelligente³⁷².

Equità del processo penale, cit., p. 121, alla quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³⁶⁸ In questo senso appare la proposta formulata all'interno di uno studio del Consiglio d'Europa: cfr. *Carta etica*, cit., p. 11, nt. 3. Di qui, C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo*, cit., p. 109, propongono di condividere almeno tutte le variabili prese in considerazione ai fini del calcolo.

³⁶⁹ Così, U. RUFFOLO, *La machina sapiens come "Avvocato Generale" ed il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in ID. (a cura di), *XXVI Lezioni*, cit., p. 221. La soluzione della certificazione di un'autorità indipendente veniva auspicata anche nella *Carta etica*, cit., p. 11. Adesivamente rispetto a quest'ultima, sebbene riferendosi a meccanismi di certificazione *ex ante*, cfr. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 8. Auspica, invece, analoga certificazione *ex post*, ID., *Equità del processo penale*, p. 122.

³⁷⁰ Cfr. A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, p. 15. Di recente, R.E. KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Discrimen*, 5 marzo 2024, p. 9.

Negli Stati Uniti, è stato presentato un *bill* dal titolo «*Justice in Forensic Algorithms Act of 2021*», «*to prohibit the use of trade secrets privileges to prevent defense access to evidence in criminal proceedings, provide for the establishment of Computational Forensic Algorithm Testing Standards and a Computational Forensic Algorithm Testing Program, and for other purposes*», H.R. 2438 - 117th Congress (2021-2022), consultabile in *Congress.gov*; alla sec. 2.b.1., in particolare, si propone che «*There shall be no trade secret evidentiary privilege to withhold relevant evidence in criminal proceedings in the United States courts*». Sulla questione della trasparenza negli Stati Uniti, v. E.A. ROWE-N. PRIOR, *Procuring Algorithmic Transparency*, in *Al. L. Rev.*, 2022, pp. 303 ss.; in part. p. 310, riguardo alle perplessità che la proposta in discorso possa diventare effettivamente legge.

³⁷¹ Cfr. L. LUPARIA DONATI-G. FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 2, pp. 43-44.

³⁷² G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Dir. di int.*, 2019, pp. 631 ss.

Nella nostra giurisprudenza, a seguito di qualche iniziale titubanza³⁷³ il Consiglio di Stato ha dichiarato possibile la c.d. decisione amministrativa algoritmica dapprima solo in rapporto all'attività vincolata³⁷⁴, e successivamente anche all'attività discrezionale³⁷⁵ della pubblica amministrazione. Quanto al problema della trasparenza³⁷⁶ – quello che ora interessa – è stato concluso che il carattere multidisciplinare dei sistemi in discorso «non esime dalla necessità che la “formula tecnica”», cioè l'algoritmo, «sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice»³⁷⁷. Chiarendo l'«irrinunciabile necessità», ex art. 24 Cost., per l'individuo di essere nelle condizioni di «sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, avendo il diritto di «conoscere le modalità... con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica»³⁷⁸.

Ciò posto, non è stato ritenuto tutelabile il diritto al segreto industriale in capo ai soggetti privati produttori dei *software*, «i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»³⁷⁹. Pur afferendo alla materia amministrativa, non si vedono ostacoli formali o sostanziali per non ritenere i suddetti principi *a fortiori* estendibili al processo penale.

5. Prospettive futuribili e auspicabili.

5.1. Predicibilità e complessità.

Esaurita una parte per così dire statica della trattazione in merito all'i.a., si può ora osservare che, con riguardo al sistema degerarchizzato e multilivello in cui ci troviamo³⁸⁰

³⁷³ T.a.r. Lazio, III bis, 13 settembre 2019, n. 10964.

³⁷⁴ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁷⁵ Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474.

³⁷⁶ Sul quale, nella materia amministrativa, v. *funditus* M. SFORNA, *Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop)*, nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003, in *Giust. ins.*, 2 marzo 2023.

³⁷⁷ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270, § 8.3.

³⁷⁸ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270, § 8.4.

³⁷⁹ Cons. St., VI, 4 febbraio 2020, n. 881, § 10.

³⁸⁰ V. *supra*, § 3.1. In relazione al diritto processuale penale, e limitatamente alle fonti europee, v. M. CAIANIELLO, *The Algorithmic (Companion to) Counsel. A Computational Approach to Strengthen the Effectiveness of Defence Rights in Criminal Proceedings*, in G. CONTISSA-G. LASAGNI-

– altrove, di recente, inteso come interlegale³⁸¹ –, nell’ottica del supporto per il giudicante umano e non della sostituzione di quest’ultimo, è auspicabile che l’i.a. sia concepita per produrre scenari di fondate possibilità, ossia di probabilità³⁸².

Si tratta di un orizzonte particolarmente dialogante con la realtà complessa, e talvolta caotica, del sistema delle fonti che contestualmente e legittimamente incidono sulla disciplina del caso concreto. Per il giudice, in effetti, il primo problema da risolvere – primo, almeno, nel senso di *prius* logico rispetto al momento interpretativo-applicativo della disposizione ritenuta pertinente – è individuare quale sia la disciplina d’interesse ai fini della decisione: disposizioni normative ed eventuali precedenti giudiziari. Il rinvenimento di precedenti pertinenti, tra l’altro, è meramente eventuale allorquando s’intendano interrogare le raccolte di giurisprudenza in occasione di procedimenti transnazionali³⁸³.

Di un sistema siffatto, dunque, l’i.a. può senz’altro essere fattore di razionalizzazione; nonché di evoluzione, ad esempio quando occorra individuare e fare ricorso alle c.d. tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell’U.e.³⁸⁴.

È poi indubitabile che la realtà di un sistema complesso, incoerente e incompleto, ponendo un problema grave di certezza del diritto, spinge a offrire a una risposta forte di predicibilità dell’esito della futura decisione giudiziaria. È allora conseguenziale che l’i.a. abbia iniziato, e seguirà, a essere impiegata non solo (non tanto) per la produzione di scenari di possibilità – di quale possa essere il diritto applicabile³⁸⁵ –, ma anche per la produzione di ipotesi di decisione del caso concreto.

Il discorso si connette, tra le altre, alla questione dell’efficienza del sistema giudiziario, perché una tensione così netta e urgente verso la certezza sembrerebbe pretendere una risposta di giustizia forte pure in quanto rapida, se non istantanea. Bisogna

M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Brill, 2022, pp. 14 ss.

³⁸¹ Il riferimento è all’opera collettanea di E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, cit., pp. 9 ss., 29 ss., 65 ss.

³⁸² Sul rapporto tra possibilità e probabilità, tra i molti, si può leggere F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, cit., p. 208: «la scienza del possibile è il tronco, da cui la scienza del probabile si distacca a guisa di un ramo».

³⁸³ M. CAIANIELLO, *The Algorithmic*, cit., p. 16.

³⁸⁴ Su quest’ultimo punto, cfr. M. CAIANIELLO, *The Algorithmic*, cit., p. 21.

³⁸⁵ In chiave prevalentemente difensiva, contempla questa funzione, tra le varie, la «Crossjustice platform» (interrogabile da *Crossjustice.eu*), recentemente implementata: v. M. BILLI-G. CONTISSA-G. SARTOR, *Logic Representation of Legal Norms*, in G. CONTISSA-G. LASAGNI-M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection*, cit., pp. 277 ss.; L. DI CARO-L. HUMPHREYS-E. SULIS-R. NANDA, *EU Directives Implementation. Automated Analysis of Complexity and Harmonization*, ivi, pp. 309 ss.

nondimeno chiedersi, a tale riguardo, se questa visione dell'efficienza – la quale, assolutizzando l'accezione economico-aziendalistica del concetto, ha a che fare quasi esclusivamente con obiettivi di speditezza processuale – non travisi il significato più appropriato che all'efficienza del processo penale dovrebbe essere riconosciuto. L'argomento esula dalla presente trattazione, ma bisognerebbe sempre rammentare che, al di là della precisazione al plurale degli scopi del processo penale³⁸⁶, è nel garantire i diritti individuali costituzionali che quest'ultimo rinviene «la giustificazione stessa della sua esistenza»³⁸⁷.

Qui, piuttosto, s'intende proseguire la trattazione riflettendo sulle futuribili linee di sviluppo – non già di stampo tecnico-informatico, ma concettuale e di principio – attraverso le quali la medesima tensione netta e urgente verso la certezza possa essere auspicabilmente governata. Il che essenzialmente riguarda: le potenzialità e i limiti alla quantificazione dei fattori d'incertezza giuridico-decisionale; l'inevitabilità delle scelte di valore in sede interpretativo-applicativa e il loro ingresso nel processo di produzione algoritmica; la necessità giuridica e sociale di gestire quelle soluzioni interpretativo-applicative in modo ragionevole ossia giusto.

5.2. *Quantificare l'incertezza.*

Sulla scorta di quanto precede, si è inteso come il paradigma della predicibilità, definito prescrittivo della realtà giuridica calcolabile, pur contemplando una visione necessariamente antipositivistica, a giudizio di chi scrive rischia di condurre verso una dimensione oracolare (di irrazionalità formale³⁸⁸, cioè), delegittimante, deistituzionalizzante, e deresponsabilizzante della giustizia. Salvo che il giurista non si faccia carico di governare le trasformazioni in atto, proponendo tutti gli accorgimenti necessari per scongiurare una gestione esclusivamente tecnico-informatica degli strumenti di cui stiamo scorrendo.

In questa direzione bisogna anzitutto interiorizzare un presupposto specifico, che a rigore la richiesta di predicibilità della singola decisione giudiziaria – almeno se avanzata come richiesta di *output* algoritmico che assurga a garante delle conseguenze giuridico-penali dell'agire individuale, tendenzialmente indifferente alla prospettazione di

³⁸⁶ Sul punto, di recente, M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno, l'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022, pp. 4 ss.

³⁸⁷ G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 522. Distinguendo, così, tra funzione e scopo del processo penale, v. ID., *General Principles of Criminal Procedure*, in P. CAEIRO-S. GLESS-V. MITSILEGAS-M. JOÃO COSTA-J. DE SNAIJER-G. THEODORAKAKOU (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice (online)*, 2023, § 1.

³⁸⁸ V. *supra*, § 4.3.

alternative e/o a qualsivoglia contenuto argomentativo – non è un corollario né una contemporanea evoluzione del principio di ragionevole prevedibilità³⁸⁹ della stessa. L'analisi quantitativa su base probabilistica, infatti, non aumenta di per sé i margini di accessibilità e comprensibilità della norma penale³⁹⁰, seppure previo adeguato supporto professionale nei casi difficili o mediamente complessi. Aumenta semmai i livelli di incomunicabilità tra sistema giuridico e contesto sociale, individuale e collettivo, nel quale il suddetto sistema s'inserisce; problematizza ulteriormente il rapporto di riconoscimento che tra il secondo e il primo – cioè tra il contesto e il sistema – dovrebbe instaurarsi; sclerotizza l'ordinamento, non promuovendo evoluzione giuridica nel tempo.

Ciò non toglie, d'altra parte, che un sistema predittivo adeguatamente funzionante offre maggiori *chances* di anticipare la futura interpretazione intesa come prodotto, ossia la decisione, e dunque indirettamente esso può favorire la libertà delle scelte d'azione individuali. Il punto è allora comprendere come beneficiare delle indubbie potenzialità che dall'i.a. possono derivare, senza abbandonarsi a ingiustificate inquietudini ma neppure assecondando acriticamente – sulla scia di entusiasmi altrettanto ingiustificati ovvero di una rassegnazione «inevitabilista»³⁹¹ – il *trend* di sviluppo tecnologico esponenziale.

A tal fine, in relazione al singolo processo giurisdizionale d'interesse, i sistemi d'i.a. potrebbero essere configurati per quantificare l'incertezza, ossia determinare con un significativo grado di affidabilità e accuratezza la rilevanza, cioè la misura, degli elementi d'incertezza influenti sulla decisione. Una tale quantificazione può avvenire restituendo un'informazione numerica a partire da informazioni numeriche, ovvero un'informazione numerica a partire da informazioni non numeriche.

Nel primo caso, potrebbe per esempio essere calcolata la c.d. deviazione *standard* del giudice nella determinazione della pena per un medesimo fatto: a partire da un parametro oggettivo di riferimento, risultante dal confronto in termini di media matematica di tutte le decisioni d'interesse, sarebbe determinabile la misura di quanto la futura decisione potrebbe presumibilmente discostarsi rispetto a quel parametro³⁹².

Nel secondo caso, potrebbero essere individuate e quantificate le macrovariabili *standard* di ogni giudizio di valutazione giuridica di un fatto, che potrebbero

³⁸⁹ V. *supra*, § 3.

³⁹⁰ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 219 ss.

³⁹¹ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, trad. it. di P. BASSOTTI, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019, p. 236.

³⁹² Il che è stato sperimentato da D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., pp. 84 ss.

corrispondere agli elementi di calcolo giuridico come intesi a suo tempo³⁹³ – ossia i dati legislativo, interpretativo e sociale –, a cui grazie al potere computazionale si aggiunge quello individuale, in potenza relativo a opinioni, posizionamenti, tendenze, inclinazioni del singolo giudice, anche derivanti da ideologia, personalità, *background* socioculturale. Precisamente, nel dato individuale potrebbero includersi, oltre agli orientamenti del giudice in punto di diritto, anche le rilevazioni circa gli errori di giudizio dovuti ai *biases* psicologici e ai pregiudizi, per quanto possibile³⁹⁴.

Si tratterebbe, in sostanza, di misurare la variabilità di ciascun dato: quante e quali sono le ipotetiche interpretazioni della *littera legis* applicabile al caso di specie (prima ancora, quante e quali sono le ipotesi combinatorie relative alla disciplina applicabile); quante e quali sono le ipotetiche interpretazioni dei precedenti giudiziari pertinenti (prima ancora, quante e quali sono le ipotesi combinatorie relative ai precedenti pertinenti), e quante probabilità ci sono che un determinato precedente venga seguito; quanto è diffusa o formata una coscienza sociale – presso fasce più o meno larghe di popolazione o di soggetti professionalmente qualificati – in rapporto a una determinata fattispecie criminosa, inclusa naturalmente la misura dell'intensità del rilievo mediatico del caso attualmente pendente; quanti e quali sono le ipotetiche alterazioni cognitive incidenti sul contenuto della decisione.

Come si comprende, rispetto ai precedenti giudiziari un adeguato grado di accuratezza dell'*output* d'interesse presuppone il contemplare, tanto in fase di calcolo quanto in fase di restituzione dei risultati, l'eventuale differente posizionamento tra giurisprudenza di merito e di legittimità. A ragionare diversamente, tra l'altro, non solo l'*auctoritas* del risultato quantitativo risulterebbe ancor più infondata, ma l'*output* si rivelerebbe palesemente distorto in quanto potrebbe avere tenuto conto anche di decisioni di merito censurate nei successivi gradi di giudizio³⁹⁵. Data la propensione del giudice del merito – anche di *civil law* – a sentirsi vincolato al precedente di legittimità, si tratta di evenienza certamente non giornaliera, ma potenzialmente concreta e altamente problematica. Ancora, si dovrebbe risolvere la questione dell'elaborazione di precedenti

³⁹³ *Supra*, § 1.1.1.

³⁹⁴ V. quanto rilevato *supra*, § 4.3. Di cosa invece attualmente rientra in quello che denominiamo dato individuale, se ne è fatto cenno *supra*, § 1.2., *sub iii*) e si dirà più approfonditamente *infra*, II, §§ 2 ss.

³⁹⁵ Lo rileva S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 209. Similmente, cfr. C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle: la perspective d'une justice rendue par la machine*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle. Constitution et environnement. La justice predictive*, 2020, 35-2019, p. 633; B. BARRAUD, *Un algorithme capable de prédire les décisions des juges: vers une robotisation de la justice?*, in *Cah. just.*, 2017, consultato in *Hal*, p. 8, nt. 2.

eventualmente tra loro assai distanti nel tempo³⁹⁶, con conseguenti ulteriori effetti distorsivi se non si operasse una puntuale differenziazione, magari per macroperiodi e sempre alla luce delle intervenute modifiche normative.

Entrambe le forme di quantificazione, quella della deviazione *standard* del giudice nella determinazione della pena e quella delle macrovariabili *standard* di ogni giudizio di valutazione giuridica di un fatto, rimarrebbero nondimeno limitate³⁹⁷ e approssimative³⁹⁸.

Da un lato, misurare le variazioni in punto di *quantum* sanzionatorio implica un giudizio di uguaglianza giuridica tra tutti i casi considerati, già decisi, e il caso attualmente o potenzialmente pendente. Il calcolo, dunque, si rivelerebbe di qualche utilità solo allorquando il caso attualmente o potenzialmente pendente fosse successivamente qualificato in diritto allo stesso modo di tutti i casi già decisi inclusi nella rilevazione, non potendosi predeterminare *ex ante* e oggettivamente i criteri alla stregua dei quali un caso potrebbe essere distinto dagli altri. Il risultato del calcolo, inoltre, rimarrebbe pur sempre approssimativo perché probabilisticamente anticipata non può essere l'esatta determinazione della pena, ma piuttosto una forbice all'interno della quale ci si attende che il giudice in concreto possa muoversi, frutto di una serie di medie matematiche³⁹⁹.

Dall'altro lato, misurare le macrovariabili *standard* di ogni giudizio di valutazione giuridica di un fatto implica supporre la rilevanza penale di determinati elementi fattuali, e non anche di altri. Il calcolo dunque si rivelerebbe di qualche utilità solo allorquando il fatto di cui si discute fosse successivamente qualificato attribuendo rilevanza proprio a quegli elementi fattuali inizialmente ipotizzati come rilevanti, non potendosi predeterminare *ex ante* e oggettivamente i criteri alla stregua dei quali alcuni elementi fattuali potrebbero essere ritenuti rilevanti a discapito di altri; non potendosi, cioè,

³⁹⁶ È una delle criticità che individua M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 86.

³⁹⁷ Un fattore di limite meramente tecnico e però significativo, che di seguito nel testo non verrà trattato in quanto comune a qualunque *tool* di i.a. progettabile, è quello afferente al margine più o meno significativo di opacità del suo funzionamento; v. anche *supra*, § 4.3.

³⁹⁸ Il concetto di approssimazione è utilizzato in modo atecnico: ciò che s'intende evidenziare è appunto l'inesattezza del risultato del calcolo in relazione all'idea di esattezza della previsione delle conseguenze giuridico-penali del proprio agire, con la quale facciamo i conti da quando ci siamo imbattuti nel paradigma formalistico della previsione, e che dunque continua a costituire il nostro indice di riferimento. Parliamo insomma ancora di certezza e derivante calcolabilità in senso tradizionale, come è stato avvertito *in acipibus*, § 1.1.

³⁹⁹ Questa forma di inesattezza, peraltro, era tollerata anzi promossa pure sotto il paradigma formalistico della previsione (v. nt. precedente): sin dal sistema penale codicistico ottocentesco, come si è accennato, la disposizione incriminatrice ripudia il sistema delle pene fisse.

predeterminare esaustivamente i criteri alla stregua dei quali il giudice individuerà la fattispecie concreta a partire dalla fattispecie reale.

Ancora, l'operazione di calcolo in discorso sarebbe strutturalmente limitata a quelle che poc'anzi si sono denominate «macro» variabili di giudizio. Rimarrebbero cioè fuori tutte le microvariabili attinenti al singolo procedimento, compendiabili nella formula del dato processuale, per dir così, e comprensive di numerose incognite che solo all'esito della vicenda, ossia con il passaggio in giudicato della sentenza, finiscono di essere tali. Si pensi all'articolato regime delle nullità degli atti e delle inutilizzabilità delle prove, con conseguente ripercussione sul che cosa può essere posto alla base della decisione e che cosa no; alla possibile istaurazione di un procedimento speciale, con conseguente medesima ripercussione; all'eventuale integrazione probatoria d'ufficio, con conseguente medesima ripercussione; alla fase di valutazione (e, prima, al giudizio di ammissione) della prova, che a differenza del processo civile e amministrativo è interamente improntata al principio del libero convincimento del giudice, non prevedendosi alcuna prova legale ma solo determinate regole atte a contenere l'assoluta libertà valutativa: es. artt. 192 comma 2 e commi 3-4, 238-bis, 526 comma 1-bis c.p.p., naturalmente al netto dell'obbligo costituzionale di motivazione; non potendosi non menzionare il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» per pronunciare sentenza di condanna, che è un criterio elastico (come elastici sono altri criteri che disciplinano determinati snodi cruciali dell'*iter* procedimentale: es. artt. 408 comma 1 e 425 comma 3 c.p.p.⁴⁰⁰). Resta scontato che la variabilità del dato processuale, almeno in certa parte, può essere teoricamente e praticamente ridimensionata facendo pure qui ricorso al dato individuale, e dunque considerando per esempio come quel giudice abbia in passato valutato quella prova, sempreché *ex post* le prove vengano ritenute analoghe⁴⁰¹.

Inoltre, anche la misurazione delle macrovariabili *standard* in discorso condurrebbe a un risultato necessariamente approssimativo, per le medesime ragioni viste a proposito del calcolo delle variazioni del *quantum* sanzionatorio: l'*output* fornito dal sistema potrebbe infatti contemplare solo una forbice di possibilità, in relazione alla variabilità di ciascun dato considerato. In relazione alla variabilità del dato legislativo, per esempio, potrebbe rappresentare solo alcune delle ipotesi combinatorie e interpretative della

⁴⁰⁰ Le disposizioni richiamate, che attengono alle cause della richiesta di archiviazione del pubblico ministero e alla regola – di giudizio e probatoria insieme – per sciogliere l'alternativa tra sentenza di non luogo a procedere e decreto che dispone il giudizio, sono state modificate rispettivamente dagli artt. 22 comma 1 lettera e n. 1) e 23 comma 1 lettera l d. lgs. attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. riforma Cartabia). Nondimeno, i criteri in discorso sono condivisibilmente rimasti parimenti elastici, basandosi entrambi sulla «ragionevole previsione di una condanna»; dell'argomento si tratterà *infra*, III, § 1.3.3.

⁴⁰¹ Il dato processuale in rapporto a quello individuale sarà trattato *infra*, III, §§ 1.3. ss.

disciplina applicabile, non potendosi – non dovendosi – escludere che il giudicante opti per soluzioni differenti.

A ciò si aggiunga che, nella prospettiva di chi scrive, il grado di approssimazione del risultato sarebbe destinato inevitabilmente ad aumentare per due connotati strutturali del sistema quantificatorio in parola.

In primo luogo, illustreremo a suo tempo le ragioni per cui il dato individuale dovrebbe rimanere sostanzialmente impersonale, nel senso che – in favore di colui che interroga il sistema – ci si dovrebbe limitare a misurare il possibile margine di variazione discendente dalla componente soggettiva del giudice persona fisica, ma – a garanzia dell'amministrazione della giustizia e a tutela del giudice – senza indicare la concreta direzione di quella componente nel caso di specie, pur essendo tecnicamente possibile⁴⁰². Fermo restando, in ogni caso, che il dato individuale potrebbe essere ricavato solo in relazione ai giudici monocratici (giudice di pace, tribunale in composizione monocratica, giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza), a meno che non si riuscisse a desumere l'orientamento di un dato collegio in base alle diverse combinazioni dei giudici che lo compongono⁴⁰³. Ancora, pur vigente il principio del giudice naturale precostituito per legge *ex art. 25 comma 1 Cost.*⁴⁰⁴, non vi sarebbe comunque la garanzia assoluta che un determinato giudice si pronunzierà sul fatto controverso⁴⁰⁵, ben potendo – in un momento successivo a quello in cui il sistema venga interrogato e dunque, eventualmente, determinate scelte processuali siano state fatte – sopravvenire ipotesi di connessione di

⁴⁰² La concreta direzione della componente soggettiva del giudice persona fisica potrebbe se mai essere resa palese al fine di rendere edotto il giudice delle relative risultanze: al fine, cioè, di incrementare il livello di qualità delle decisioni. V. in proposito *infra*, § 5.4. e Rilevi conclusivi, § 2.

⁴⁰³ Con la precisazione che profilare il collegio logicamente non vorrebbe dire combinare insieme i profili dei singoli giudici che volta a volta lo compongono: si tratterebbe cioè del profilo del collegio unitariamente inteso, non essendo possibile decifrare l'apporto di ciascun giudice alle decisioni dello stesso; e comunque verificandosi un effetto di gruppo, per dir così, che non coincide con la somma dell'apporto dei singoli.

⁴⁰⁴ Sul quale v., tra gli altri, G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 527, ove ne connette la *ratio* a quella del divieto di istituzione dei giudici straordinari *ex art. 102 comma 2 Cost.*; nonché ID., *Prestituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, 2003, pp. 60 ss. A livello eurounitario, v. M. CAIANIELLO, *Giudice imparziale e precostituito per legge*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, pp. 903 ss.

⁴⁰⁵ Né in dottrina né in giurisprudenza, peraltro, è pacifico il perimetro applicativo della disposizione costituzionale, domandandosi se essa si riferisca solo all'ufficio giudiziario ovvero anche alle sezioni, ai collegi e ai singoli giudici persone fisiche. Sulla questione, v. tra i vari F. ZACCHÈ, *sub art. 25 Cost.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, ed. IV, Ipsoa, 2023, pp. 51-52. Sciogliere il dubbio interpretativo, come si comprende, non è in ogni caso decisivo ai fini della presente trattazione.

procedimenti con conseguente rideterminazione della competenza ex artt. 15 e 16 c.p.p.; oltre ovviamente alle evenienze patologiche di incompatibilità, astensione o ricusazione ex artt. 34 ss. c.p.p., ovvero di rimessione del processo ex artt. 45 ss. c.p.p.

In secondo luogo, la misura della variabilità dovrebbe anche tener conto dell'auspicabile *prospective orientation* alla quale i sistemi intelligenti dovrebbero essere informati, indicando all'utente e suggerendo al giudicante percorsi applicativi nuovi o comunque diversi. Per arginare il rischio – il *side effect* – della c.d. *self fulfilling prophecy* o di autorealizzazione⁴⁰⁶ è opportuno, cioè, che gli scenari di possibilità e di decisione offerti non si limitino alla rielaborazione del passato⁴⁰⁷ (così finendo per tradire già logicamente lo stesso senso di guardare a ciò che verrà), ossia alla riproposizione – bene o male sintetizzata – delle precedenti soluzioni interpretativo-applicative di casi analoghi; ma piuttosto che vengano programmati anche nell'ottica del superamento della giurisprudenza consolidata⁴⁰⁸, e in questa prospettiva valorizzando anche i contributi provenienti dal formante dottrinale.

Nella terminologia aziendalistica ciò implementerebbe nel sistema giustizia la logica del miglioramento continuo, attraverso la sollecitazione a sottoporre le passate posizioni a costante critica; peraltro, più è costante e profonda la critica a queste ultime, tanto più queste ultime ne escono rafforzate in termini di salda condivisibilità, se non abbandonate. Per agevolare il giudicante a discostarsi dall'orientamento consolidato o comunque prevalente, va da sé, la soluzione alternativa giammai dovrebbe suonare in termini apodittici; piuttosto sarebbe necessario evidenziare la pluralità di argomenti suscettibili di giustificare il mutamento interpretativo, unitamente alla eventuale valorizzazione di differenze – tra il caso attualmente pendente e quelli già decisi – che in punto di fatto potrebbero essere colte.

Coadiuvare il giudicante nell'articolazione di un tale sforzo argomentativo supplementare – oltre che tecnicamente possibile⁴⁰⁹, informando l'i.a. a schemi di

⁴⁰⁶ Sul quale v. *infra*, III, §§ 2.1.

⁴⁰⁷ Di studi che hanno prodotto modelli di predizione, cioè modelli propriamente finalizzati all'anticipazione della decisione, se ne contano attualmente cinque; e il grado di accuratezza della previsione è risultato piuttosto basso: cfr. sul punto M. MEDVEDEVA-M. WIELING-M. VOLS, *Rethinking*, cit., pp. 10 ss. A questi debbono aggiungersi gli esperimenti di L. VIOLA, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 165 ss.; ma è stata rilevata la difficile replicabilità dei quei modelli matematici in contesti più complessi: cfr. N. LETTIERI, *Contro la previsione*, cit., p. 86.

⁴⁰⁸ Menziona questa prospettiva A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata*, cit., p. 125.

⁴⁰⁹ Non è infatti una novità che diverse applicazioni di i.a. – es. *Watson Debater* o *Ross Intelligence* – possano cimentarsi nella elencazione o elaborazione di argomenti, eventualmente anche in relazione alla probabilità di successo di ciascuno di essi: in argomento, v. D. BEN-ARI-Y. FRISH-A. LAZOVSKI-U. ELDAN-D. GREENBAUM, “*Danger, Will Robinson?*” *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, in *Rich. Journ. L. & Tech.*, 2017, 3,

ragionamento *defeasible* (accettate le premesse di un'inferenza, se ne possono rigettare le conclusioni, formulando conclusioni differenti) anziché conclusivi (accettate le premesse di un'inferenza, se ne devono accettare pure le conclusioni)⁴¹⁰ – sarebbe altresì buona pratica nella misura in cui lo sforzo è quantomeno metodologicamente richiesto allorquando s'intenda decidere difformemente da ciò che costituisce diritto vivente.

Quantificare, nei termini appena descritti, i margini d'incertezza che la decisione futura normalmente sconta, senz'altro poi comporta un *surplus* di calcolabilità: ciò che è incerto può divenire in qualche misura calcolabile, e dunque in qualche misura certo⁴¹¹. Proprio per evitare che nel tempo presente quella della certezza del diritto rimanga una «nozione debole»⁴¹², dunque, dell'incertezza è auspicabile una quantificazione⁴¹³.

Una simile quantificazione può implicare una sensibile riduzione dei livelli di incertezza sia «esterna», cioè afferente al «mondo esterno», e precisamente all'applicazione giurisdizionale del diritto (oggettivamente quali siano gli elementi di calcolo da considerare); che «interna», cioè afferente al nostro «stato di conoscenza»⁴¹⁴ (conoscenza soggettivamente considerata, in relazione ai medesimi elementi). E d'altra parte, quanto si è detto in ordine ai limiti e all'inevitabile grado di approssimazione dei risultati del sistema quantificatorio non deve essere sovradimensionato: dire per esempio che non possiamo esattamente prevedere quali e quante possano essere le interpretazioni di una disposizione di legge, o le possibilità combinatorie in relazione alla disciplina applicabile, non equivale a dire che per ogni disposizione dovremo seriamente avere a che fare con la possibilità di decine di interpretazioni imprevedibili. Il caso normale, insomma, contempla pur sempre un numero di variabili in concreto circoscritto e più o meno gestibile; il caso difficile o fuori dalla norma, dal canto suo, occupa per definizione una percentuale inferiore nell'ordinaria amministrazione della giustizia.

Nella quantificazione dell'incertezza, infine, dovrebbe essere considerato pure il fattore tempo, del singolo grado di giudizio e del procedimento complessivamente

pp. 2 ss. Più in generale, v. J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, trad. it. di P. COMOGLIO, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019, pp. 16 ss.

⁴¹⁰ Su cui v. G. SARTOR, *L'informatica giuridica*, cit., pp. 304 ss.; ID., *Defeasibility in Law*, in G. BONGIOVANNI-G. POSTEMA-A. ROTOLO-G. SARTOR-C. VALENTINI-D. WALTON (a cura di), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Springer, 2018, pp. 315 ss.

⁴¹¹ V. i chiarimenti definitivi di cui *supra*, § 1.1.

⁴¹² S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, 2002, p. 301.

⁴¹³ Si tratta della rinnovata forma di certezza e derivante calcolabilità giuridica attraverso l'i.a. dovrebbe essere promossa: v. quanto premesso *supra*, § 1.1.

⁴¹⁴ Sulle nozioni di incertezza esterna e interna, D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Variants of Uncertainty*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2013, p. 515.

considerato. Tale fattore può variare da ufficio a ufficio e dipendere da una pluralità di variabili: organizzative, contesto territoriale, stato dell'arretrato, produttività del singolo giudice, *etc.*

5.3. *Decifrare i valori.*

La scelta di valore informa la qualificazione giuridica di un fatto, perciò può divenire – anch'essa – numericamente restituibile addestrando l'i.a. a leggere il peso del fatto nell'interpretazione delle disposizioni, e quindi nella decisione. Come agevolmente si constata, da una medesima disposizione, per esempio l'art. 2 comma 2 c.p., può discendere una pluralità di soluzioni interpretative intorno alla questione di quale rilevanza debba avere la c.d. successione mediata di leggi penali; ed è ben noto che, malgrado l'adozione di un criterio unico in via generale – quello cioè di verificare esclusivamente se la norma richiamata esplicitamente o implicitamente all'interno della fattispecie assolva a una funzione c.d. integratrice del precetto o meno⁴¹⁵ –, possano registrarsi significative oscillazioni applicative a seconda dei diversi fatti criminosi da giudicare⁴¹⁶, nonostante l'insussistenza di un differenziale nel contesto normativo che possa seriamente giustificare differenti soluzioni (radicalmente opposte negli esiti: condanna/il fatto non è previsto dalla legge come reato). E allora, almeno fin quando un *tool* di i.a. non giunga a riprodurre dinamicamente e realmente, per dir così, il comune ragionamento giudiziario – ossia prettamente umano, inclusa una componente emotiva ed emozionale non trascurabile⁴¹⁷ e necessaria⁴¹⁸ –, la scelta di valore si può desumere mediante l'analisi dei fatti, ossia isolando quelle caratteristiche della fattispecie concreta che abbiano evidentemente condotto a una certa interpretazione di diritto. E sempre in rapporto alla sanzione concretamente irrogata, la cui misura notoriamente non è motivata o è scarsamente motivata, ma di per sé rimane eloquente ai fini del nostro discorso. È probabilmente scontato, ma in questi termini il giudizio di valore è senz'altro predicibile, pur essendo insuscettibile di verifica o falsificazione.

⁴¹⁵ A partire da Cass., sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592 s., con nota di E.M. AMBROSETTI.

⁴¹⁶ In relazione al delitto di calunnia, come si sa, continua a essere concretamente applicato il criterio che assegna decisiva rilevanza alla verifica circa la permanenza o meno del disvalore del fatto a seguito della modifica normativa: cfr. di recente Cass., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 39981, in *Riv. pen.*, 2019, pp. 77 ss.; a differente soluzione, invece, si è giunti per esempio in relazione al delitto di associazione per delinquere: cfr. Cass., sez. V, 5 luglio 2016, n. 38101, in *C.e.d. Cass.*, n. 267916.

⁴¹⁷ In argomento, J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial*, cit., pp. 42 ss.

⁴¹⁸ E. JEULAND, *Le juge et l'émotion*, in HAL, 2018.

I.a. come strumento per la decifrabilità delle scelte di valore attuate nelle decisioni dei giudici, dunque. Si tratterebbe di operazione assai proficua, oltretutto a fini predittivi, anche per affinare il discorso giustificativo e dunque, potenzialmente, per aumentare i livelli di accettazione sociale delle decisioni; nondimeno, rimarrebbe uno sforzo confinato al passato: confinato cioè a illuminare alcuni snodi genetici di decisioni già prese. Che cosa, invece, per le decisioni future? *Pro futuro*, l'i.a. potrebbe fungere da strumento idoneo a suggerire al giudicante ipotesi di decisione – a partire da certi elementi fattuali ritenuti provati nel contesto processuale –, distinte per valore. Appare cioè tecnicamente possibile⁴¹⁹ che a ciascuna ipotesi interpretativo-applicativa prospettata *in output* corrisponda l'indicazione di uno o più determinati valori che accogliendo una determinata soluzione verrebbero concretamente perseguiti. In altri termini, tra passato e futuro la massimizzazione della esplicitazione e giustificazione della scelta di valore si può attuare comprendendo più a fondo come si è precedentemente deciso e al contempo guardando apertamente le decisioni che verranno per ciò che realmente sono; o meglio, cogliendo chiaramente la misura soggettiva che ciascuna futura decisione comunque includerà.

In questi termini, ed eventualmente in precisa sincronia con il sistema quantificatorio poc'anzi auspicato⁴²⁰, l'ingresso dei valori nel processo di produzione algoritmica assume davvero rilevanza cardinale. Come a monte rimane imprescindibile il coinvolgimento democratico popolare, nel tentativo di operare una sintesi in senso politico, predeterminando quali siano i valori su cui fondare le ipotesi di decisione in discorso, naturalmente a partire dalle macro-opzioni insite nella Costituzione. Di talché, oltre a introdurre il problema del (preciso) allineamento dei valori⁴²¹ tra uomo e macchina, l'i.a. può costituire l'occasione di riflettere sulla sistematica gestione qualitativa del nostro quadro valoriale di riferimento. Fermo restando, per ribadire l'ovvio, che nessun *output* algoritmico – quand'anche legislativamente regolato – sarebbe mai idoneo a vincolare giuridicamente il giudicante nell'esercizio delle sue funzioni; il quale ben potrebbe decidere, ragionevolmente, al di fuori della rosa di soluzioni fornite.

5.4. *Decidere ragionevolmente.*

⁴¹⁹ In quanto sembra tecnicamente possibile istruire l'i.a. a decidere secondo valori. Il discorso attiene agli studi della c.d. metrica del valore: cfr., di recente, A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., pp. 55 ss.

⁴²⁰ *Supra*, § 5.2. Beninteso, non nel senso che l'opzione di valore in sé potrebbe essere considerata una variabile autonoma e aggiuntiva rispetto a quelle di cui si è detto, in quanto essa almeno in parte già determina le variabili del dato legislativo e interpretativo.

⁴²¹ B. CHRISTIAN, *The Alignment Problem. Machine Learning and Human Values*, W.W. Norton & Co., 2020.

Seguitando a promuovere una funzione integrativa dei saperi e che valorizza il giudizio umano, veniamo infine a quella che dovrebbe essere – e fondamentalmente è, nella maggior parte delle applicazioni – la contemporanea vocazione dell'i.a. in rapporto all'adozione della decisione giudiziaria. Si può convenire che tale vocazione sia quella di predisporre le condizioni affinché l'agente, ossia il giudice, ossia colui che debba assumere una decisione, assuma la decisione migliore per il caso di specie: la (unica) decisione da prendere «tutto considerato», al netto di tutte le (plurime, nei casi difficili o mediamente complessi) ipotetiche decisioni plausibili «*prima facie*»⁴²². Il discorso naturalmente include quanto si è antecedentemente rilevato⁴²³ sulla componente strettamente soggettiva, fisiologica e patologica, del ragionamento umano; e sulla correlata potenziale capacità dell'i.a. di far vedere cose che prima non si vedevano, o meglio si vedevano in massima parte solo a livello teorico.

Qui, nondimeno, si torna sulla questione per auspicare la messa a punto di applicazioni intelligenti, le quali in via sistematica mettano a disposizione i risultati delle analisi di precedenti decisioni, che da determinati tipi di *biases* psicologici o pregiudizi risultino essere state incise⁴²⁴.

Pro futuro, rendere il giudicante sistematicamente consapevole dell'esistenza di precisi meccanismi, e soprattutto dell'impatto dei medesimi sulla decisione⁴²⁵, lo metterebbe nelle condizioni di prendere una decisione qualitativamente superiore rispetto a quella che senza l'apporto dell'i.a. prenderebbe, potendo per esempio essere spinto a considerare informazioni che altrimenti trascurerebbe, ingiustificatamente o erroneamente⁴²⁶; ovvero realizzando che la soluzione giuridica per cui propende è dovuta al modo in cui una determinata questione viene posta, e che variando il modo di

⁴²² D. ROSS, *Foundations of Ethics*, Clarendon Press, 1939, pp. 84 ss. Tutte le decisioni sono *prima facie* «doverose», ma solo una finisce per costituire l'oggetto pratico del «dovere reale» del giudicante.

⁴²³ *Supra*, § 4.3.

⁴²⁴ Lo si era anticipato *supra*, nt. 402.

⁴²⁵ A proposito, per esempio, dei c.d. pregiudizi impliciti nella giustizia penale (nordamericana), cfr. T.P. WOODS, *The Implicit Bias of Implicit Bias Theory*, in *Drax. L. Rev.*, 2018, pp. 635 ss.

«*Creating a Framework for Using AI to Remove Bias in Decision Making*» (pp. 25 ss.) – e successivamente applicarlo, seppure sperimentalmente (pp. 38 ss.) – è l'oggetto di una recente ricerca, ad opera di J.J. AVERY-A.A. AGHA-E.J. GLYNN-J. COOPER, *Using Artificial Intelligence to Improve the Fairness and Equity of Government Decision Making*, 2020, consultabile su Napawash.org.

⁴²⁶ Su quest'ultimo punto, cfr. D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Intuitive prediction: Biases and corrective procedures*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty*, cit., p. 421.

rappresentare quella questione si potrebbe propendere per una differente soluzione⁴²⁷. Così, valorizzando il margine senz'altro rilevante di autoemendamento (umano), nonché consentendo al giudicante di formulare autoquesiti di chiarificazione che altrimenti non avrebbe formulato⁴²⁸, si può effettivamente recuperare in rigorosità del momento applicativo.

Per tale via, quantificare l'incertezza derivante dai *biases* vorrebbe dire aumentare i livelli di accuratezza della proiezione sulla decisione futura; precisando naturalmente che i suddetti non costituiscono affatto un *numerus clausus*, potendo essere considerati solo quelli già riconosciuti e verificati nel passato. E al contempo, la medesima quantificazione implicherebbe pure un aumento delle probabilità che il giudice in futuro decida autocorreggendosi da quegli stessi *biases*. Anche questo secondo ordine di probabilità dovrebbe perciò essere considerato in un ipotetico sistema quantificatorio⁴²⁹.

Rimanendo sull'angolo visuale del soggetto giudicante, al netto delle strategie di *debiasing* e delle procedure correttive attuabili⁴³⁰, nell'ambiente giudiziario decisione migliore significa (non può non significare che) decisione giusta, quindi sostanzialmente l'i.a. lavora perché l'agente faccia la cosa giusta. La quale, però, si può considerare tale solo in relazione a uno specifico obiettivo predeterminato⁴³¹; ed è difficile riconoscere un obiettivo unico⁴³² nell'amministrazione della giustizia, non essendo affatto pacifico come il giusto debba essere inteso. Ecco perché poc'anzi si è guardato con favore all'introduzione di un sistema contemplante una gamma di possibili valori da perseguire in sede di decisione; ossia una gamma di decisioni materialmente razionali, per rievocare l'impostazione weberiana. Che culminerebbe sempre nell'atto di sintesi del giudice, ossia nella riduzione a uno degli *output* alternativi offerti dal sistema, eventualmente anche optando per una soluzione estranea a quelle suggerite. L'atto di sintesi deve rimanere

⁴²⁷ In argomento, sebbene al di fuori dell'ambito giudiziario, S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 551.

⁴²⁸ Del tipo: «dato che tendo a mutare la soluzione di quella questione a seconda del come me l'hanno rappresentata o di come me la rappresento, qual è il mio reale posizionamento in merito?».

⁴²⁹ Ci riferiamo ancora alla quantificazione di cui si è detto *supra*, § 5.2. Solo ora, infatti, guardando al suddetto tipo di calcolo dall'angolo visuale del giudice, possiamo aggiungere questo ulteriore fattore da considerare.

⁴³⁰ Per una disamina dettagliata, B. FISCHHOFF, *Debiasing*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty*, cit., pp. 423 ss.

⁴³¹ S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 7, ove peraltro gli Autori si riferiscono al fare la cosa giusta secondo l'obiettivo predeterminato in qualsiasi ambito: non a caso lo indicano come «modello *standard*» di i.a.

⁴³² Per S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 8, ciò non sarebbe nemmeno auspicabile, dato che risulta impossibile prevedere i modi in cui l'i.a. potrebbe offrire un *output* difforme – tecnicamente errato – rispetto all'unico obiettivo prefissato.

umano, affinché l'i.a. rimanga interlocutore dialettico⁴³³ per il giudice, e non già indebita forza pressoria.

L'i.a. deve rimanere interlocutore dialettico – e non già organo decisore – perché l'atto di sintesi, ossia la decisione, deve essere giustificata in termini di ragionevolezza, che ai fini del nostro discorso intendiamo come meta valore o *higher order value*⁴³⁴ in forza del quale: riconoscere i valori in gioco nel caso attualmente pendente; graduarli; determinare le condizioni di consenso giuridico e sociale della decisione, ossia renderla accettabile⁴³⁵ nel segno della ragione «comunicativa» (Habermas), «orientandosi a principi intersoggettivi di giustizia», cioè garantendo la «giustificazione intersoggettiva del ragionamento» a partire dalla «disponibilità ad osservare le regole che da quei principi possono derivarsi» (Rawls)⁴³⁶.

Decidere ragionevolmente per decidere giustamente, dunque. Da tempo si è cioè afferrato che la tensione verso la giustizia si attua necessariamente a mezzo della proposta di un itinerario di ragionevolezza; che di certo il riconoscimento di ciò che è giusto non è una questione di calcolo, ma neppure di gusto⁴³⁷, almeno alla luce di alcuni criteri di minima – tendenzialmente negativi ma massimamente condivisi – idonei a rendere evidente l'ingiustizia grave; che la giustizia rimane sociostoricamente determinata, perché rimane sociostoricamente determinato l'itinerario di ragionevolezza con cui s'intende promuoverla. E dunque in questi termini è variabile, ma al contempo valore che crediamo esistente in una sua oggettività, in quanto la decisione è necessaria tensione verso la realizzazione della giustizia.

⁴³³ M. CAIANIELLO, *The Algorithmic*, cit., p. 26.

⁴³⁴ N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 178 ss.

⁴³⁵ Il consenso, nell'economia del presente lavoro, va inteso in questa accezione di accettabilità. La quale non coincide necessariamente con la condivisibilità o addirittura la preferibilità sociale della decisione, va da sé. L'obiettivo è insomma costruire «fiducia» sociale nei confronti dei giudici: «nella loro onestà, nel loro rigore intellettuale e morale, nella loro competenza tecnica, nella loro capacità di giudizio, nel loro equilibrio e nel loro senso di umanità»; e non, giova ripeterlo, consenso inteso come condivisibilità o preferibilità. In tale ultima accezione sembra invece intendere il consenso L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, 2024, p. 252, in contrapposizione alla fiducia; all'A. è da riferire anche il periodo riportato letteralmente.

⁴³⁶ Così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 117, concludendo che il consenso è l'elemento ricorrente nelle varie concezioni di ragionevolezza che possono isolarsi (pp. 112 ss.). Il pensiero di John Rawls e Jürgen Habermas è reimpiegato e citato da ID., *Ragione e ragionevolezza*, cit., rispettivamente alle pp. 23 e 114. V. peraltro *supra*, § 1.1.2. compresa la nt. 43, per la posizione assunta da chi scrive in merito al rapporto tra l'amministrazione della giustizia e il consenso dell'opinione pubblica.

⁴³⁷ Il binomio, sui giudizi valutativi in generale, è richiamato da D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., p. 424.

Ancora, che riveste importanza cardinale l'argomentazione in funzione di comprensibilità della soluzione giuridica nel caso concreto, perché necessariamente attraverso l'argomentazione qualunque messaggio di ragionevolezza può essere veicolato e riconosciuto come tale. E dunque che la giustizia vive dentro una dimensione solidaristica, in quanto implica «un processo... di immedesimazione dell'io con l'altro»⁴³⁸; processo a sua volta implicante uscita da sé, dalla propria esclusiva prospettiva⁴³⁹, così garantendo anche maggiore oggettività di giudizio⁴⁴⁰. Processo che innesca, infine, immedesimazione reciproca in quanto l'altro – il destinatario della decisione e la collettività in generale –, attraverso il giudice, si può immedesimare nelle istituzioni e nel sistema tutto, ossia nelle ragioni di cui sono portatori.

⁴³⁸ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., p. 102.

⁴³⁹ Assunzione, cioè, in qualche misura, di quel «punto di vista esterno dei cittadini privi di potere» indicato già da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 618.

⁴⁴⁰ N. MACCORMICK, *Rhetoric*, cit., p. 167.

II

I TOOLS DI PROFILAZIONE DEL GIUDICE. FENOMENOLOGIA E REGOLAZIONE

Sommario: 1. Predicibilità e profilazione. – 2. La diffusione del *judge profiling* negli Stati Uniti. – 2.1. *Judicial analytics*: le premesse culturali e ideologiche. – 2.2. «*In litigation and legal research, judge analytics is the new black*»: le prime piattaforme di profilazione. – 2.2.1. Le premesse istituzionali e costituzionali. – 2.3. “*Context*”: la realtà odierna. – 2.3.1. “*Ravel view*”. – 2.4. Il *Judicial Security and Privacy Act*. – 3. Il divieto di profilazione del giudice in Francia. – 3.1. Il breve trascorso di “*Supralegem*”. – 3.2. L’art. 33 *Loi n. 2019-222 du 23 mars 2019* e le sue possibili ragioni. – 4. La profilazione del giudice nel quadro della Carta etica Cepej e del Regolamento Ue sull’i.a. Ricadute sul sistema interno.

1. Predicibilità e profilazione.

L’utile di avere inteso la predicibilità quale nuovo paradigma prescrittivo⁴⁴¹ sta in ciò, che determinate applicazioni digitali contemporanee o di prossimo sviluppo non possono essere sottostimate perché risalenti nella *ratio* che le muove. Piuttosto, esse vanno colte nella loro innovatività.

Sopra, abbiamo difatti visto che le banche dati di giurisprudenza essenzialmente non corrispondono alle piattaforme c.d. di giustizia predittiva; al fine, appunto, di evidenziare il relativo mutamento di paradigma della realtà giuridica calcolabile. Ora, in virtù di analoghi rilievi spiegheremo che le metodiche di generica profilazione, per così dire, dei soggetti a vario titolo coinvolti nella vicenda procedimentale penale essenzialmente non corrispondono ai sistemi di profilazione in senso stretto⁴⁴² di quegli stessi soggetti, resi possibili grazie all’i.a.

Non è cioè una prassi esclusivamente contemporanea o di verosimile prossimo consolidamento, ad esempio, che nel formulare un giudizio prognostico sulla futura commissione di un delitto da parte dell’indiziato ai fini dell’applicazione di una misura

⁴⁴¹ V. *supra*, I, § 4.

⁴⁴² L’art. 2 comma 1 lettera e d. lgs. n. 51/2018 definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

cautelare personale (art. 274 comma 1 lettera c c.p.p.), il giudice tendenzialmente decida alla luce della sussistenza o meno di determinati elementi ricorrenti. In buona sostanza, indicatori di pericolosità: sulla cui significatività egli confida – talvolta a torto, talaltra a ragione – in virtù della maturata esperienza giudiziaria, propria o altrui. Questi elementi rimangono più o meno palesi nella motivazione dell'eventuale ordinanza applicativa della misura⁴⁴³ e sono relativi alla persona dell'indiziato e a ulteriori caratteristiche di contesto, rappresentando la pratica puntuale declinazione delle ampie formule codicistiche⁴⁴⁴ in base alle quali il «concreto e attuale pericolo» andrebbe accertato⁴⁴⁵. Con la precisazione, tecnicamente superflua ma opportuna, che il pericolo non può essere desunto soltanto dalla gravità del titolo di reato per cui si procede. Perdura in ogni caso la tendenza, non condivisibile ex artt. 3 e 27 comma 2 Cost., ad attribuire rilevanza a componenti c.d. ambientali⁴⁴⁶; di per sé estranee tanto alle «specifiche modalità e circostanze del fatto» quanto alla «personalità» del soggetto.

Fuori dell'ambito cautelare, analogo *modus procedendi* può riscontrarsi in relazione all'accertamento della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza, ove si giudichi «probabile» la futura commissione di nuovi reati (art. 203 c.p.). L'esito della prognosi informa, altresì, la regola decisoria – in tal caso, sul merito dell'accusa – di cui all'art. 425 comma 4 c.p.p.; vincolando quindi il giudice sin dalla fase dell'udienza preliminare. *Idem* a proposito della valutazione della «capacità a delinquere» dell'imputato⁴⁴⁷, a partire da criteri legali inevitabilmente elastici (art. 133 comma 2 c.p.). Lo stesso può dirsi in ordine a tutti gli altri giudizi prognostici del medesimo stampo previsti come prodromi dalla legge penale sostanziale e processuale (es. ai fini della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'indagato o imputato ex art. 464-

⁴⁴³ È comunque patologico che taluno degli indicatori di pericolosità non sia reso palese all'interno della motivazione dell'ordinanza (art. 292 comma 2 lettera c e c-bis c.p.p.).

⁴⁴⁴ Sulle cui criticità, v. A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, t. II a cura di A. SCALFATI, *Le misure cautelari*, Utet, 2008, pp. 69 ss.

⁴⁴⁵ A rigore, non si tratta di pronunziarsi sulla verifica di un avvenimento futuro. Oggetto dell'accertamento è infatti il pericolo, da ritenere dimostrato quale «stato del presente»: P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, II ed., Giappichelli, 2017, p. 113. Il pericolo deve essere specificamente riferito alla commissione di un grave delitto del tipo di quelli indicati nella disposizione.

⁴⁴⁶ Cfr. Cass., sez. II, 31 marzo 2016, n. 26093, in *C.e.d. Cass.*, n. 267264.

⁴⁴⁷ Almeno nella parte in cui rileva un giudizio proiettato nel futuro. Sulla lettura preferibile della capacità a delinquere, v. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, 1982, pp. 331 ss. Ma v. anche, per l'incidenza del divieto di perizia c.d. criminologica sulla natura del giudizio ex art. 133 c.p., quanto osserva S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1761.

quater comma 3 c.p.p.⁴⁴⁸), anche nell'ambito della fase di esecuzione della sentenza di condanna (es. ai fini dell'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali ex art. 47 comma 3-ter l. 26 luglio 1975, n. 354).

Non è concettualmente dissimile quello che avviene oggi facendo ricorso a sistemi d'i.a. come il *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (Compas), largamente diffuso negli Stati Uniti⁴⁴⁹ e finalizzato alla misurazione attuariale⁴⁵⁰ del rischio di reiterazione del reato da parte di un individuo, che può condizionare la decisione sull'applicazione delle misure cautelari personali o sull'ammissione alla libertà dietro cauzione in fase di *pretrial*, nonché sulla concessione delle misure alternative alla detenzione in fase di *sentencing*⁴⁵¹. Un individuo è ritenuto

⁴⁴⁸ Il giudice dispone la sospensione se «ritiene», tra l'altro, «che l'imputato (o l'indagato) si asterrà dal commettere ulteriori reati». Richiamando la giurisprudenza di legittimità in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato minorenni di cui all'art. 28 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, la Cassazione ha precisato in motivazione che i parametri alla cui stregua operare la «prognosi positiva» circa l'«efficacia riabilitativa e dissuasiva dell'istituto» da parte del giudice sono costituiti, tra l'altro, dalla «dispendiosità dello stesso a fronte delle limitate risorse statali», nonché dalla «gravità delle ricadute negative» sull'imputato nel caso in cui la prova non andasse a buon fine: Cass., sez. III, 17 novembre 2015, in *C.e.d. Cass.*, n. 266299.

⁴⁴⁹ In determinati stati: per esempio California, New York, Wisconsin. In altri, le corti utilizzano *tools* differenti, seppur con funzioni analoghe. Ma si tratta di strumenti scarsamente indagati o niente affatto indagati, per carenza di interesse scientifico o per carenza di dati a disposizione o perché gli applicativi faticano a prendere piede in concreto. Alcuni esempi sono l'*Alabama Risk Assessment System* (Aras), l'*Alaska 2-Scale* (Ak-2s), il *Colorado Pretrial Assessment Tool* (Cpat), *The Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* (MnSOST-R). Del fenomeno nel sistema inglese dà invece conto, tra le ulteriori riflessioni, 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, pp. 10 ss. Dell'esperienza spagnola, ossia dei sistemi VdG e VioGén in relazione alla violenza di genere, parla B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, p. 84, nt. 16; alla quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴⁵⁰ Sulla nascita e lo sviluppo dell'*actuarial paradigm* nel diritto penale statunitense, v. B.E. HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, 2006, pp. 39 ss.

⁴⁵¹ Tra i molti, sull'applicazione di *Compas*, cfr. S. LANSING, *New York State COMPAS-Probation Risk and Need Assessment Study: Examining the Recidivism Scale's Effectiveness and Predictive Accuracy*, settembre 2012, in *Ojp.gov*; J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial*, cit., pp. 56 ss. Quanto ai *validity test* più recenti, v. T. BRENNAN-W. DIETERICH-C. MENDOZA, *COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity Performance of the COMPAS Risk Scales in Broward County*, Northpointe, 8 luglio 2016, in *Assets.documentcloud.org*; nonché J. DRESSEL-F. HANY, *The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism*, in *Sc. Adv.*, 4, 1, 1.1.2018. Nella nostra dottrina, si rinvia, tra gli altri, a M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale*, cit., pp. 4 ss.; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., pp. 1750 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., pp. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, 2020, pp. 46 ss.; B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., pp. 82 ss.; S.

più o meno pericoloso – principalmente in termini di *violent e general recidivism*⁴⁵² – a seconda del livello di rischio calcolato⁴⁵³, ottenuto combinando le risposte a un questionario di centotrentasette domande, attraverso il quale del rischio si esaminano fattori statici e fattori dinamici, con il certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti, in rapporto ai dati statistici raccolti da un campione di popolazione⁴⁵⁴.

Si tratta di rilevazioni prettamente statistiche, il cui guadagno in termini di efficienza attualmente non è chiaro⁴⁵⁵, che nulla spiegano in merito alla sussistenza di un determinato livello di rischio personale⁴⁵⁶, né forniscono una valutazione individualizzata. La Corte Suprema del Wisconsin, in occasione dell'oramai noto *State v. Loomis*⁴⁵⁷, si è pronunciata sulla sentenza di condanna dell'imputato – rispetto al quale era stato computato un elevato *score* di pericolosità – a sei anni di reclusione con esclusione della concessione della libertà vigilata, dichiarando ammissibile l'utilizzo del *software*, ma al contempo negando che le relative risultanze possano costituire l'unico elemento su cui si basa la decisione⁴⁵⁸.

SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale*, cit., pp. 611 ss.; O. DI GIOVINE, *Il judge-bot e le conseguenze giuridiche*, cit., pp. 960 ss.; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e u.*, 23 settembre 2019, pp. 19 ss.; L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2019, 2, pp. 354 ss., in part. 362 ss.; B. OCCHIUZZI, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, *ivi*, pp. 394 ss.

⁴⁵² Allo stato, sembra infatti tecnicamente necessario che la prognosi verta su accadimenti piuttosto generici. In argomento, L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, 2, p. 405.

⁴⁵³ L'*output*, precisamente, consiste nella determinazione di un punteggio da 1 a 10; ed è articolato su tre livelli di rischio. Sembra, peraltro, che non sussistano indicazioni sufficientemente chiare sulle nozioni di rischio basso, medio o elevato, corrispondenti ai tre livelli di cui si è appena detto; «né» su «quanti fattori di rischio debbano risultare elevati affinché la pericolosità di un minore possa essere valutata bassa/media/elevata»: S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., p. 1756.

⁴⁵⁴ Per ulteriori dettagli, v. *Practitioner's Guide to Compas Core*, 19 dicembre 2017, consultabile su Cjdata.tooltrack.org e redatto da Equivant, che è l'attuale società privata proprietaria del *software*.

⁴⁵⁵ Cfr. M. STEVENSON, *Assessing Risk Assessment in Action*, in *Minn. L. Rev.*, 103, pp. 369 ss. Sul diverso, ma connesso, problema dei pregiudizi connessi all'etnia, v. *infra*, nt. 489; nonché, tra i molti, S.G. MAYSON, *Bias In, Bias Out*, in *Yale L. Journ.*, 2019, pp. 2218 ss.

⁴⁵⁶ Lo ha segnalato anche S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., p. 1751. Nello stesso senso, G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 4; O. DI GIOVINE, *Il judge-bot e le conseguenze*, cit., p. 959.

⁴⁵⁷ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), in *Harv. L. Rev.*, 2017, pp. 1530-1537.

⁴⁵⁸ Altri precedenti di rilievo sono *Diaz v. New York State Bd. of Parole*, 976 N.Y.S.2d 838 (N.Y. Sup. Ct. 2013); *Partee v. Evans*, 40 Misc.3d 896 (N.Y. Sup. Ct. 2013); *State v. Samsa*, 859 N.W.2d 149 (Wis. Ct. App. 2014); *Williams v. New York*, 49 Misc.3d 732 (N.Y. Sup. Ct. 2015).

Al netto delle importanti riserve formulate in termini di *soft law* nel panorama europeo⁴⁵⁹, veniamo incidentalmente a riflettere sulla compatibilità di ipotetici *risk assessment tools* con il nostro sistema processuale penale. Da una parte proprio il fatto che essi, nei termini appena illustrati, non forniscano una valutazione individualizzata, ma si limitino a soppesare determinati «indici fattuali esteriori», ossia spersonalizzati, potrebbe escludere l'applicabilità del divieto di perizia criminologica ex art. 220 comma 2 c.p.p.⁴⁶⁰. Dall'altra, nondimeno, una valutazione di tal genere risulta suscettibile di porsi in contrasto con il principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio (art. 27 commi 1 e 3 Cost.) e cautelare (artt. 13 e 27 comma 2 Cost.)⁴⁶¹. Una possibile soluzione, anche alla luce dell'art. 8 comma 1 d. lgs. 18 maggio 2018, n. 51⁴⁶² e nella tensione verso la minimizzazione dell'arbitrio decisionale⁴⁶³, dovrebbe in ipotesi rinvenirsi nel

⁴⁵⁹ La *Carta etica*, cit., p. 43, ha incluso gli algoritmi in materia penale al fine di profilare le persone – menzionando espressamente *Compas* – tra quelli da considerare «con le più estreme riserve» da parte degli stati, a causa dei limiti sul piano della metodologia e dell'affidabilità dei risultati finora riscontrati.

⁴⁶⁰ Così, M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale*, cit., p. 20. Diversamente, S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., p. 1762, la quale dà tuttavia conto – pp. 1762-1763 – dell'eventuale rilevanza dei risultati della perizia criminologica per il tramite degli artt. 194 e 236 c.p.p.

⁴⁶¹ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale*, cit., p. 21.

⁴⁶² A mente del quale, «sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato». Anche intesa estensivamente, comunque, la disposizione non può ritenersi senz'altro ostativa rispetto all'emissione di decisioni siffatte, rimanendo salve le eccezioni specificamente previste dal diritto eurounitario o dalla legge nazionale. Il citato d. lgs. n. 51/2018 ha recepito la direttiva 2016/680/UE sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁴⁶³ Oltreché promuovere un valore d'uguaglianza degli individui, un sistema d'i.a. potrebbe in effetti contribuire anche a migliorare il contenuto delle decisioni. Ci si potrebbe per esempio rendere conto che determinati elementi a cui l'uomo è solito attribuire valore predittivo in realtà predittivi non sono: cfr. B.L. GARRETT-C. RUDIN, *AI and Criminal Procedure*, cit., p. 2. Il grado di affidabilità dei risultati è nondimeno controverso. Uno studio su *Compas*, in particolare, ha evidenziato diverse criticità: cfr. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 21. Inoltre, posto che di uno strumento come *Compas* dovrebbe essere conosciuto il tasso di errore, non sembra possibile determinare quante volte il sistema abbia sbagliato, per così dire, indicando un elevato *score* di rischio in relazione a un soggetto il quale successivamente, invece, non ha commesso reati. Una tale evenienza – il ricorrere dei «falsi positivi», cioè – in effetti non può essere verificata, se quel soggetto sulla base di quello *score* si è trovato sottoposto a misure restrittive della libertà: lo rileva G. TUZET, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *MediaLaws*, 25 febbraio 2020, p. 53.

richiedere che la pronunzia del giudice, ove tenga o debba tener conto dell'*output* algoritmico, sia sempre fondata sopra ulteriori elementi individualizzanti di riscontro⁴⁶⁴.

Tolta la questione sulla compatibilità costituzionale di uno strumento analogo a *Compas*, se è dunque vero che tradizionalmente e normalmente il giudice ha sempre profilato, per dir così, il soggetto sulla cui pericolosità deve decidere – a tacer d'altro, assecondando la naturale tendenza a dotarsi di criteri generali di giudizio per la gestione coerente dei casi particolari nel tempo –, non può dirsi altrettanto vero che gli algoritmi di profilazione rappresentano solo la contemporanea o futuribile versione di quelle medesime metodiche. Vi ostano le riflessioni superiori, afferenti alla realtà giuridica e umana dall'i.a. rialfabetizzata, ridotta, resa innaturalmente ripetitiva, a cui si rinvia⁴⁶⁵. In questi termini non è casuale che parliamo di profilazione, (al momento) non alla stregua di uno specifico *tool* ma piuttosto come logica (in senso atecnico) fondante i sistemi c.d. predittivi⁴⁶⁶. Operativamente difatti parlare di profilazione significa seguire a parlare di clusterizzazione. Ma se a suo tempo si è trattato di clusterizzazione dei casi, ora si sta trattando di clusterizzazione dei soggetti: sono anche le persone a trovarsi oggetto delle operazioni di aggregazione e classificazione massiva. Persone la cui complessità, dovuta a unicità e irripetibilità naturale, è ridotta a dati⁴⁶⁷, contraddistinti come si è visto da artificiale univocità e predeterminazione. Con la profilazione insomma il rischio è di intendere la persona alla stregua di un tipo, che in quanto tale rimane sempre uguale a se stesso, non potendo significare altro al di fuori degli attributi in relazione a quel tipo astrattamente individuati.

Lo stesso deve peraltro concludersi circa le ulteriori forme di profilazione, che sempre hanno avuto luogo in via di prassi e che potranno o stanno già prendendo piede attraverso sistemi d'i.a.

Per fare un altro esempio: non è affatto nuova la propensione, da parte del giudice chiamato al vaglio della credibilità del testimone esaminato, a formare il proprio convincimento sulla base della sussistenza o meno di determinati elementi ricorrenti. I quali finiscono per costituire indicatori di credibilità, sul rilievo dei quali egli confida – talvolta a torto, talaltra a ragione – in virtù della maturata esperienza giudiziaria, propria o altrui. Come si comprende, quanto un testimone sia considerato credibile può rivelarsi momento d'importanza cardinale in sede di valutazione probatoria, e quindi di decisione.

⁴⁶⁴ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale*, cit., pp. 17 e 22.

⁴⁶⁵ *Supra*, I, § 4.2.

⁴⁶⁶ Solo nell'ambito di questa riflessione, la locuzione «sistemi predittivi» è impiegata includendovi anche i *tools* finalizzati all'elaborazione di un giudizio prognostico diverso da quello concernente il contenuto della futura decisione penale, nei termini precisati *supra*, Rilievi introduttivi, § 1.

⁴⁶⁷ Cfr. anche G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto*, cit., p. 35.

A questo proposito il codice adotta una formula piuttosto ampia – «circostanze» il cui accertamento è «necessario» (art. 194 comma 2 c.p.p.) – al fine di consentire alle parti, ed eventualmente al giudice, di porre tutte le domande atte allo scopo⁴⁶⁸, anche se tali domande non ineriscono direttamente o indirettamente ai fatti oggetto di prova⁴⁶⁹. Gli indicatori di credibilità riguardano la persona e la personalità del testimone⁴⁷⁰, e dovrebbero sempre essere esplicitati in motivazione ex 546 comma 1 lettera e c.p.p.⁴⁷¹.

Possiamo notare come in pratica il positivo riscontro di determinati elementi ricorrenti operi quale causa presuntiva di quello che Francesco Carnelutti chiamava valore di verità⁴⁷² della testimonianza, i cui requisiti venivano a essere compendati nella «sensibilità» dell'esaminato, intesa come «felicità dei sensi» e individuale «attenzione»; nella memoria; nella «esatta espressione», cioè nella corretta estrazione della realtà dalla mente dell'esaminato; nella mancanza di un interesse che ha influito sulla veridicità della deposizione⁴⁷³. Dobbiamo comunque tenere fermo l'intendimento per cui può parlarsi di verità, oltreché solo relativamente accertabile, precisamente in termini di idoneità del testimone a fornire dichiarazioni veritiere – che non vuol dire solo o necessariamente dotate di plausibilità narrativa –, ossia in termini di probabilità della veridicità di quelle dichiarazioni. Tradizionalmente, peraltro, l'idoneità del testimone a fornire dichiarazioni veritiere, e dunque la valutazione di credibilità, si accosta al – o finisce per dipendere dal – vaglio delle qualità morali della persona, che non si vede come possano logicamente accertare alcunché al fine di cui stiamo discorrendo⁴⁷⁴.

Nel solco delle metodiche già invalse, sistemi d'i.a. potranno senz'altro implementarsi allo scopo di profilare le persone da esaminare per agevolare o sostituire il giudicante nella suddetta valutazione. Anche qui dobbiamo rilevare come l'opera di

⁴⁶⁸ Sull'opportunità di estendere quanto più possibile l'esame testimoniale, F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. IV, Edizioni dell'Ateneo - Roma, 1949, p. 24.

⁴⁶⁹ Con il limite invalicabile del rispetto della persona chiamata a testimoniare ex art. 499 comma 4 c.p.p.: A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Giuffrè, 2007, p. 455.

⁴⁷⁰ Si è occupato di questo, isolando nove di quelli che possiamo intendere come indicatori di credibilità, J.W. MCELHANEY, *Witness Profiles*, in *ABA Journal*, 1995, pp. 102 ss.

⁴⁷¹ La giurisprudenza, anche per comprensibili esigenze di speditezza processuale, tende invece a non cimentarsi in tale esplicitazione; piuttosto, almeno in via di principio afferma la necessità di motivare il perché un testimone non è stato creduto. Discorso diverso varrebbe in caso di esame della persona offesa o della parte civile, sulla cui credibilità è richiesto un più rigoroso obbligo motivazionale: tra le molte, di recente v. Cass., sez. III, 11 maggio 2021, n. 34879, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> (§ 8, *in diritto*).

⁴⁷² F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, p. 219.

⁴⁷³ F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, pp. 219 ss.

⁴⁷⁴ Condivisibilmente, non attribuisce rilevanza ai profili di «dubbia moralità» del testimone Cass., sez. I, 14 febbraio 2018, n. 16895, in *DeJure* (§ 2.4, *in diritto*).

clusterizzazione della macchina non sia concettualmente dissimile da quanto già praticano gli operatori umani; nondimeno, il fenomeno deve essere inteso alla luce del mutamento di paradigma che l'i.a. effettivamente concretizza.

Al netto delle osservazioni già articolate, dalla dottrina nordamericana è stato ipotizzato che bisognerà decidersi se progettare e addestrare i sistemi intelligenti per l'analisi delle deposizioni testimoniali finalizzata al calcolo delle probabilità di dichiarazioni menzognere ovvero se incentrare il giudizio su caratteristiche morali e comportamentali del soggetto⁴⁷⁵. Della duplice accezione di credibilità riscontrabile nel nostro ordinamento troviamo difatti una eco nella dottrina e nella giurisprudenza d'oltreoceano, ove da un lato conta la valutazione sulla propensione a dire la verità della persona esaminata⁴⁷⁶, e dall'altro la sua c.d. dignità di essere creduta⁴⁷⁷. L'accoglimento della prima accezione apre a vagliare l'ipotesi di un algoritmo col quale si calcolino le probabilità che una persona stia mentendo. Beninteso: analizzare la relativa propensione non significa – non può significare, da noi (art. 188 c.p.p.) – analizzare le dichiarazioni attualmente rese in stile macchina della verità. Non si tratterebbe cioè di riconoscere menzogne, ma di calcolare il rischio di mentire⁴⁷⁸; il che avverrebbe necessariamente profilando la persona per ricondurla entro un *cluster* di persone considerate a rischio sulla base di determinate caratteristiche⁴⁷⁹. L'accoglimento della seconda accezione di credibilità apre invece a vagliare l'ipotesi di un algoritmo col quale si calcoli il grado di individuale moralità, rapportando le caratteristiche dell'individuo modello, puntualmente stabilite *ex ante*, con i dati afferenti a varie dimensioni della vita del testimone, in pratica attuando il sistema delle piattaforme c.d. di credito sociale diffuse in alcune regioni cinesi⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ J. SIMON-KERR, *Credibility in an Age of Algorithms*, in 74 *Rutgers U. L. Rev.*, 2021, in part. pp. 147 ss. L'A. si esprime in termini di alternatività dei modelli. A ben vedere, sciogliere l'interrogativo presuppone il compimento di una scelta di valore, nel primo senso o nel secondo. Nondimeno, per le ragioni di cui *supra*, I, § 5.3, chi scrive ritiene che un medesimo modello potrebbe differenziare gli *output*, distinti per valore.

⁴⁷⁶ Cfr. R. PARK-T. LININGER, *The New Wigmore. A Treatise on Evidence: Impeachment and Rehabilitation*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 125 ss. In giurisprudenza, tra le molte v. *United States v. Estrada*, 430 F.3d 606 (U.S. App. 2005).

⁴⁷⁷ Quest'ultima è la definizione di *credibility* indicata nel *Black's Law Dictionary*, consultabile su *Thelawdictionary.org* e tutt'ora in uso. In giurisprudenza, di recente v. *Garland v. Ming Dai*, 141 S. Ct. 1669 (Supreme Court of the United States, 2021).

⁴⁷⁸ Lo precisa anche J. SIMON-KERR, *Credibility*, cit., p. 153.

⁴⁷⁹ Non è dissimile da quello che avviene con le i.a. addestrate per riconoscere il valore fittizio di determinate informazioni: cfr. A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. Giust.*, 10 aprile 2019, 6.

⁴⁸⁰ Nell'ambito di un'analisi socioeconomica di ampio respiro, del fenomeno parla S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit., pp. 405 ss. Ai sensi dell'art. 5 paragrafo 1 lettera c c.d. A.I.

Sulla scia di quanto precede, è infine da rilevare, neppure gli attuali sistemi i.a. di *judge profiling*⁴⁸¹ essenzialmente corrispondono alle pratiche di profilazione del giudice, da sempre invalse.

Da sempre, appunto, le parti interessate all'esito del processo che le vede coinvolte tengono in considerazione il loro giudice. Nello sforzo di prevedere quanto più possibile il contenuto della futura decisione, cioè, significativo affidamento viene riposto anche su quello che a suo tempo è stato definito il dato individuale del singolo soggetto giudicante (orientamenti giurisprudenziali da costui condivisi, convincimenti, tendenze e inclinazioni, *etc.*). Il discorso dovrà essere sviluppato nel prosieguo del lavoro.

In rapporto a quanto poc'anzi espresso circa l'ambito cautelare e di valutazione della testimonianza, sia peraltro subito chiaro che pure in relazione al giudice sarà presa in esame la profilazione quale «tecnica di trattamento automatizzato di dati che consiste» – o consente, diremmo – di «applicare a una persona fisica un “profilo”»; ma – almeno nel corso del presente capitolo – non già «al fine di adottare decisioni» nei suoi confronti⁴⁸², bensì di «analizzare o predire le sue preferenze, i suoi comportamenti e i suoi atteggiamenti personali»⁴⁸³.

Questo stato delle cose – ossia i rischi connaturati ai sistemi di clusterizzazione delle persone in generale –, tuttavia, non appare di per sé decisivo per sostenere la netta chiusura nei confronti delle relative applicazioni intelligenti. Appare solo funzionale, si vorrebbe ribadire, ad affermarne la sicura diversità rispetto al passato; e dunque a giustificare la riflessione che, in relazione ai *tools* di profilazione del giudice, ci si appresta ad articolare.

2. La diffusione del judge profiling negli Stati Uniti.

Act, per gli estremi del quale v. *infra*, nt. 583, è peraltro vietata «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA ai fini della valutazione o della classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità».

⁴⁸¹ Un primo inquadramento è stato dato *supra*, I, § 1.2., *sub* (iii.).

⁴⁸² Questo possibile utilizzo nel nostro ordinamento verrà considerato invece *infra*, IV, connettendosi all'ipotesi della profilazione del giudice a fini di valutazioni delle *performances* e di controllo.

⁴⁸³ È la definizione di profilazione adottata dalla *Carta etica*, cit., p. 48.

2.1. Judicial analytics: le premesse culturali e ideologiche.

Volendo considerare dapprima il sistema nordamericano – in quanto lì possiamo vedere in atto i *tools* di profilazione del giudice oggetto della trattazione – bisogna giocoforza calare i suddetti applicativi nel contesto culturale, ideologico, istituzionale e costituzionale di quel sistema, seppure per sommi capi.

Anzitutto, oltreoceano è parso diciamo naturalmente opportuno implementare sistemi di analisi dettagliata della persona e dell'attività del giudice a fini predittivi, in armonia con le teorie giusrealiste sorte sulla fine degli anni Venti del secolo scorso⁴⁸⁴. *Judge profiling*, difatti, culturalmente e ideologicamente significa proprio giusrealismo, ove quest'ultimo valorizza al massimo l'analisi del *legal process*, ossia del processo decisionale, condotta tramite la puntuale osservazione del *judicial behaviour*. Ciò che si è tradotto, almeno fin dagli anni Quaranta⁴⁸⁵, nella *judicial analytics*: vale a dire nella elaborazione di tecniche di analisi di masse di dati relativi anzitutto alle decisioni dei giudici, allo scopo di ricavare informazioni, correlazioni, modelli e tendenze significative, e dunque di anticipare il contenuto delle decisioni future nonché di individuare *biases* o altri fattori extralegali influenzanti il giudicante.

Judicial analytics, dunque, giacché sul piano culturale, prima che giuridico, il diritto vincolante è nei precedenti – ossia nella pronunzia del giudice – o quantomeno anche nei precedenti, ove specifichino le disposizioni costituzionali ovvero degli *statutes*. Sul piano ideologico, poi, la concezione più alta di giustizia in fin dei conti appare rimanere pressoché assorbita nell'uguaglianza *in action* degli individui quando si trovino *sub iudice*; uguaglianza che per definizione vive di valorizzazione delle differenze rilevanti e di assimilazione delle differenze irrilevanti.

Così, è da tempi piuttosto remoti che in America si ricorre all'analisi sistematica dei dati per indagare il *modus decidendi* dei giudici: contemplando, almeno in parte, quelle a suo tempo intese quali componenti soggettive fisiologiche e patologiche del ragionamento umano nell'ambito giudiziario⁴⁸⁶. Certo, contemplare la dimensione patologica significa attribuire rilevanza in termini predittivi a fattori che non dovrebbero influenzare il processo decisionale⁴⁸⁷; i quali però in concreto lo fanno, e dunque sono trattati quali predittori. Come si è già avuto modo di osservare, peraltro, un'analisi di tal

⁴⁸⁴ Se ne è parlato *supra*, I, nt. 179, ove pertanto si rinvia.

⁴⁸⁵ Cfr. sul punto B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 89.

⁴⁸⁶ V. *supra*, I, § 4.3.

⁴⁸⁷ Vi riflette pure D.L. CHEN, *Judicial analytics and the great transformation of American Law*, in *Art. Intell. and L.*, 2019, pp. 15-16.

genere è suscettibile di comportare non solo un *surplus* di calcolabilità giuridica, ma pure l'innalzamento del livello di qualità delle decisioni, in quanto il giudice è reso consapevole o più consapevole di determinati errori in cui può incorrere⁴⁸⁸.

Sono molti, e assai variegati, e fondati su diverse tecniche di analisi, gli studi che nel tempo hanno messo in luce l'impatto della componente soggettiva patologica di costui. In particolare, soffermandosi sul *bias* etnico-razziale⁴⁸⁹, non solo a detrimento dell'imputato ma anche degli stessi giudici da parte di giudici di rango superiore⁴⁹⁰; ovvero su come si assumono le decisioni dei *Circuit Court Judges* nell'arco di un mandato presidenziale⁴⁹¹; ovvero su come cambiano le decisioni sempre per ragioni legate alla nomina presidenziale, osservando quindi come la probabilità che un precedente giudiziario venga seguito non sia stabile⁴⁹²; ovvero sul *bias* della c.d. fallacia del giocatore⁴⁹³; ovvero su come cambiano le decisioni se prese il giorno di nascita dell'imputato⁴⁹⁴, o se prese da un giudice il cui nome inizia con la stessa lettera di quello

⁴⁸⁸ Se ne è parlato anche *supra*, I, § 5.4, in relazione alla possibile configurazione di un sistema predittivo.

⁴⁸⁹ V. al riguardo D.L. MACEDO, *What Kind of Justice is This? Overbroad Judicial Discretion and Implicit Bias in the American Criminal Justice System*, in *J. Gender Race & Just.*, 2021, pp. 44 ss.

⁴⁹⁰ In argomento, v. lo studio di M. SEN, *Is Justice Really Blind? Race and Reversal in US Courts*, in *Journ. of Leg. Stud.*, 2015, pp. 187 ss.

⁴⁹¹ Così calcolando le relative probabilità di dissensi interni a uno stesso *panel*, da parte di un determinato numero di membri, in un determinato periodo del mandato presidenziale: D.L. CHEN, *Judicial analytics*, cit., pp. 18-19.

⁴⁹² Non è stabile, si è osservato, neppure considerando le pronunzie dei *panel* c.d. unificati (tutti membri democratici o tutti repubblicani): D.L. CHEN, *Judicial analytics*, cit., pp. 18-19.

⁴⁹³ D.L. CHEN, *Judicial analytics*, cit., pp. 21-22 ha concluso, esaminando un significativo numero di casi, che un giudice per esempio competente a decidere sulla concessione dell'asilo a una persona immigrata potrebbe preoccuparsi di apparire troppo morbido se accoglie la richiesta per un certo numero di volte consecutive oppure troppo severo se per un certo numero di volte consecutive rigetta. Calcolando che se l'ultima decisione presa è di accoglimento, la probabilità che la successiva sia ancora di accoglimento diminuisce dell'1-2% circa. Ciò che costituirebbe appunto il *bias* della fallacia del giocatore, il quale induce l'individuo a fraintendere le dinamiche delle situazioni casuali.

⁴⁹⁴ D.L. CHEN-A. PHILIPPE, *Clash of norms: judicial leniency on defendant birthdays. Technical report*, 2017, consultabile su http://users.nber.org/~dlchen/papers/Clash_of_Norms.pdf, hanno rilevato che il giorno del compleanno dell'imputato i giudici arrotondano verso il basso l'entità della condanna a una pena detentiva.

dell'imputato⁴⁹⁵; ovvero su come incide il suono della voce dell'avvocato quando si rivolge al giudice⁴⁹⁶; etc.

Ciò posto, va da sé che pure le caratteristiche personali del giudice – non tanto singolarmente quanto complessivamente considerate⁴⁹⁷ – sono predittori⁴⁹⁸, sebbene per taluni la suddetta efficacia predittiva non sia da sovradimensionare⁴⁹⁹. E guarda caso l'attenzione così evidente in ordine a tali caratteristiche – cioè alla *personality* del giudicante – è stata ritenuta fondare un «*new legal realism*»⁵⁰⁰. Nuovo (l'analisi dei dati sul *judicial behaviour* è oggi analisi di *big data*, seriamente possibile solo grazie all'i.a.) ma soprattutto, si direbbe, del primo giusrealismo concettualmente ancor più radicale, più scandaloso: non solo il diritto non è veramente quello *in the books* (legge o precedenti teoricamente considerati), essendo piuttosto quello *in action* (interpretazione della legge

⁴⁹⁵ D.L. CHEN, *Judicial analytics*, cit., pp. 24 ss. Ciò si tradurrebbe in condanne più severe dell'8%, poiché quell'elemento in comune accentuerebbe l'esigenza psicologica di distanziarsi socialmente dal soggetto che abbia commesso un reato. Il fenomeno si amplificherebbe quando vi siano più lettere dei rispettivi nomi in comune.

⁴⁹⁶ D.L. CHEN, *Judicial analytics*, cit., p. 23: la percezione di mascolinità nella voce può essere un predittore, nella misura vi è una correlazione tra la suddetta percezione da parte dei giudici e il numero di vittorie degli avvocati uomini, che pare abbiano più probabilità di vincere quanto meno siano percepiti mascolini.

⁴⁹⁷ Lo precisa, per esempio, T. COLLINS-L. MOYER, *Gender, Race and Intersectionality*, in *Pol. Res. Quart.*, 2008, 2, pp. 219 ss. Praticamente nello stesso senso, sempre negli Stati Uniti, in quanto il fattore etnico acquista significatività soprattutto se combinato con la specifica struttura statale del sistema giudiziario, C.W. BONNEAU-H.M. RICE, *Impartial Judges? Race, Institutional Context, and U.S. State Supreme Courts*, in *St. Pol. and Pol. Quart.*, 2009, 4, pp. 381 ss.; nonché, in relazione a una pluralità di variabili, tra cui quella ideologica, A.P. HARRIS-M. SEN, *Bias and Judging*, in *Ann. Rev. of Pol. Sc.*, 2019, pp. 241 ss.

⁴⁹⁸ A fini prettamente statistici, ma potenzialmente predittivi, si sono passati in rassegna i *Circuit Court Judges* e *District Court Judges* distinguendoli per genere, etnia, «*nontraditional judge*» o meno (ossia facenti o meno parte di gruppi demografici dai quali storicamente non si sono mai o quasi mai nominati giudici federali), età attuale ed età al tempo della nomina, occupazione al tempo della nomina, durata dell'esercizio delle funzioni: v. lo studio di B.J. McMILLION, *U.S. Circuit and District Court Judges: Profile of Select Characteristics*, Congressional Research Service, 1.8.2017. Ha condotto un'analisi con la quale si ricava l'incidenza del sesso sulla decisione, al netto di ulteriori variabili di carattere personale, C.L. BOYD, *She'll Settle It?*, in *Journ. of L. and Courts*, 2013, pp. 193 ss. Sulla possibile incidenza dell'avere una prole di sesso solo o anche femminile, anziché esclusivamente maschile, A.N. GLYNN-M. SEN, *Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?*, in *Am. Journ. of Pol. Sc.*, 2015, 1, pp. 37 ss.

⁴⁹⁹ Il che però è quanto si afferma in un contributo non recente, quello di O. ASHENFELTER-T. EISENBERG-S.J. SCHWAB, *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, in *The Journ. of Leg. Stud.*, 1995, 2, pp. 257 ss.; per le variabili considerate e le relative conclusioni, pp. 273 ss.

⁵⁰⁰ Per tutti, anche in relazione alle indicazioni bibliografiche di partenza, T.J. MILES-C.R. SUNSTEIN, *The New Legal Realism*, in *Un. of Chicago L. Rev.*, 2008, pp. 831 ss.

e precedenti concretamente applicati); di più, il diritto come decisione è in fin dei conti il prodotto di una serie di fattori extragiuridici, cioè delle caratteristiche appartenenti o comunque incidenti sul giudice uomo, al sistema giuridico ontologicamente estranei.

Beninteso, a differenza del discorso intorno ai *biases*, il discorso intorno alle (altre) caratteristiche personali del giudice non riguarda la sua componente soggettiva patologica, ma la sua componente soggettiva fisiologica. Scegliamo di evidenziare la fisiologia di queste caratteristiche non tanto perché in fondo è inevitabile che una persona sia contraddistinta da una propria *personality* – anche i *biases* in qualche misura sono inevitabili –, quanto perché per giudicare è necessario assumere decisioni, sciogliere alternative, andare verso una delle direzioni possibili percorrendo una delle possibili vie. È necessario cioè un atto di sintesi il quale altrettanto necessariamente deriva dal personale contributo di ciascun giudicante. Detto in altri termini ancora, non esiste un'unica soluzione corretta e perciò non è possibile concepire una decisione desoggettivizzata. Essendo la decisione, al contrario, il prodotto di un orientamento individuale, e dunque il prodotto di un determinato modo di concepire la giustizia e del contesto *lato sensu* ambientale dal quale si proviene o si è addentro, lo spirito dei contributi scientifici d'oltreoceano sul tema non pare quello di domandarsi se il bagaglio personale del giudice determini anche solo parzialmente il modo di *ius dicere* e *ius dare*. Ma di verificare piuttosto quanto lo faccia, e in ogni caso di ricavarne indicazioni propriamente utili a fini previsionali, in ottica di garanzia.

A mezzo dei sistemi di profilazione del giudice, si è appunto iniziato a praticarlo con sistematicità, implementando strumenti anzitutto deputati a consentire una anticipazione più accurata del contenuto della futura decisione. Dobbiamo quindi richiamare le nozioni elaborate a suo tempo⁵⁰¹, evidenziando fin da subito che i sistemi in discorso costituiscono strumento predittivo a partire dall'analisi del dato interpretativo⁵⁰² per come prodotto da un determinato giudice. Non si tratta cioè di ipotizzare la futura qualificazione giuridica del fatto in base allo stato del c.d. diritto vivente, ai *precedents*; ma in base alla giurisprudenza di quel giudice nello specifico, ai suoi *individual precedents*. Questi ultimi naturalmente si formano anche alla luce del dato legislativo⁵⁰³: anche negli Stati Uniti oggi domina il formante normativo scritto. I dati interpretativo e legislativo risultano poi combinati con il dato individuale; che nei *judge profiling tools* attualmente in uso, lo si vedrà, coincide con un inquadramento biografico e professionale della persona del giudicante⁵⁰⁴. Ulteriori elementi pure componenti la

⁵⁰¹ Nel corso della parte I, a partire dal § 1.1.1.

⁵⁰² V. *supra*, I, anzitutto § 1.1.1.

⁵⁰³ V. *supra*, I, anzitutto § 1.1.1.

⁵⁰⁴ Ciò che si era anticipato *supra*, I, § 1.2., *sub iii*). I rilievi concernenti il dato individuale articolati *supra*, I, § 5.2., è il caso di ripetere anche qui, non concernono le informazioni attualmente

dimensione soggettiva fisiologica del ragionamento umano – gli approcci decisionali, diremmo le ideologie –, delle quali si è altrove accennato⁵⁰⁵, non sono attualmente considerati⁵⁰⁶: al più, sono indirettamente desumibili alla luce del dato individuale; ma insomma, non si tratta di variabili esplicitamente contemplate nell'economia del sistema. Per il dato sociale⁵⁰⁷ le cose stanno in modo parzialmente diverso. Se infatti da un canto non si tratta di una variabile esplicitamente contemplata nell'economia del sistema di profilazione, dall'altro l'eventuale incidenza di esso sulla decisione può essere parzialmente desunta con relativa agevolezza, in quanto vedremo che le piattaforme di *judge profiling* prevedono anche una sezione in cui convergono le notizie pubbliche riguardanti il giudice d'interesse. Nonostante il valore predittivo di determinati *biases*, infine, nelle piattaforme in discorso la componente soggettiva patologica del ragionamento – ad oggi – non è apertamente analizzata.

2.2. «In litigation and legal research, judge analytics is the new black»⁵⁰⁸: le prime piattaforme di profilazione.

A partire dal 2015, oltreoceano le prime piattaforme di profilazione della persona del giudice hanno definitivamente preso piede⁵⁰⁹. Dinanzi a una domanda forte di certezza, l'interesse economico delle imprese si è tradotto in una offerta forte di certezza, attraverso la progettazione e la commercializzazione di diversi *tools* d'i.a.

Tanto dal lato della domanda quanto da quello dell'offerta, la ricerca della certezza in quel sistema essenzialmente riguarda contenuti, *trend* e tempi decisionali del magistrato giudicante. Evoluzione naturale, si direbbe, della *judicial analytics*⁵¹⁰ e del

restituite dai sistemi d'i.a. in uso, ma piuttosto le informazioni che un ipotetico sistema d'i.a. potrebbe in futuro restituire.

⁵⁰⁵ *Supra*, I, § 4.3.

⁵⁰⁶ Ciò del resto non significa che in termini di *judicial analytics* siano mancati studi in argomento: v. per esempio quello di M.A. BAILEY, *Measuring Ideology on the Courts*, Routledge, 2017.

⁵⁰⁷ V. *supra*, I, anzitutto § 1.1.1.

⁵⁰⁸ R. AMBROGI, *In litigation and legal research, judge analytics is the new black*, in *Lawnext.com*, 23 luglio 2015.

⁵⁰⁹ Delle quali aveva dato notizia R. AMBROGI, *In litigation and legal research*, cit.; ID., *Three More Resources Relating to the Judge Profiling*, *ivi*, 24 luglio 2015.

⁵¹⁰ *Judicial analytics* (v. *supra*, § 2.1.) e *judge analytics* (v. il titolo del presente §) sono locuzioni che indicano concetti piuttosto simili: analisi di dati prevalentemente ricavati dalle decisioni giurisdizionali a fini previsionali. La prima, nondimeno, ha una portata più ampia nella misura in cui può riguardare i dati del sistema giudiziario nel suo complesso, includendovi per esempio: quelli afferenti a un determinato ufficio, anche sul versante organizzativo; agli avvocati; ai testimoni, ai periti

*new legal realism*⁵¹¹. E dunque tentativo di dare risposta alle esigenze proprie di un ordinamento di *common law*, in cui sul piano culturale, metodologico e argomentativo il precedente giudiziario conserva un peso di rilevanza cardinale nonostante la codificazione massiva: anche considerato il ruolo spiccatamente politico che spesso le corti nordamericane vengono ad assumere.

Il punto comunque non è semplicemente “sapere di più sul mio giudice”, bensì penetrare nelle logiche del suo ragionamento decisorio – finanche, magari, nella sua concezione della giustizia⁵¹² – in modo che l’avvocato possa mettere a punto la strategia più adeguata per la parte assistita.

Ovviamente, una valutazione di adeguatezza può essere formulata se l’insieme delle informazioni sul giudice – il dato individuale⁵¹³ – risulta detenere una qualche significatività a fini previsionali, potendosi considerare le probabilità che quel giudice deciderà in un determinato modo, una volta individuati alcuni fattori presumibilmente influenzanti la decisione. Anche prima dell’avvento del *judge profiling* le suddette probabilità potevano essere considerate, ma con un grado di accuratezza senz’altro minore: le piattaforme di profilazione nascono difatti per offrire informazioni un tempo inconoscibili o difficilmente conoscibili o solo parzialmente conoscibili. Certo l’*output* rimane sempre condizionato dalla qualità e quantità di dati a disposizione, nonché dalle metodiche di rielaborazione degli stessi.

È in questa ottica, cioè con lo *slogan* del rendere visibili cose fino a quel momento invisibili, che viene lanciato *Ravel Law’s Judge Analytics*: piattaforma accessibile *online*, funzionante grazie al *machine learning*, strutturata sulle decisioni dei giudici federali. In cui, una volta digitato il nome del giudice d’interesse, potevano per esempio essere oggetto di consultazione tutte le sue «*opinions authored*», ossia le motivazioni delle sentenze redatte nel tempo; tutte le «*opinions cited*», ossia i precedenti citati redigendo le motivazioni; come i precedenti erano stati richiamati; quanto la giurisprudenza di altro *circuit* ovvero le *opinions* redatte da altro giudice ovvero determinati precedenti erano stati richiamati; come il giudice aveva deciso su determinate macrotipologie di casi,

e ai consulenti tecnici; *etc.* La seconda locuzione, invece, riguarda esclusivamente i dati ricavabili da un determinato giudice.

⁵¹¹ V. *supra*, § 2.1.

⁵¹² Si pensi, ad esempio, che la rivista *The Federal Lawyer* dal 1998 rende consultabile il profilo di ciascun giudice federale, ora in *Fedbar.org*. Si tratta di un testo di 1400-1500 parole circa, con la precisazione che suddetti «*judicial profiles do not follow a standard formula*»; piuttosto, essi «*usually addresses personal topics such as the judge’s reasons for becoming a lawyer, his/her commitment to justice, how he/she has mentored lawyers and law clerks, etc.*».

⁵¹³ V. *supra*, I, § 1.2., sub iii).

classificate su due livelli di specificazione, per esempio: «*contract - insurance*», «*civil rights - employment*», «*property rights - copyrights*», etc.

Si è provveduto, così, alla sistemazione di una rete di fattori di influenza decisionale, di derivazione giudiziaria ma non solo: nella sezione «*news*» venivano raccolte anche le notizie pubbliche relative al giudice profilato. Ed erano inoltre disponibili: una fotografia, per tale via potendosi ricavare indici in ordine a sesso, etnia, età; le informazioni di contatto; le passate esperienze professionali, comprese quelle eventualmente antecedenti all'ingresso in magistratura.

A ciò si aggiungano le statistiche sui tempi di smaltimento dei fascicoli, sui carichi pendenti e sulla percentuale di macrotipologie di casi *sub iudice* al momento d'interrogazione del sistema.

Un altro strumento di profilazione, tra i primi a essere stati introdotti e tutt'ora in funzione, è il *Judge Information Center*⁵¹⁴. Limitandoci all'ambito penale, nel sito *internet* si rende possibile consultare le «*caseload information*» relative a ciascun giudice federale che ha emesso almeno cinquanta condanne negli ultimi cinque anni. La ricerca può essere orientata indicando direttamente il nome del giudice d'interesse; oppure selezionando una determinata macroarea tematica, per esempio «*organized crime*», «*narcotics/drug*», «*environment*», etc., in tal modo risultando tutti i giudici che hanno deciso casi appartenenti a quell'area; oppure selezionando un determinato *district*, in tal modo risultando tutti i giudici facenti parte di quel *district*.

Di un determinato giudice è poi richiedibile una panoramica sul *curriculum* professionale, sulla nomina presidenziale e sul giudice predecessore, sulla percentuale di casi trattati in relazione alle macroaree tematiche di cui sopra, nonché su quali siano state le *investigative agencies* (es. *Federal Bureau of Investigation*, *State/Local Authorities*, *Postal Service*, etc.) che abbiano indagato sui casi di competenza del giudice prima della sua decisione.

Inoltre, può essere generato un *report* dettagliato in base alle *performance statistics*: durata mediana delle pene detentive inflitte, la quale indica il valore numerico che, in una successione ordinata di altri valori numerici – le singole condanne inflitte –, occupa posizione centrale in quanto metà dei valori è inferiore e metà dei valori è superiore rispetto ad esso; durata media delle pene detentive inflitte, la quale invece indica il risultato della somma di tutte le durate delle pene detentive diviso il numero di condanne; durata mediana del tempo impiegato per trattare e decidere un caso di propria competenza; durata media di quello stesso tempo. Qualunque sia il *report* prescelto, inoltre, è inclusa la comparazione con tutti gli altri giudici del *district* di appartenenza.

⁵¹⁴ Consultabile, in parte gratuitamente e in parte a pagamento, su *Tracfed.syr.edu*.

L'oggetto della comparazione varia a seconda della richiesta: durata mediana o media delle pene inflitte, *etc.*

Va infine menzionato un ulteriore *tool* di profilazione, del quale poteva fruirsi su *OpenJudiciary.org*, specificamente volto ad aumentare i livelli di trasparenza e controllo effettivo dei cittadini sui giudici da eleggere, intendendo garantire un voto più consapevole. Era dunque possibile accedere a una vera e propria biografia del candidato, alle *opinions* eventualmente già redatte da quest'ultimo, nonché alla provenienza e alla entità dei finanziamenti ricevuti per la campagna elettorale.

2.2.1. *Le premesse istituzionali e costituzionali.*

Nel sistema statunitense, come noto, a parte i giudici federali gli altri sono di regola eletti direttamente dalla popolazione. Questo garantisce il massimo grado di legittimazione democratica della magistratura giudicante di livello statale, realizzando il principio della rappresentanza popolare nell'amministrazione della giustizia, pure oltreoceano senz'altro irrinunciabile nonostante manchi una disposizione costituzionale analoga al nostro art. 101 comma 1 Cost.

Nondimeno, l'elezione diretta induce al contempo il candidato a promuovere una determinata politica giudiziaria per attrarre l'elettorato sul quale intende mirare. In seguito all'eventuale insediamento, quel giudice che dapprima ha praticamente garantito l'adozione di una precisa linea di soluzione dei conflitti, non può non trovarsi a dovere *ius dicere* e *ius dare* in modo coerente, adeguando più o meno palesemente il contenuto della propria decisione alle aspettative di coloro che lo hanno votato. Quel giudice, insomma, che dapprima ha inteso esporsi personalmente su come il diritto sarebbe stato applicato (tendenzialmente: sia in punto di interpretazione, nei limiti consentiti dal rispetto della legge e dei precedenti; sia in punto di *quantum* sanzionatorio, ad esempio prefigurando un atteggiamento di particolare rigore nell'infliggere la pena a fronte di determinati reati), continua a essere personalmente esposto durante il mandato. Di fatto, viene dunque a istituzionalizzarsi un fattore extralegale di influenza decisionale dai perniciosi risvolti, soprattutto nell'ottica della nostra tradizione europea continentale⁵¹⁵.

Anche il sistema di reclutamento dei giudici federali garantisce indirettamente una certa legittimazione democratica, nella misura in cui i giudici vengono nominati dal presidente degli Stati Uniti e successivamente confermati dal Senato. Ma contestualmente, va da sé, si produce pure un *vulnus* all'indipendenza della magistratura, in quanto il soggetto così nominato si trova a dover politicamente corrispondere

⁵¹⁵ Sull'eccezione svizzera in tal senso, v. G. OBERTO, *Judicial independence in its various aspects: international basic principles and the Italian experience*, in *Giacomooberto.com*, 2013, § 8.

all'orientamento presidenziale, e cioè al potere esecutivo. Inoltre, la scarsa pluralità ideologica in seno ai collegi potrà anche velocizzare la fase decisionale, ma di certo non contribuisce all'assunzione di decisioni migliori⁵¹⁶.

Dentro una tale cornice istituzionale, l'offerta di *tools* con l'ambizione diciamo del controllo dei giudici da parte degli aventi diritto al voto si coglie con maggiore consapevolezza. Si tratta infatti di garantire che l'individuo sia precisamente informato sugli esponenti del pubblico potere⁵¹⁷, per la soddisfazione di una basilare esigenza di partecipazione effettiva nel e per lo stato di diritto⁵¹⁸, chiaramente discendente dal I emendamento della Costituzione americana.

Quest'ultimo – sancendo il divieto di promulgare leggi che limitino «la libertà di parola, o di stampa» –, inoltre, deve essere apprezzato su di un piano più generale, e cioè per riflettere sulla diffusione del *judge profiling* anche a fini predittivi. Che come vedremo contraddistingue la realtà statunitense rispetto ad altri ordinamenti, *in primis* quello francese. Il diritto ad accedere a informazioni *lato sensu* di interesse pubblico – su contenuti, *trend* e tempi decisionali del soggetto giudicante – è direttamente funzionale ad assicurare una consapevole ed effettiva libertà di manifestazione del proprio pensiero⁵¹⁹, per tale via elaborato con un significativo numero di informazioni sul modo di esercizio del potere giudiziario, le quali dovrebbero osservare anche un certo *standard* qualitativo. Dal presente angolo visuale, insomma, si tratta di promuovere un valore sociale seriamente irrinunciabile: l'opinione individuale e collettiva non basta che sia esprimibile senza impedimenti formali, ma è necessario che sia liberamente esprimibile⁵²⁰, e dunque debitamente informata. In questi termini, rileva non tanto un

⁵¹⁶ In senso critico riguardo al sistema di reclutamento dei giudici federali, soprattutto quando si tratti dei membri della Corte Suprema, D. ORENTLICHER, *Politics and the Supreme Court: The Need for Ideological Balance*, in *Scholars.law.unlv.edu*, 2018, pp. 411 ss.

⁵¹⁷ In via generale, v. A. BHAGWAT, *Our Democratic First Amendment*, Cambridge University Press, 2020, pp. 13 ss. Sull'esigenza di verità alla base del I emendamento della Costituzione americana, cfr. *Abrams v. United States*, 250 U.S., 630 (1919) (Holmes, dissenting). Il pensiero dell'Holmes influenzò profondamente la giurisprudenza a venire. Condivisibilmente, problematizza il rapporto tra I emendamento e verità, rilevando piuttosto come spesso venga attribuita tutela al libero flusso di informazioni in quanto tale, M.N. WEILAND, *First Amendment Metaphors: The Death of the "Marketplace of Ideas" and the Rise of the Post-Truth "Free Flow of Information"*, in *Yale J.L. & Hum.*, 2022, pp. 366 ss.

⁵¹⁸ Su di un diverso ma correlato piano, v. P. NEMITZ, *Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence*, in *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 15.10.2018, p. 3.

⁵¹⁹ Nel senso che il «*right to know*» non coincide con il diritto di esprimersi direttamente ma dovrebbe ritenersi inglobato in quest'ultimo, T. HUANG, *A Quadruple Doctrinal Framework of Free Speech*, in *Colum. Hum. Rights L. Rev.*, 2022, pp. 479 ss.

⁵²⁰ La tutela particolarmente intensa della suddetta libertà fondamentale, peraltro, oltreoceano non implica la sua assoluta inderogabilità, come ha stabilito la giurisprudenza della Corte Suprema:

right of quanto un *right to information*⁵²¹, per cui ciascun individuo ha diritto di ottenere informazioni senza sproporzionate limitazioni⁵²².

In epoca contemporanea, il diritto di essere debitamente informati significa pure diritto a beneficiare dei *big data*⁵²³ in forma organizzata e comprensibile. Conseguentemente, i soggetti privati impegnati nella progettazione e commercializzazione dei *tools* di cui stiamo discorrendo risultano godere di una tutela costituzionale indiretta, in quanto consegnano e forgiando contenuti di interesse pubblico in favore della collettività. Al contempo, essi godono di una tutela costituzionale diretta in quanto esercitano un proprio diritto costituzionale: da ricondurre entro la nozione ampia di «stampa», come vuole l'opinione prevalente intendendola come diritto a diffondere informazioni e opinioni, senz'altro garantito pure al di fuori della professione giornalistica in senso stretto⁵²⁴; ovvero entro la libertà di «parola», ritenendola includere anche il diritto di fare informazione⁵²⁵.

in argomento, v. i contributi di O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Riv. dir. dei media*, 2018, pp. 16 ss., e di E. GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Quest. giust.*, 2015, 4, pp. 50 ss. Sul rapporto tra libertà di espressione e piattaforme digitali nel contesto statunitense, v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2021, 2, pp. 46 ss.; O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, in *Enc. dir.*, 2023, pp. 420 ss.

⁵²¹ Il *right of information* parrebbe invece rilevare come diritto di chiedere e ottenere informazioni di rilevanza pubblica da parte del cittadino alle istituzioni governative: ciò che, negli Stati Uniti, risulta garantito e disciplinato dal *Freedom of Information Act*, su cui può rinviarsi a K.E. UHL, *The Freedom of Information Act Post-9/11: Balancing the Public's Right to Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security*, in *Am. Un. L. Rev.*, 2003, pp. 261 ss.

⁵²² È una valutazione di proporzionalità quella effettuata dalla Corte Suprema sin dal *leading case Reno v. A.C.L.U.*, 521 U.S. (1997), in cui viene affermata con nettezza la copertura costituzionale – in virtù del I emendamento – del «*new free marketplace of ideas*» di internet.

⁵²³ Lo spunto proviene dal contributo di M.D. FAN, *The Right To Benefit From Big Data as a Public Resource*, in *N.Y. Univ. L. Rev.*, 2021, pp. 1438 ss.; l'A., però, costruisce un tale diritto come avente per oggetto i dati dei consumatori appresi dai soggetti privati a fini commerciali, prospettandone una parziale condivisione per finalità di interesse pubblico.

⁵²⁴ Lo riporta C.E. BAKER, *The Independent Significance of the Press Clause Under Existing Law*, in *Hofstra L. Rev.*, 2007, p. 956. Nella giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. per esempio *Branzburg v. Hayes*, 408 US 665, 704 (1972), ove si afferma che la libertà di stampa è un diritto personale fondamentale non limitato a giornali e periodici, cioè alla stampa in senso stretto. S.R. WEST, *Awakening the Press Clause*, in *UCLA L. Rev.*, 2011, p. 1028 e pp. 1034 ss., rileva peraltro che la Corte Suprema non riconosce alla c.d. *press clause* un significato autonomo rispetto alla c.d. *speech clause*, con la conseguenza di sancirne la teorica e pratica inutilità, in quanto per tutelare il diritto a diffondere informazioni e opinioni sarebbe sufficiente già la prima.

⁵²⁵ V. per esempio *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S., 756 (1976), ove si afferma che la c.d. *speech clause* fornisce tutela «*to the communication, to its source and to its recipients both*».

Ne deriva ancora, quanto alla pubblicazione di informazioni di carattere prettamente personale, che per la *privacy* del giudice semplicemente non vi è spazio: se quelle informazioni aumentano i livelli di effettività dei diritti fondamentali e di democraticità del sistema, non si vede la ragione per opacizzare anche solo parzialmente la «casa di vetro» dell'amministrazione della giustizia⁵²⁶. Il fatto poi che i sistemi di profilazione, in quanto sistemi d'i.a., possano risultare autentiche *black boxes* – come si è rilevato a suo tempo⁵²⁷ –, e che quindi attualmente può ritenersi controverso quanto il diritto alla trasparenza e il diritto all'informazione ne escano davvero rafforzati, è una circostanza che in via di principio non scalfisce la sistemazione, anzitutto sul piano valoriale, della questione della diffusione del *judge profiling* nell'ambito del sistema statunitense.

Come peraltro stiamo per vedere⁵²⁸, questo stato delle cose – il disconoscimento di qualsivoglia *judicial privacy*, cioè – ad oggi può ritenersi parzialmente mutato, nel senso che determinati tipi di informazioni sul soggetto giudicante dai sistemi di profilazione non possono più essere pubblicamente restituiti.

2.3. “Context”: la realtà odierna.

La piattaforma “Context”, di proprietà di LexisNexis, è probabilmente la più importante d'oltreoceano⁵²⁹. «*Speak Your Judge's Language*» è la promessa fondamentale ed esplicita dello strumento in discorso⁵³⁰. Di uno specifico giudice federale è possibile consultare: una panoramica sul versante biografico e professionale; l'analisi del suo *case law*; l'insieme di documenti che contengono il nominativo di interesse.

La panoramica, oltre al *curriculum* lavorativo e di studi, e alle informazioni di contatto – i cui contenuti dovrebbero peraltro adeguarsi a quanto oggi dispone il *Judicial Security and Privacy Act*⁵³¹ –, include l'indicazione quantitativa delle *opinions* redatte «*by areas of law*» (es. «*criminal law and procedure*») e «*per year*». L'analisi del *case*

⁵²⁶ Facendo ricorso alla nozione di pubblica amministrazione in senso ampio, si può richiamare la celebre espressione di Filippo Turati, in *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

⁵²⁷ *Supra*, I, § 4.3.

⁵²⁸ *Infra*, § 2.4.

⁵²⁹ Per una panoramica sugli altri *judge profiling tools*, si può consultare <https://lawlibguides.usc.edu/c.php?g=542720&p=3718840>.

⁵³⁰ È ciò che per prima cosa si legge in <https://www.lexisnexis.com/en-us/products/context.page#exp1>.

⁵³¹ Del quale si dirà *infra*, § 2.4.

law prodotto dal giudice si struttura invece nelle due sottosezioni «*motion language*» e «*citation patterns*». All'interno della prima sono consultabili tutte le mozioni decise in passato, suddivise per *motion types* (es. «*motion to dismiss*», «*motion for summary judgment*», «*motion for leave*», etc.); con colore apposito è indicato il contrassegno «*granted*», «*partial*», «*denied*»; a latere possono comparire gli estremi della singola mozione e il contenuto della relativa decisione, nonché il numero complessivo delle mozioni di una determinata tipologia decise.

All'interno dei «*citation patterns*» sono consultabili tutti i precedenti che il giudice cita in senso conforme più spesso, rappresentati a mezzo di un grafico; a latere possono comparire gli estremi del precedente citato, e soprattutto i passaggi motivazionali della relativa *opinion* che il giudice ha richiamato nella propria decisione. In una ulteriore sottosezione è poi possibile accedere all'elenco dei giudici redattori delle *opinions* più di frequente menzionate; anche qui la rappresentazione è di tipo grafico e a latere possono comparire gli estremi della singola pronuncia, insieme ai passaggi motivazionali più rilevanti. Il valore aggiunto dai *citation patterns* per le parti è evidente, non solo al fine di evincere gli argomenti maggiormente persuasivi; ma anche al fine di riflettere su determinate scelte terminologiche, le quali possono rivelarsi più efficaci di altre. “Parlare la lingua del mio giudice”, da quest'ultimo angolo visuale, è pure molto una questione di forma, oltreché di sostanza.

Nei «*documents*» contenenti il nominativo oggetto della ricerca, infine, convergono i testi integrali delle sentenze, le istruzioni impartite alla giuria, le notizie pubbliche che coinvolgono il magistrato, etc.

2.3.1. “Ravel view”.

Sia da ultimo consentito fare cenno al sistema di consultazione dei precedenti giudiziari incorporato nella piattaforma di *LexisNexis*, che logicamente vive di un rapporto di reciproca integrazione con il sistema di consultazione dei *judges' profiles* appena visto⁵³².

La funzione *Ravel view* consente infatti di ricercare una macrotipologia di casi per individuare quali sono i precedenti più influenti in materia⁵³³. Ciò viene immediatamente

⁵³² *Supra*, § 2.3.

⁵³³ I risultati della ricerca possono variare significativamente a seconda delle *keywords* inserite nell'interrogare il sistema. Avvertenze e suggerimenti per una consultazione efficace sono rinvenibili in T. MOSPAN, *Adding terms and connectors searching to your legal research toolkit*, 6.10.2022, in *Lawlibnews.lawnews-asu.org*. Analogo a *Ravel view*, quanto agli obiettivi apertamente perseguiti, il recente esperimento avviato in Francia: v. *Lawdataworkshop.eu*; ne parla anche M.G. CIVININI, *Nuove tecnologie*, cit., p. 10, nt. 20.

visualizzato – si parla appunto di *visualization technology* – attraverso una pluralità di elementi circolari: ogni cerchio rappresenta un precedente e ha una misura tanto più grande quante più sono le citazioni dello stesso da parte di altri giudici. I cerchi sono disposti in modo da individuare l'anno di ciascun precedente e l'autorità giudiziaria da cui provengono, di livello federale (a seconda dei casi: «*supreme*», «*circuit*» o «*district*») o statale.

Le pronunzie – precedente citato e successive decisioni che lo citano – sono peraltro rese in connessione tra loro, unite da una linea. Seguendo la linea è consentito, tra l'altro, approfondire il modo in cui la citazione di una determinata pronunzia sia avvenuta. Nemmeno in un sistema fondato sullo *stare decisis* come quello nordamericano, infatti, richiamare un precedente nel discorso motivazionale significa decidere necessariamente in senso conforme a quest'ultimo. Così, del precedente viene sinteticamente indicato anche il trattamento, nel corso del medesimo procedimento o nell'ambito di procedimenti diversi. A tal fine, le linee di connessione sono contrassegnate da un colore apposito, a seconda che il precedente sia stato radicalmente disconosciuto ovvero richiamato in senso conforme ovvero altro ancora: può così essere apposta l'indicazione «*warning*», «*caution*», «*questioned*», «*positive*», «*neutral*». Per tale via, di un dato precedente, viene messo in luce, seppure con una certa approssimazione, il c.d. *state of authority*: cioè la sua effettiva forza in termini di influenza decisionale⁵³⁴.

A partire da ciascuna figura circolare è infine possibile accedere al testo integrale della sentenza d'interesse.

2.4. *Il Judicial Security and Privacy Act.*

Come più sopra accennato, l'odierna realtà statunitense dei *judge profiling tools* deve pure contemplare, sul piano normativo, alcuni limiti nella pubblicazione di determinate informazioni personali afferenti ai giudici federali.

In tempi assai recenti il Congresso ha difatti approvato, nell'ambito di un intervento legislativo più ampio, il *Judicial Security and Privacy Act*⁵³⁵. L'oggetto della normativa riguarda direttamente la *privacy* dei magistrati, allo scopo di tenerli al sicuro da minacce all'incolumità fisica – loro e dei relativi familiari –, e alla loro serenità di giudizio. L'ambito soggettivo di applicazione include anche i giudici in pensione, potendone essere ancora a rischio l'incolumità; il problema dell'indipendenza invece riguarda solo i giudici

⁵³⁴ Quella appena descritta è praticamente la contemporanea versione dello *Shepard Citorator* – sul quale si veda U. MATTEI, *Il modello di common law*, V ed., Giappichelli, 2018, pp. 194-195 – di più agevole fruizione grazie all'i.a.

⁵³⁵ Se ne rinviene notizia in *Uscourts.org*, nell'articolo *Congress Passes the Daniel Anderl Judicial Security and Privacy Act*, 16.12.2022, a cura della redazione.

in attività, i quali debbono essere messi nelle condizioni di svolgere la professione senza temere ritorsioni.

Nel luglio del 2020 era stato difatti ucciso Daniel Anderl, figlio della *district judge* Esther Salas⁵³⁶: l'omicida, avvocato, aveva individuato l'abitazione della vittima poiché ne conosceva l'indirizzo, liberamente consultabile *online*. L'episodio, che comunque ha i suoi drammatici precedenti, temporalmente si colloca in un momento piuttosto critico sul piano dei rapporti tra collettività e magistratura: oltre al diffuso clima di sfiducia che in questi anni sembra riguardare anche il contesto d'oltreoceano⁵³⁷, dal 2015 al 2020 sono abbondantemente quadruplicati i casi di minacce o altre «*inappropriate communications*» nei confronti dei giudici federali e del personale giudiziario⁵³⁸. A tale riguardo, potrebbe non essere casuale che proprio dal 2015, come si rammenterà, i sistemi di profilazione hanno definitivamente preso piede.

Di talché, la percezione di una sovraesposizione pubblica e sociale, anche confortata da riscontri obiettivi⁵³⁹, ha comportato che il giudice federale sia oggi indicato dalla legge come *at-risk individual* (sez. 3 par. 1 j.s.p.a.). In quanto soggetto a rischio, ha diritto di chiedere e ottenere dall'agenzia governativa competente che determinate informazioni concernenti la sua persona o i suoi familiari più stretti – coniuge, figli, genitori, altro parente stabilmente convivente (sez. 3 par. 6) – vengano contrassegnate come private e dunque rese non accessibili al pubblico, ovvero rimosse entro 72 ore dalla ricezione della richiesta (sez. 4 par. a.1-2), salve le eccezioni tassativamente previste (par. 3). Se si tratta di informazioni presenti su *internet*, la richiesta di non pubblicazione o di rimozione va presentata al *data broker* – persona fisica o ente – che controlla il sito *web* d'interesse. Quest'ultimo deve anche assicurarsi che l'informazione privata non sia presente in altro sito *web* sotto il suo controllo; né può trasferirla a terzi, con qualunque mezzo. A prescindere dalla richiesta del giudice, inoltre, è fatto divieto ai *data broker* di vendere, concedere in licenza, scambiare a titolo oneroso o acquistare le c.d. *covered informations* (par. d).

⁵³⁶ Del fatto si è parlato, tra l'altro, in <https://edition.cnn.com/2020/07/22/us/marc-angelucci-roy-den-hollander-killing/index.html>. Il disegno di legge che è di recente giunto ad approvazione, peraltro, portava il nome di Daniel Anderl per questa ragione.

⁵³⁷ Cita i relativi sondaggi da cui si evince ciò, G. CLARY, *Bill to conceal judges' personal information raises First Amendment concerns*, in *Rcfp.org*, 20.10.2022.

⁵³⁸ I dati del *U.S. Marshals Service* indicano 926 casi nel 2015 e 4.261 casi nel 2020: lo riporta J. KARP, *Federal Courts Backing New Legislation To Protect Judges*, in *Law360*, 15.7.2021.

⁵³⁹ Da ultimo, pare essere stata formulata un'accusa di tentato omicidio nei confronti di un soggetto recatosi armato presso l'abitazione del giudice della Corte Suprema Brett Kavanaugh: lo riporta G. CLARY, *Bill to conceal judges' personal information*, cit.

Covered informations, in particolare, sono quelle relative a indirizzo di residenza principale e secondaria; numero di telefono di casa o personale, numero di telefono cellulare fornito in dotazione dal governo; indirizzo e-mail personale; numero di previdenza sociale, numero della patente di guida o indirizzo di casa disponibili come «*voter registration information*»; informazioni sul conto bancario o sulla carta di credito o di debito; residenza o altro indirizzo inserito nei registri fiscali sulla proprietà o detenuto da un'agenzia governativa federale, statale o locale, compresa la residenza secondaria e qualsiasi immobile in cui il giudice risiede in parte durante un anno; numero di targa o un indirizzo di casa visualizzati sulle informazioni di immatricolazione del veicolo; identificazione dei figli del giudice, di età inferiore ai diciotto anni; data di nascita completa; fotografia di qualsiasi veicolo che esponga in modo leggibile la targa; fotografia di una residenza che indichi in modo leggibile l'indirizzo della residenza; nome e indirizzo di una scuola o di un asilo nido frequentato da familiari stretti; nome e indirizzo del datore di lavoro dei familiari stretti (sez. 3, par. 2).

In ipotesi d'inadempimento, il giudice o la sua *immediate family* sono legittimati a esperire un'azione volta all'ottenimento di un provvedimento ingiuntivo o dichiarativo dell'obbligo di non pubblicazione o rimozione. Se il soggetto tenuto alla non pubblicazione o alla rimozione non osserva il provvedimento così emesso, è previsto il pagamento di una sanzione pecuniaria non superiore a \$ 4.000 e delle spese processuali; salvo che si tratti di un'agenzia governativa, devono essere anche risarciti i danni eventualmente subiti dal giudice o dal familiare di quest'ultimo a causa dell'inadempimento (sez. 4 par. e).

Resta comunque ferma la libertà di informazione da parte di enti specificamente preposti a ciò, quando rilevino questioni di interesse pubblico (sez. 3 par. 3.b). La previsione deve essere letta congiuntamente alla *rule of construction* che in relazione all'obiettivo di proteggere le informazioni private impone di adottare un'interpretazione dell'*Act* idonea a garantire il massimo grado di tutela nei confronti dei giudici (sez. 7 par. b).

Un sistema di *judge profiling* quale *Context*⁵⁴⁰, per esempio, non dovrebbe più reputarsi abilitato a condividere le *covered information* di cui si è detto. In forza di quella regola interpretativa, appunto, non dovrebbe essere consentito interpretare estensivamente l'eccezione della «materia di interesse pubblico» di cui alla citata sez. 3 par. 3.b. Certo, in senso lato può essere ritenuto d'interesse pubblico che un soggetto commerciale specializzato nella profilazione del giudice indichi l'indirizzo dell'abitazione di quest'ultimo: in questo modo, consultando i registri immobiliari, sarebbe in ipotesi più agevole individuare un bene di provenienza donativa, trasferito da

⁵⁴⁰ Sul quale v. *supra*, § 2.3.

un soggetto (che è stato, è, o sarà) parte in un processo di competenza di quel giudice, si da verificare il rispetto dell'obbligo di astensione e dunque la sua imparzialità⁵⁴¹. Ma alla luce della *ratio* dell'intervento legislativo in discorso e della relativa direttiva esegetica, appare preferibile intendere l'interesse pubblico in senso più ristretto: per tornare alla prospettata ipotesi, altra cosa – sebbene discutibile – sarebbe consentire a un giornalista, sulla base della medesima eccezione dell'interesse pubblico *ex* sez. 3 par. 3.b., di riportare gli estremi dell'ubicazione di un immobile costituente il prezzo dell'accertata corruzione del giudice. A tale riguardo, è invero stabilito che in nessun caso il *Judicial Security and Privacy Act* potrà essere interpretato nel senso di impedire alla stampa di svolgere le inchieste ritenute necessarie in ordine a una possibile condotta criminosa del giudice o dei suoi familiari (sez. 7 par. a.1.A). Sia come sia, solo alla luce del consolidamento del diritto vivente si vedrà come determinate disposizioni verranno applicate; soprattutto, in che termini se ne affermerà una lettura ritenuta compatibile con il I emendamento, così intensamente tutelato nel sistema nordamericano⁵⁴².

Fuori del divieto si colloca la possibilità di pubblicare qualsivoglia informazione personale, ove lo stesso giudice o un suo familiare l'abbia già volontariamente divulgata (sez. 7 par. a.3). Nonché la possibilità di accesso alle *decisions* e alle *opinions* dei giudici, la quale rimane in ogni caso garantita (sez. 7 par. a.2); soprattutto, verrebbe da dire, attraverso le piattaforme di profilazione del giudice.

Si consideri da ultimo che una proposta di legge statale è attualmente pendente in North Carolina⁵⁴³. Il contenuto è meno analitico ma analogo rispetto alla normativa federale, con la significativa differenza che l'inadempimento dei *data broker* degli obblighi di rimozione costituirebbe – se il *bill* dovesse essere approvato – un reato di classe C: illecito penale dunque, seppure di moderata gravità.

3. Il divieto di profilazione del giudice in Francia.

⁵⁴¹ Una serie di articoli piuttosto recenti ha valorizzato il ruolo delle informazioni prettamente personali del giudice ai fini del controllo sull'imparzialità. Si legga per esempio *131 Federal Judges Broke the Law by Hearing Cases Where They Had a Financial Interest*, in *Wsj.com*, 28.9.2021, ove menzionando un'inchiesta del *Wall Street Journal* riporta che «*the judges failed to recuse themselves from 685 lawsuits from 2010 to 2018 involving firms in which they or their family held shares*».

⁵⁴² V. i cenni articolati *supra*, § 2.2.1. Le preoccupazioni per una potenziale ingiustificata lesione della libertà di espressione sono manifestate da G. CLARY, *Bill to conceal judges' personal information*, cit.; nello stesso senso si è pronunziata l'*American Civil Liberties Union*, come si legge in T. SNEED, *What to know about a judicial privacy bill Congress is passing with a major defense package*, in *Uscourts.org*, 14.12.2022.

⁵⁴³ «*The North Carolina Judicial Privacy Act*», House Bill drh30164-nd-3, 16.3.2023.

3.1. Il breve trascorso di “Supralegem”.

La realtà statunitense di cui si è appena dato conto rinvia il suo contrario in quella francese, ove a seguito del breve trascorso di *Supralegem* la profilazione è stata vietata sia nell’ambito della giurisdizione ordinaria che in quello della giurisdizione amministrativa.

A mente, cioè, dell’art. 33 *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* – di modifica dell’art. 111-13 *code de l’organisation judiciaire* – «*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*»⁵⁴⁴. Le condotte di riutilizzazione finalisticamente orientate nei termini di cui sopra costituiscono una specifica fattispecie criminosa, sia a carico della persona fisica che dell’ente. Riguardo alla prima, viene fatto rinvio alla pena detentiva pari a cinque anni e alla pena pecuniaria pari a euro trecentomila di multa, previste per il reato di raccolta di dati personali con mezzi fraudolenti, sleali o illeciti ai sensi dell’art. 226-18 *code pénal*; oltreché all’art. 226-31 *code pénal*, il quale prevede determinate pene accessorie di contenuto interdittivo. Riguardo all’ente, invece, si rinvia alle sanzioni interdittive e alla confisca di cui all’art. 226-24 *code pénal*⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Sulla composizione e le funzioni del *greffe*, ossia della cancelleria, v. E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridictionnelles*, cit., pp. 337 ss. V. anche O. DUFOUR, *Les personnels de greffes sortent de leur réserve*, in *Gaz. Pal.*, 9.1.2018, pp. 5 ss.; C. FLEURIOT, *Le greffier n’est pas là pour prendre la place du magistrat*, in *D. act.*, 4.6.2015. L’inclusione dei cancellieri – personale dirigenziale e funzionari – nel divieto di profilazione sembra dipendere dall’avvenuto trasferimento in capo ad essi di alcune attribuzioni originariamente dei giudici, allo scopo di alleggerire il carico di lavoro di questi ultimi. Tali attribuzioni, delle quali danno conto E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridictionnelles*, cit., pp. 342-343, comprendono anche i rilasci dei certificati di nazionalità, toccando quindi una materia vicina a quella che ha interessato il *tool* denominato *Supralegem*, di cui si dirà a breve nel testo. Inoltre, e similmente a quanto è previsto ora pure nel nostro ordinamento mediante l’istituzione dell’Ufficio per il processo, con il *décret* 2015-1275 del 13 ottobre 2015 è stato disposto un significativo potenziamento delle funzioni di cancelleria. Il cancelliere svolge ora, tra le altre, la funzione di «assistente del magistrato»: è deputato principalmente alle ricerche giuridiche, alla preparazione e al trattamento delle cause, e talvolta alla redazione delle decisioni, secondo le indicazioni del giudice.

⁵⁴⁵ A dare notizia o a studiare i temi implicati dal divieto in esame sono stati, per la maggior parte, gli organi di informazione; pur non mancando talune voci dottrinali. V. quindi S. ABITEBOUL-F. G’SSELL, *Les algorithmes pourraient-ils remplacer les juges?*, in F. G’SSELL (diretto da), *Le Big Data et le droit*, Dalloz, 2020, pp. 21 ss.; F. DORNEL, *Les données personnelles à l’épreuve de l’open data des décisions de justice: entre principe de transparence de la justice et droit à la vie privée*, in *Lex-Electronica.org*, Dossier Spécial, 25.2.2020, pp. 67 ss.; E. FOUREL-Y. RAHMANI, *Réutilisation des données d’identité des magistrats: Quel avenir pour la justice prévisionnelle?*, in *Droit & Croissance*, 15.1.2020; F. G’SSELL, *Les progrès à petits pas de la «justice prédictive» en France*, in *Era Forum*, 2020, pp. 303 ss.; ID., *Predicting courts’ decisions is lawful in France and will remain so*, in *Blog de*

Quanto alla vicenda concreta da cui l'intervento legislativo è *in parte qua* originato, la summenzionata piattaforma *Supralegem*, lanciata nel 2016, oggi non è più operante. Si trattava di uno strumento a mezzo del quale – tra l'altro – verificare come un determinato giudice amministrativo avesse deciso su determinate questioni giuridiche. Lo *slogan* fondamentale era quello che abbiamo pure visto nell'esperienza statunitense: l'i.a. applicata all'analisi delle decisioni giudiziarie permette di vedere cose «*invisibles autrement*»⁵⁴⁶. Se però oltreoceano viene più di tutto valorizzato il diritto alla prevedibilità – meglio, l'interesse alla predicibilità – delle decisioni, nonché una esigenza *lato sensu* di controllo sui giudici da eleggere e sui conflitti d'interesse di quelli eletti; nel contesto francese appariva massimamente valorizzato il diritto all'imparzialità dei membri del potere giudiziario. Giacché l'analisi quantitativa in ordine a contenuti e *trend* decisionali poteva rivelarsi funzionale a individuare, del magistrato, ingiustificate propensioni. La promozione della trasparenza nell'amministrazione della giustizia veniva poi a incidere in modo senz'altro considerevole: quel clima aveva condotto alla legge sugli *open data* anche delle sentenze, nella direzione di una «“governamentalità” algoritmica nella giustizia», a mezzo della *Loi n° 2016-1321 pour une République numérique*⁵⁴⁷.

Florence G'sell, 24.6.2019; O. LEURENT, *La justice prédictive vue par le juge judiciaire*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, pp. 583 ss.; J. MCGILL-A. SALYZYN, *Judging by Numbers: How Will Judicial Analytics Impact the Justice System and Its Stakeholders?*, in *Papers.ssrn.com*, 16.7.2020; ID., *Judging by the Numbers: Judicial Analytics, the Justice System and its Stakeholders*, in *Dalhousie L. Journ.*, 2021, pp. 250-252; L. NEUER, *Justice: faut-il faire confiance au verdict des algorithmes?*, in *Le Point*, 17.3.2019; ID., *Profilage des magistrats: «Nous sommes en train de créer une “exception française”»*, intervista a Guillaume Hannotin, in *Le Point*, 31.1.2019; REDAZIONE di *Affiches Parisiennes*, *L'interdiction du profilage des juges, une limite légitime à la publicité des décisions de justice?*, consultabile su <https://www.affiches-parisiennes.com/l-interdiction-du-profilage-des-juges-une-limite-legitime-a-la-publicite-des-decisions-de-justice-9614.html>, 8.1.2020; N. SEMPLÉ, *Judicial Analytics: Facing Uncomfortable Truths*, in *Slaw.ca*, 20 ottobre 2020; S. TAYLOR, *French Data Analytics Law Won't Stop Analytics*, in *Law.com*, 7.6.2019; J. TASHEA, *France bans publishing of judicial analytics and prompts criminal penalty*, in *Abajournal*, 7.6.2019.

⁵⁴⁶ V. la panoramica di Michaël Benesty in <https://www.data.gouv.fr/fr/reuses/supra-legem/>.

⁵⁴⁷ È stata garantita, in particolare, la pubblicazione gratuita di tutte le sentenze della Corte di cassazione; in materia penale, a partire dall'anno 1955. Non si tratta, quindi, di un servizio analogo al nostro *Italggiureweb*, in cui sono consultabili – a pagamento – le massime ufficiali della Cassazione italiana. Riferendoci ancora al contesto nazionale, più simile a quella d'oltralpe è la piattaforma *Sentenzeweb*; gratuita e comprensiva dei testi integrali delle sentenze, ma solo fino al quinto anno precedente a quello in cui il sistema viene interrogato. Entro il 2025, peraltro, in Francia dovrebbe essere accessibile *online*, sempre gratuitamente, oltre alla giurisprudenza di legittimità anche quella di merito: cfr. <https://unite-magistrats.org/publications/open-data-a-nos-risques-et-perils>. Sull'importante intervento legislativo del 2016 (c.d. *Loi Lemaire*) e le sue possibili implicazioni, v. B. 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, pp. 201 ss., alla

In particolare, per quello che più ci interessa, era stato pubblicato uno studio sperimentale indicativo dei giudici che avevano rigettato per il maggiore numero di volte le domande di annullamento dell'*Obligation de Quitter le Territoire Français*, vale a dire del provvedimento di espulsione dal territorio francese suscettibile di emissione nei confronti degli stranieri non regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale. Una volta interrogato il sistema richiedendo le statistiche dei singoli giudici mediante digitazione di «*quitter le territoire*», «*étranger*» e «*asile*», l'*output* algoritmico fornito coincideva col tasso di rigetto delle domande di cui sopra, restituito in percentuale rispetto a tutte le domande decise negli anni 2012, 2013, 2014, 2015. Non compariva il numero delle stesse divise per anno, ma solo il numero complessivo nell'arco degli anni considerati. Peraltro, il nome del giudice indicato non era quello di un giudice monocratico – al quale avrebbe dunque potuto ritenersi integralmente ascrivita la decisione –, ma quello del presidente della sezione di corte d'appello competente a trattare l'affare. Comparando i tassi di rigetto degli stessi giudici nelle ipotesi in cui ricorrente era il soggetto straniero interessato con i medesimi tassi nelle ipotesi in cui ricorrente era la pubblica amministrazione, emergeva un trattamento *in pejus* per lo straniero quando fosse stato quest'ultimo a proporre la domanda di annullamento. Se ne desunse – significativamente precisando l'indisponibilità di ulteriori dati da considerare – un apparente pregiudizio di determinati giudici nei confronti degli stranieri⁵⁴⁸.

3.2. *L'art. 33 Loi n. 2019-222 du 23 mars 2019 e le sue possibili ragioni.*

Il divieto penale di *judge profiling* nei termini dell'art. 33 l. cit. – oltre a porsi in manifesta controtendenza rispetto alla politica della trasparenza attraverso gli *open data* giudiziari⁵⁴⁹ e a dimostrare nuovamente le difficoltà del sistema francese nella gestione dei conflitti –, non è stato introdotto a costo zero.

Precludendo l'accesso agli *individual precedents* del giudicante, va difatti da sé che si rinuncia alla possibilità di anticipare con maggiore accuratezza l'esito della decisione futura. Del resto, come nel sistema statunitense, anche in quello francese obiettivamente

quale è da attribuire anche quanto appena riportato tra virgolette. Sulla nuova banca dati di merito italiana, v. *infra*, III, § 1.1.

⁵⁴⁸ Il tutto è descritto da M. BENESTY, *L'impartialité de certains juges mise à mal par l'intelligence artificielle*, in <https://www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html>.

⁵⁴⁹ Rileva una contraddizione, da questo angolo visuale, B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 91. Il riferimento è alla c.d. *Loi Lemaire*, sulla quale v. *supra*, nt. 547; e che non sembra essere stata accettata di buon grado dalla magistratura francese: v. quanto riporta R. LETTERON, *L'accès aux décisions de justice, ou le dispositif "Anti-Doctrine"*, in *Blog Liberté, Libertés chéries*, 6 gennaio 2019.

esiste una domanda di certezza, a fronte della irriducibile discrezionalità interpretativa giudiziaria che produce un'avvertita disomogeneità applicativa⁵⁵⁰. Tant'è che il ministero della giustizia nel 2017 aveva avviato in ambito civile la sperimentazione del *software* "Predictice" – il quale, a partire dall'inserimento delle *keywords*, tutt'ora consente di effettuare ricerche giurisprudenziali sia in relazione alle pronunzie di legittimità che a quelle di merito, giungendo a restituire la percentuale di probabilità di successo in giudizio⁵⁵¹ – presso le corti d'appello di Douai e Rennes, con l'obiettivo di fare giovare gli stessi giudici dell'analisi quantitativa delle decisioni, giungendo più rapidamente a sentenza e riducendo i margini d'incertezza⁵⁵².

Ancora, precludere l'accesso agli *individual precedents* del giudicante d'interesse vuole dire inevitabilmente ammettere una limitazione alla libertà di espressione, che pacificamente include pure la libertà di informazione sia dal lato di colui che la trasmette sia dal lato di colui che la riceve (art. 11 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, nonché art. 10 C.e.d.u.)⁵⁵³. In questi termini si tratta di una garanzia analoga a quella

⁵⁵⁰ Su di una tale disomogeneità, cfr. per esempio B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 201.

⁵⁵¹ Maggiori dettagli su *Predictice.com*.

In generale, sulla c.d. giustizia predittiva nella dottrina francese, oltre alle fonti altrove citate, si può rinviare a A. GARAPON, *Justice. Les enjeux de la justice prédictive*, in *Sem. jur.*, ed. gen., 9 gennaio 2017, pp. 47 ss.; K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 437 ss., con ampi riferimenti bibliografici; B. BARRAUD, *Un algorithme capable de prédire les décisions*, cit., pp. 121 ss.; S. LEBRETON-DERRIEN, *La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle*, in *La justice prédictive*, in *Arch. phil. dr.*, 2018, pp. 14 ss.; F. ROUVIÈRE, *La justice prédictive: version moderne de la boule de cristal*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2017, pp. 527 ss.; i numerosi contributi in S. AMRANI-MEKKI-L. BORÉ-O. CHADUTEAU et al., *La justice prédictive*, Dalloz, 2018; B. DONDERO, *Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire?*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 10, pp. 532 ss.; C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle*, cit., pp. 621 ss.; Y. MENECEUR, *Quel avenir pour la «justice prédictive»? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice*, in *Sem. Jur.*, 2018, 7, pp. 316 ss.; F.-J. PANSIER, *iJudge: vers une justice prédictive*, LGM éditions, 2019; S. LEBRETON-DERRIEN, *Algorithmes, justice prédictive et juges-robots: entre "Judge Dredd" et "Minority report", quels tribunaux pour demain?*, Enrick B. Éditions, 2023; J.B. HUBIN, *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Larcier Legal, 2019.

⁵⁵² Quel test non andò a buon fine: il primo presidente della corte d'appello di Rennes ebbe infatti a osservare l'insussistenza di un «valore aggiunto» per l'attività giurisdizionale, a causa di riscontrate «distorsioni di ragionamento» – ossia correlazioni erronee – da parte del *software*; augurandosi, nondimeno, «i giorni felici di una migliore qualità analitica». Le dichiarazioni sono riportate da B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 202. In argomento, v. pure T. OUSTET, *L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes*, in *D. act.*, 16 ottobre 2017; C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle*, cit., p. 632.

⁵⁵³ Sul tema, in quell'ordinamento, v. senz'altro J. MORANGE, *Histoire et liberté d'expression*, in *Les Cahiers de droit*, 2012, pp. 715 ss. In Francia, i limiti alla libertà d'espressione sono disciplinati dalla più volte modificata *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*. I limiti in discorso sono generalmente interpretati in modo restrittivo dalla giurisprudenza. Per una possibile

ritenuta discendente dal I emendamento della costituzione americana, come a suo tempo cennato⁵⁵⁴. Ma nel sistema europeo la libertà di espressione riceve una tutela meno intensa: non fondandosi su quella «prevalenza assiologica» al pari del *free speech* d'oltreoceano, è più facilmente e sistematicamente bilanciata con altri principi e valori⁵⁵⁵, nei limiti della proporzionalità. Tra questi, in Francia di non poco rilievo è anche il valore che fonda una cultura della *privacy* piuttosto radicata e strettamente connessa alla sicurezza individuale⁵⁵⁶.

Al netto di quanto precede, una prima ragione alla base del divieto riguarda senz'altro la tutela dell'indipendenza del potere giudiziario, sancita dall'art. 64 della costituzione francese. Giacché la profilazione dei giudici, quale forma di sovraesposizione giuridica ma soprattutto sociomediata e politica, costituisce indubbiamente una leva di pressione nei loro confronti: a tacer qui d'altro⁵⁵⁷, potendoli indurre all'adeguamento verso il «risultato medio»⁵⁵⁸. Un tale pericolo di sistema, insieme a quello del c.d. *forum shopping*⁵⁵⁹, risulta alla base della pronuncia del *Conseil Constitutionnel* in sede di vaglio di legittimità costituzionale dell'art. 33 l. cit., là dove conclude che il divieto di riutilizzo dei dati identificativi del giudice è funzionale a evitare «una profilazione» del giudicante «a partire dalle decisioni rese», e dunque a evitare «pressioni» – come pure «strategie di scelta della giurisdizione»: ecco il riferimento al *forum shopping* – «tali da alterare il funzionamento della giustizia»⁵⁶⁰.

Inoltre, la medesima sovraesposizione sperimentata nel periodo in cui abbiamo visto operante *Supralegem*, ha incrementato i timori afferenti alla sicurezza della persona del giudice, cioè alla incolumità sua e dei relativi familiari⁵⁶¹. L'art. 33 l. cit., da questo

dimostrazione, v. le statistiche giurisprudenziali di cui aveva dato notizia *Le Monde*, «*Charlie Hebdo*», 22 ans de procès en tous genres, 8 gennaio 2015.

⁵⁵⁴ *Supra*, § 2.2.1.

⁵⁵⁵ Cfr. O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, cit., pp. 421 ss.

⁵⁵⁶ V. in argomento, *ex multis*, C. SARTORETTI, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale. Riflessioni sul modello francese*, Giappichelli, 2008, in part. pp. 203 ss.

⁵⁵⁷ Dell'incidenza di un sistema di *judge profiling* sulla garanzia dell'indipendenza del giudice si tornerà diffusamente *infra*, § 3.

⁵⁵⁸ B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 92.

⁵⁵⁹ Il fenomeno, va da sé, esula dalla trattazione in quanto non attiene alla giurisdizione penale; ma v. comunque *infra*, § 4; nonché la trattazione di M. CAIANIELLO, *Giudice imparziale e precostituito per legge*, cit., pp. 907-910.

⁵⁶⁰ *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2019-778 DC del 21 marzo 2019, § 93.

⁵⁶¹ Di questo dà conto anche *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* (c.d. *Rapport Cadet*), novembre 2017, pp. 47-48.

angolo visuale, può essere considerato una soluzione di compromesso tra l'esigenza di salvaguardare i membri del potere giudiziario – e dunque pur sempre la loro indipendenza⁵⁶² – e la richiesta proveniente da una parte degli stessi magistrati di prevedere legislativamente l'anonimizzazione generalizzata delle sentenze anche con riguardo ai nomi dei giudicanti⁵⁶³. L'art. 33 l. cit., infatti, stabilisce l'oscuramento solo dei nomi delle parti o dei terzi; e solo eccezionalmente pure di «qualsiasi elemento identificativo» dei magistrati e del personale giudiziario, allorquando risulti che la divulgazione degli stessi provocherebbe un pericolo «per la loro sicurezza⁵⁶⁴ o il rispetto della loro vita privata»⁵⁶⁵. Malgrado il divieto dell'art. 33 l. cit., sul piano pratico la spinta verso l'anonimizzazione generalizzata persiste in quanto il suddetto divieto non vale anche per le società straniere, le quali potrebbero dunque profilare i giudici francesi a partire dai nominativi indicati nei provvedimenti giudiziari divenuti *open data*⁵⁶⁶.

Un altro elemento di valutazione apertamente considerato nel dibattito antecedente alla criminalizzazione della profilazione del giudice ha riguardato l'art. 111-1 *code de l'organisation judiciaire*, a mente del quale la giustizia è amministrata nel nome del popolo francese⁵⁶⁷. Ciò che, ideologicamente e storicamente, implica una concezione

⁵⁶² Di sicurezza del giudice funzionale pure alla garanzia di indipendenza si è parlato anche *supra*, § 2.4., a proposito del *judicial privacy act* statunitense.

⁵⁶³ Sui timori e la conseguente posizione dell'*Union syndicale des magistrats*, a seguito di un fatto di cronaca per cui sarebbe risultata a rischio l'incolumità di un giudice, v. Redazione, *L'Union syndicale des magistrats «vivement préoccupée» après l'agression d'une consœur*, in *Ouestfrance*, 18 giugno 2019. A favore dell'anonimizzazione generalizzata si registravano ulteriori posizioni istituzionali, in termini analoghi: ne dà conto il rapporto *L'open data des décisions de justice*, cit., pp. 48-49.

⁵⁶⁴ Quanto al problema alla sicurezza, numeri abbastanza recenti sono contenuti in E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridictionnelles*, cit., pp. 295-296, ai quali si rinvia anche per un quadro sulla tutela penale e «statutaria» (art. 11 *ordonnance* n. 58-1270 del 22 dicembre 1958). La «protezione funzionale», che a seconda del tipo di minaccia o violenza subita può consistere nel «sostegno del superiore gerarchico», nel «sostegno psicologico» e nell'«assistenza legale» è estesa ai coniugi, ai figli e agli ascendenti diretti dei magistrati (p. 296, traduzione nostra).

⁵⁶⁵ Una parte della dottrina ha criticato la previsione, sul presupposto che essa sancirebbe di fatto la «sepoltura degli *open data*» limitando illegittimamente la libertà di ricerca nel suddetto ambito e violando il principio di pubblicità delle sentenze: T. PERROUD, *L'anonymisation des décisions de justice est-elle constitutionnelle? Pour la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de publicité de la justice*, in *JP blog*, 11 marzo 2019, trad. nostra; pure critico L. MAUDUIT, *Du secret des affaires au secret de la justice*, in *Mediapart.fr*, 4 novembre 2018.

⁵⁶⁶ V. Redazione, *Open data: à nos risques et périls!*, in *Unite-magistrats.org*, 4 aprile 2023.

⁵⁶⁷ V. il rapporto *L'open data des décisions de justice*, cit., p. 47.

rigidamente istituzionale della stessa⁵⁶⁸: nell'assumere la decisione, il giudice non agisce in nome proprio, ma in nome del popolo che ha votato quelle leggi oggetto di applicazione. In questi termini, profilare il giudice potrebbe provocare una eccessiva personalizzazione del potere giudiziario⁵⁶⁹, e dunque un elemento distonico nell'equilibrio dello stato di diritto⁵⁷⁰. Anche su queste basi, peraltro, il sistema d'oltralpe (finora) non conosce l'istituto della *dissenting* e della *concurring opinion*: cioè la possibilità, per un membro del collegio in disaccordo con il dispositivo e/o con la motivazione della decisione della maggioranza, di redigere un atto separato in cui dare conto del proprio orientamento. Non a caso, *dissenting* e *concurring opinions* costituiscono, invece, prassi pluricentenaria nella realtà statunitense. Lì, come si è visto, quantomeno a livello statale una fisiologica personalizzazione della giustizia discende necessariamente dall'elezione popolare dei magistrati.

Di più, viene da domandarsi se tra le ragioni implicite dell'intervento normativo in commento non vi sia la perdurante latenza di una rappresentazione radicalmente formalistica del giudice-interprete, quantomeno sul piano declamatorio. Quel giudice nella propria soggettività semplicemente azzerato, a partire dalla stagione illuministica di cui si è detto a suo tempo, non può essere collocato al centro della scena della produzione normativa come invece avverrebbe se i sistemi di *judge profiling* potessero liberamente diffondersi.

Da un tale angolo visuale, rimane altamente eloquente lo stile – essenziale e di rappresentazione meccanica – che a tutt'oggi contraddistingue le motivazioni delle sentenze francesi⁵⁷¹ (c.d. *mos gallicus*). Ciò, peraltro, nonostante la recente affermazione

⁵⁶⁸ In argomento, e con specifico riguardo al diritto processuale, E. JEULAND, *Droit processuel général*, cit., pp. 105 ss. Più in generale, v. E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, in *Dr. et soc.*, 1995, 30/31, pp. 381 ss.; E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridiques*, cit., pp. 4 ss.

⁵⁶⁹ Cfr. anche L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., pp. 629-630.

⁵⁷⁰ Il contributo individuale di ciascun giudice è però necessariamente da contemplare, come abbiamo visto in tutto il corso del lavoro e come è senz'altro consapevole anche la dottrina e la giurisprudenza francese; e che il giudice si esponga personalmente, nel rendere la decisione, è il presupposto della sua responsabilità sociale nei confronti di quel popolo nel cui nome quella decisione è presa. Di ciò si discorrerà *infra*, IV, § 1.4.1.

⁵⁷¹ Sull'obbligo di motivazione, anche in prospettiva storica, v. T. SAUVEL, *Histoire du jugement motive*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1955, pp. 5 ss.; A. TOUFFAIT-A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, pp. 487 ss.; C. BLÉRY, *L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790?*, in *Hist. just.*, 1991, 4, pp. 79 ss.; M. WALINE, *La motivation des décisions de justice*, Ed. de la Haute Ecole des Sciences Economiques et Commerciales "Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis". Athènes, vol. II, 1973, pp. 545 ss.; A. BRUNET, *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation*, in AA.VV., *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 56 ss.; E. JEULAND,

Motivation, in L. CADIET (diretto da), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004; M. COHEN, *Rapport*, in M. COHEN-P. PASQUINO, *Rapport final "La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit: le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles"*, Centre de Théorie et Analyse du Droit (CNRS), 2013, pp. 16 ss.; B. GENEVOIS, *Retour sur la motivation des décisions des juridictions suprêmes*, in E. ZOLLER (a cura di), *Penser le droit à partir de l'individu*, Dalloz, 2018, pp. 667 ss. Sui fondamenti e i limiti dell'obbligo in parola, v. L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, pp. 634 ss. Dalla fine del XIX secolo, un modello estremamente conciso di motivazione si è affermato proprio per «dimostrare» all'atto pratico la bontà dello strumento sillogistico, e dunque la pretesa «neutralità» dei giudici nell'applicare la legge: K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., p. 377, traduzione nostra; nonché F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, pp. 151 ss. Cfr. altresì, nella sterminata letteratura, P. MIMIN, *Le Style de jugements: vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, IV ed., Librairies techniques, 1978; S. GUINCHARD, *L'ambition d'une justice civile rénovée*, in *Recueil Dalloz*, 1999, pp. 65 ss.; A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, in *Foro it.*, 1977, V, cc. 41 ss.; H. BLIN-P. DIDIER-M. LE ROY, *Quelques remarques sur la rédaction des arrêts d'appel en matière civile*, in *Sem. Jur.*, 1974, pp. 2635 ss.; J.L. GILLET-B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'arrêt de la Cour de Cassation. Motivation, style et structure*, in F. HOURQUEBIE-M.-C. PONTTHOREAU (a cura di), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, pp. 173-173; la raccolta di saggi di G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico comparativa e testi commentati*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1968, cc. 376 ss.; G. OBERTO, *La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici*, in *Giacomooberto.com*, 2008, §§ 6 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Da vari decenni, peraltro, la dottrina francese si è mostrata in disaccordo rispetto alla prassi in parola. Per tutti, v. A. TOUFFAIT-A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite*, cit., pp. 492 ss., i quali venivano anzitutto a denunciare la mancanza delle ragioni giustificative a sostegno dei principi di diritto affermati dalla Cassazione, e – cosa ancor più grave, si affermava – il difetto di indicazioni circa la portata di quei principi.

Bisogna rammentare, altresì, che data la presenza della giuria popolare, per la corte d'assise in materia penale ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna non vi era obbligo di motivazione *tout court*, sino all'intervento legislativo del 2011. Quest'ultimo, a sua volta, è stato determinato dal *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2011-113/115, del 1° aprile 2011. In seguito, e sempre a causa di una dichiarazione di illegittimità costituzionale del *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2017-694, del 2 marzo 2018, l'art. 365-1 *code du procédure pénal* è stato modificato al fine di introdurre l'obbligo di motivazione in ordine alla scelta della pena irrogata. Così, prevedendo che «(l)e président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises et qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation consiste également dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine, au vu des éléments exposés au cours de la délibération prévue à l'article 362. L'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 706-53-13 est également motivée. La motivation des peines complémentaires obligatoires, de la peine de confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction ou des obligations particulières du sursis probatoire n'est pas nécessaire», il legislatore ha posto fine ad un simile «eccezione legale» all'obbligo di motivazione, in relazione alla corte d'assise. Quest'ultima espressione è di S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, XVI ed., Lexis Nexis, 2023, p. 501 (traduzione nostra), ai quali si rinvia (pp. 500 ss. e 188 ss.) anche per l'evoluzione che ha condotto alle modifiche normativa poc'anzi menzionate. V. anche D. SCHAFFHAUSER, *Comprendre sans se méprendre*, in *Aj*

del modello di *motivation enrichie* della Corte di cassazione, ossia di un modello di motivazione di legittimità maggiormente argomentato e integrato dal richiamo sistematico ai precedenti della C.g.u.e., della Corte e.d.u., oltretutto nazionali⁵⁷². Sulla

pénal, 2018, pp. 32 ss.; D. ZEROUKI-COTTIN, *Réflexions pluridisciplinaires sur la motivation des peines par la cour d'assises*, in *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.*, 2018, pp. 789 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Les fondements philosophiques de la motivation des sanctions*, in C. CHAINAIS-D. FENOUILLET-G. GUERLIN (a cura di), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2. *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'Esprit du droit, 2013, pp. 26 ss.; J.-H. ROBERT, *La détermination de la peine par le législateur et par le juge*, in *Droit pénal, Le temps des réformes*, Litec, coll. Colloques et débats, 2011, pp. 241 ss.; D. ZEROUKI COTTIN-V. PERROCHEAU-P. MILBURN, *L'obligation de motivation des décisions criminelles en France: de la loi aux pratiques. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, in *Rev. jur. Thémis*, 2020, pp. 363 ss. Oggi, dunque, in materia penale tutte le corti sono obbligate a motivare: artt. 485, 485-1, 543, 365-1 *code du procédure pénal*: S. GUINCHARD-J. BUISSON, *op. cit.*, p. 1459.

Sulla presenza della giuria popolare, si può fare rinvio a M. AZAVANT-M. DOUENCE, *Institutions juridictionnelles*, V ed., Dalloz, 2021, pp. 154 ss. Il complesso «problema della giuria» è approfonditamente esaminato in A. VARINARD-S. GUINCHARD-T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, XVI ed., Dalloz, 2021, pp. 797 ss.

⁵⁷² A partire dai lavori della *Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation*, il modello c.d. a *phrase unique*, basato sugli *attendu que* costruiti quale serie di subordinate al dispositivo della sentenza, è stato abbandonato. Nella *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts* (mercredi 5 juin 2019) della Cassazione, consultabile al presente link: <https://www.courdecassation.fr/files/files/D%C3%A9cisions/Guide%20des%20nouvelles%20r%C3%A8gles%20relatives%20%C3%A0%20la%20structure%20et%20%C3%A0%20la%20r%C3%A9daction%20des%20arr%C3%AAts.pdf>, vengono dettate prescrizioni di dettaglio concernenti le modifiche da apportare alla struttura e allo stile della parte motiva del discorso giustificativo, unitamente a un campione di sentenze già redatte, riscritte a mo' di esempio seguendo le nuove linee guida. Una parte della dottrina francese ha ipotizzato che la ragione sottostante a una tale inversione di rotta sia la riconosciuta esigenza di giustificare, da parte della Corte di cassazione, il proprio potere. Quel potere che, storicamente, la stessa Corte non ha evidentemente avuto necessità di giustificare: cfr. K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., p. 387.

Nel segno di una motivazione maggiormente esplicativa, è stato successivamente implementato, come si diceva poc'anzi nel testo, il modello della motivazione c.d. arricchita. In argomento, v. M. DUGUÉ-J. TRAULLÉ, *Introduction*, in ID. (a cura di), *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, Lexis Nexis, 2023, pp. 1 ss.; e, in materia penale, D. THOMAS-TAILLANDIER, *La motivation enrichie et la chambre criminelle*, in M. DUGUÉ-J. TRAULLÉ (a cura di), *op. cit.*, pp. 147 ss. Il via lo hanno dato sei sentenze della stessa Cassazione, rese nel 2019: cfr. S. GUINCHARD-J. BUISSON, *op. cit.*, p. 1459. La suddetta motivazione è stata ufficialmente definita come «une motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision»: *Motivation enrichie. Guide de rédaction*, 26 settembre 2023, consultabile al presente link: https://www.courdecassation.fr/files/files/Demain/Guide_de_r%C3%A9daction_en_motivation_enrichie_sept_2023.pdf, p. 8. Non si deve dunque confondere la motivazione arricchita con l'adozione generalizzata dello «stile diretto» (c.d. *style direct*), al fine di semplificare la lettura delle decisioni: C. SOULARD, *Arrêts mieux motivés, jurisprudence plus cohérente*, in *Rev. dr. pén.*, 2019, 11, pp. 7 ss.; v.

anche J.L. GILLET-B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, cit., pp. 169 ss. Declina le varie ragioni a sostegno di quella che può essere ritenuta una radicale riforma, nell'ambito di quel sistema, K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 384-387. La motivazione si rende dunque maggiormente esplicativa, come è stato spiegato, attraverso l'esplicitazione di passaggi logici e giuridici intermedi del ragionamento: cfr., sul punto, pure L. AYNES, *Motivation et justification*, in *Rev. dr. civ.*, 2004, pp. 555 ss. È un rilievo comune, ma cfr. in ogni caso D. THOMAS-TAILLANDIER, *La motivation enrichie et la chambre criminelle*, cit., p. 155, per il nesso tra struttura e stile delle corti supreme europee, da un lato e motivazione arricchita della Cassazione francese, dall'altro. L'A., peraltro, osserva come di per sé un rinnovato discorso giustificativo rispetto al passato non determini automaticamente un incremento del grado di legittimazione della Corte; sull'indiscutibile nesso tra motivazione e legittimazione, cfr. invece J. LEROY, *Le force du principe de motivation*, in Assoc. Henri Capitant (promosso da), *La motivation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 35. Si concordi o meno con l'affermazione di D. THOMAS-TAILLANDIER, *loc. ult. cit.*, lo scopo della riforma, all'atto pratico, è di rendere la struttura sillogistica che tutt'ora permea le decisioni più argomentata e, così, comprensibile; anche in virtù del richiamo sistematico ai precedenti: v. *funditus* K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 408 ss. In argomento, su di un piano più generale, si vedano *ex multis* T. SAUVEL, *Essai sur la notion du précédent*, in *Recueil Dalloz*, 1955, pp. 93 ss.; P. MAXENCE-M. VAROCLIER, *Le précédent en droit français. Precedentes judiciaires. Diálogos transnacionales*, Tirant Lo Blanch, 2018, consultabile su [hal-04184357](#); F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, pp. 102 ss.; A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation. Annales de l'Université de Toulouse*, vol. XXIII, 1975, pp. 26 ss.; P. MALAURIE, *Les précédents et le droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, 2, pp. 319 ss.; P. HURT, *Les hypothèses juridiques. Une étude du raisonnement judiciaire*, tesi dottorale consultabile al presente [link: p.-hurt_les-hypotheses-juridiques_paris-1_2007.pdf](#), pp. 281 ss. La decisione è presa a discrezione del singolo collegio, in virtù di una valutazione da effettuare caso per caso e in qualunque fase del procedimento di legittimità (*Motivation enrichie*, cit., pp. 11-12). Le ipotesi in relazione alle quali il ricorso al nuovo modello di motivazione è sempre «raccomandato» sono quelle in cui la Cassazione opera un mutamento di giurisprudenza; quelle in cui l'esame del motivo implica la pronunzia sulla violazione di un diritto o di un principio fondamentale, e in particolare quando abbia luogo un giudizio di proporzionalità operato nell'ambito di un giudizio di legittimità convenzionale; quelle in cui il giudice di legittimità si determina per un rinvio pregiudiziale alla C.g.u.e. o, diversamente, dichiara che non vi è motivo di farlo poiché non sussiste un dubbio ragionevole sull'interpretazione e l'applicazione della normativa eurounitaria; quelle in cui il medesimo giudice si determina per una richiesta di parere consultivo alla Corte e.d.u. ai sensi del protocollo aggiuntivo n. 16 alla C.e.d.u. Nell'elencare le situazioni in cui potrebbe in concreto rivelarsi opportuno adottare il nuovo modello di motivazione, appare inoltre significativo il riferimento alle vicende giudiziarie che detengano una particolare eco mediatica o una particolare importanza a livello sociale (*Motivation enrichie*, cit., pp. 10-11). Come osserva, D. THOMAS-TAILLANDIER, *La motivation enrichie et la chambre criminelle*, cit., p. 153, in *criminalibus* rilevano soprattutto i prime due ordini di ipotesi. Se si fa tesoro della tesi di A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, cit., c. 54, per il quale l'estrema concisione della motivazione della Cassazione darebbe più facilità di mutamenti giurisprudenziali, dovrebbe suppersi che, in prospettiva, i suddetti mutamenti sono destinati a diminuire, proprio in virtù dell'obbligo metodologico – per dir così – di *motivation enrichie*. Insistevano, in ipotesi di *revirement*, dell'obbligo in capo ai giudici di «*renforcement de leur motivation*», considerati i noti *dicta* della Corte e.d.u. al riguardo, J.L. GILLET-B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, cit., p. 181. Sul fatto che non si tratta di un modello motivazionale generalizzato, si sofferma ancora K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, cit., pp. 394 ss.

carta, la motivazione c.d. arricchita potrebbe, in effetti, testimoniare una controtendenza rispetto al perdurante, per certi versi latente, formalismo interpretativo di cui si è detto. A ciò si aggiunga il dibattito, in Francia oramai più che avviato, sull'opportunità di introdurre l'istituto dell'opinione dissenziente (c.d. *opinion séparée*), onde consentire agli orientamenti di minoranza di essere debitamente portati alla luce, e comunque di ampliare il contenuto argomentativo delle pronunzie della Cassazione⁵⁷³.

Ma alle dichiarazioni di principio deve ancora corrispondere, almeno così pare, una decisa interiorizzazione culturale, come dimostra la sollecitazione, da parte della commissione di studi sulla «*Cour de cassation 2030*», di aumentare l'impiego del nuovo stile motivazionale per i casi futuri⁵⁷⁴.

Ad ogni modo, la riforma non tocca struttura e stile delle decisioni di merito, che rimangono quelle più rilevanti nell'ottica della profilazione e che, quindi, seguitano a essere redatte secondo il modello c.d. a *phrase unique*, basato sugli “*attendu que*”.

La dottrina francese ha inoltre ipotizzato che il divieto di profilazione dipenda da una certa riluttanza del sistema a fare emergere il livello talvolta inadeguato della qualità delle sentenze⁵⁷⁵. Al riguardo, si è in parte già detto⁵⁷⁶ e più oltre si dirà⁵⁷⁷ del possibile ricorso alla profilazione, a stringenti condizioni ed entro stringenti limiti, proprio al fine di incrementare il livello di qualità decisionale.

Ancora, ci si può probabilmente chiedere se la posizione di immediata e netta chiusura del legislatore francese con l'art. 33 l. cit. non guardi anche più in là dei rischi che a tutta prima potrebbero esaurire il nostro orizzonte visuale. Se cioè un tale posizionamento non sia determinato, tra l'altro, dallo sgomento dinanzi allo scenario del giudice *robot* che a mezzo dell'i.a. potrà teoricamente realizzarsi⁵⁷⁸: in fondo, il grado di automatizzabilità di un determinato *facere* (e *cogitare*?) umano rimane direttamente

⁵⁷³ Nel *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, consultabile qui: <https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>, p. 45, si prospetta l'impiego dell'opinione dissenziente, ma al contempo – consci, tra l'altro, del «rischio di profilazione» dei giudici – si precisa che essa dovrebbe rivestire forma anonima, e comunque a seguito dell'autorizzazione della maggioranza del collegio. V. anche F. MALHIAERE, *La brièveté des décisions de justice*, cit., pp. 157 ss.; su di un piano più generale, M. COHEN, *op. cit.*, pp. 83 ss.

⁵⁷⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, cit., p. 44.

⁵⁷⁵ S. ABITEBOUL-F. G'SELL, *Les algorithmes pourraient-ils remplacer les juges?*, cit., p. 40.

⁵⁷⁶ *Supra*, I, § 5.4.

⁵⁷⁷ *Infra*, Rilievi conclusivi, § 2.

⁵⁷⁸ In argomento – ma non in relazione al fenomeno della profilazione –, nella dottrina francese v., tra gli altri, C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle*, cit., pp. 634 ss.; L. M. GAVERIAUX, *Les robots débarquent au tribunal*, in *Les Échos*, 19 giugno 2019; S. ABITEBOUL-F. G'SELL, *Les algorithmes pourraient-ils remplacer*, cit., pp. 31 ss.

proporzionale alla previa quantità – e naturalmente qualità – della sua sistematica osservazione.

2. *La profilazione del giudice nel quadro della Carta etica Cepej e del Regolamento Ue sull'i.a. Ricadute sul sistema interno.*

I sistemi di profilazione del giudice sono apertamente considerati – seppure in termini piuttosto generici – dalla Carta etica circa l'uso dell'i.a. nell'ambito giuridico⁵⁷⁹, adottata nel 2018, quale strumento di *soft law*, dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej).

In particolare, simili *tools* rientrano tra quelli «da esaminare al termine di supplementari studi scientifici»⁵⁸⁰, in quanto vengono espresse alcune riserve in ordine al rispetto dei diritti fondamentali. Il rispetto dei diritti fondamentali, nell'economia della Carta, è il primo di cinque principi etici che dovrebbero essere osservati da tutti gli applicativi intelligenti nell'ambito giudiziario.

Viene anzitutto richiamato il diritto a un processo equo ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u., su di un duplice versante. Il primo è quello dell'indebito vantaggio concorrenziale che deriverebbe in capo ai soggetti in grado di sopportare gli eventuali costi dei servizi di profilazione, rispetto a coloro che invece non potrebbero permetterselo. L'eventualità che soltanto una parte possa beneficiare del valore predittivo discendente dai risultati di un *software* di profilazione, infatti, comporterebbe una inaccettabile disparità delle armi. Inoltre, le pratiche di profilazione non potrebbero che incrementare il fenomeno del c.d. *forum shopping*, nella misura in cui la scelta strategica del foro competente a seconda delle ritenute probabilità di successo rimarrebbe senz'altro agevolata da una conoscenza ancora più specifica e mirata – e potenzialmente non limitata alla produzione giurisprudenziale, ma estesa anche ad altre informazioni pubbliche – dei diversi soggetti giudicanti. Questa seconda riflessione critica, nondimeno, non interesserà la nostra trattazione in quanto estranea all'ambito penale.

Alcune preoccupazioni sono poi espresse in ordine ai potenziali tentativi di riconoscere – a mezzo dei sistemi di profilazione – pregiudizi politici, religiosi o di altro

⁵⁷⁹ «Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi», 3-4 dicembre 2018. Sui documenti della Cepej che hanno preceduto la Carta etica, nonché su quelli che potranno farvi seguito, v. C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, pp. 189 ss.

⁵⁸⁰ *Carta etica*, cit., p. 43.

genere⁵⁸¹, anche incrociando i dati identificativi del giudice con quelli ricavabili da altre fonti: per esempio *news*, *social networks*, siti commerciali, *etc.*; naturalmente nei limiti stabiliti dalla disciplina sulla *privacy* delle persone fisiche, anzitutto contenuta nella Convenzione 108 del Consiglio d'Europa e nei Regolamenti Ue 2016/679 (c.d. G.d.p.r.) e 2016/680. Qui a venire in gioco pare la stessa legittimazione del potere giudiziario: va da sé che l'eventuale diffusione di siffatte analisi contribuirebbe a gettare un'ombra ancor più fitta sul come, e da parte di chi, l'amministrazione della giustizia venga condotta. Senza considerare le possibilità di strumentalizzazione politica di simili analisi, e dunque in definitiva di manipolazione dell'opinione pubblica.

Ancora, sul piano diciamo della qualità dell'*output* – il principio di qualità, nella Carta, si affianca a quello del rispetto dei diritti fondamentali –, viene messo in discussione che un risultato meramente quantitativo in ordine alla produzione giurisprudenziale di un determinato giudice possa davvero costituire un valore aggiunto. Al fine, cioè, di individuare le autentiche cause determinanti la decisione passata – sì da comprendere e anticipare accuratamente quella futura –, da un risultato meramente quantitativo si dubita che possano evincersi informazioni significative sul peso da attribuire alla specifica *personality* del giudicante. Un fattore extragiuridico decisivo, piuttosto, può risiedere nelle condizioni ambientali e organizzative dell'ufficio giudiziario di appartenenza. Ma naturalmente tutto dipende dal tipo di risultati che un sistema di profilazione potrebbe offrire: altro è il calcolo di quanti processi sono arrivati a sentenza in un anno; altro è la prospettazione analitica dei *trend* decisionali sul piano dei contenuti⁵⁸², per esempio.

Venendo ora al Regolamento dell'Ue sulla disciplina comune dei sistemi d'i.a. – c.d. *A.I. act*⁵⁸³ –, approvato e in procinto di essere promulgata⁵⁸⁴, e complessivamente ispirata al *risk-based approach* sul modello G.d.p.r., osserviamo anzitutto che i sistemi di

⁵⁸¹ V. quanto accaduto a partire dalle risultanze di *Supralegem*, in Francia: *supra*, § 3.1.

⁵⁸² V. la realtà statunitense descritta *supra*, §§ 2. ss.

⁵⁸³ «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione», approvato lo scorso 13 marzo 2024. Per una panoramica sulle precedenti discussioni, le proposte e gli atti adottati in seno all'Unione prima del c.d. *AI act*, v. A. AMIDEI, *La governance dell'Intelligenza Artificiale*, cit., p. 571.

⁵⁸⁴ È del 9 dicembre 2023 la notizia dell'accordo provvisorio tra Parlamento e Consiglio dell'Unione europea sul testo del regolamento, anche se le disposizioni di dettaglio devono ancora essere precisate. Se ne dà conto su *Consilium.europa.eu*. V. anche M.T. COVATTA, *Intelligenza artificiale e diritti. L'UE emana il suo regolamento*, in *Giust. ins.*, 16 gennaio 2024. In data 13 marzo 2024, il testo è stato approvato dal Parlamento: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale>.

profilazione non sono *expressis verbis* oggetto d'attenzione come invece nell'ambito della Carta etica.

In realtà, non vi sono affatto disposizioni specifiche sull'i.a. applicata nell'ambito giuridico, se si eccettua la significativa indicazione contenuta nell'allegato III. Quest'ultimo è deputato a specificare, integrando l'art. 6 paragrafo 2 reg., cosa s'intenda per «sistema di i.a. ad alto rischio», facendovi rientrare tutti i sistemi ivi menzionati, destinati a operare in determinati settori. Il settore n. 8 è quello afferente ad «amministrazione della giustizia e processi democratici». All'interno dello stesso, sono espressamente indicati «i sistemi d'i.a. destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti» (All. III n. 8 lettera a reg.). Una tale ampia formulazione è senz'altro idonea a includere eventuali *judge profiling tools* a fini predittivi, se non altro perché, nell'ipotesi in cui simili *tools* dovessero essere implementati, appare altamente inverosimile – se non proprio al di fuori della realtà – che i medesimi non vengano consultati dagli stessi giudici profilati, oltreché per monitorare le proprie statistiche, pure per farsi assistere nell'assunzione della decisione, consultando gli *individual precedents*⁵⁸⁵ propri o altrui.

Come peraltro si vedrà⁵⁸⁶, una piattaforma di profilazione ben si presta a essere finalizzata alla valutazione e al sindacato sull'attività dei giudici. Qui basti rilevare come tale finalità esuli senz'altro dal tenore testuale dell'All. III n. 8 lettera a reg.

L'elenco dei sistemi concernenti un settore a rischio, si badi, non è definito una volta per tutte. La Commissione è infatti munita del potere di aggiornare l'elenco dei sistemi a rischio di cui al menzionato allegato III allorquando i medesimi risultino direttamente attinenti a uno dei settori ivi elencati (dunque implicitamente escludendo il potere di aggiungere nuovi settori), e altresì fonte di rischio in termini di «impatto negativo sui diritti fondamentali», sempreché suddetto rischio «in relazione alla... gravità e alla probabilità che si verifichi» sia «equivalente o superiore al rischio di... impatto negativo presentato dai sistemi di i.a.» già classificati come ad alto rischio ai sensi dell'allegato III.

Nel procedere in questa direzione, la Commissione è chiamata a valutare, tra l'altro, l'impatto negativo ipotizzabile in quanto prevedibile; quanto l'affermazione anche ipotetica di un determinato sistema d'i.a. abbia «già causato... gravi preoccupazioni in relazione al verificarsi di tale... impatto negativo», come debbono comprovare le autorità nazionali competenti; perché, pure solo in base a «motivi pratici», l'impatto negativo non

⁵⁸⁵ Come intesi *supra*, § 2.1.

⁵⁸⁶ *Infra*, IV.

sia ragionevolmente evitabile⁵⁸⁷; quali siano, se vi siano, le «misure efficaci» già stabilite dal diritto dell'Unione «per prevenire o ridurre sostanzialmente», a monte, i relativi rischi (art. 7 reg.). Una volta classificato come ad alto rischio, il sistema deve essere gestito in osservanza della puntuale disciplina di cui al Titolo III, che riguarda i requisiti, gli obblighi del fornitore e degli utenti, i certificati di conformità (artt. 6-51 reg.).

Peraltro, la versione del Regolamento definitivamente approvata lo scorso 13 marzo ha indicato come «sempre... ad alto rischio» tutte le applicazioni d'i.a. con cui venga effettuata la «profilazione di persone fisiche» (art. 6 paragrafo 3 reg.). Senz'altro ricomprendendo, così, ipotetici *judge profiling tools* ed evitando – in prospettiva – la necessità di inserire una lettera *b* all'All. III n. 8 volta all'inclusione dei “sistemi d'i.a. destinati a profilare o consentire la profilazione dei magistrati, analizzando decisioni e/o comportamenti e/o altre informazioni di pertinenza individuale, allo scopo di ipotizzarne le decisioni future e/o di valutarne o sindacarne l'attività”⁵⁸⁸.

Il presente lavoro, dal canto suo, si avvarrà degli indici poc'anzi richiamati nella direzione di valutare anzitutto se e in che misura un sistema profilatorio possa essere ritenuto necessario per l'esercizio di determinati diritti fondamentali nel sistema penale italiano; o comunque, se e in che misura possa detenere una capacità incrementale, per dir così, rispetto all'esercizio degli stessi. A seguire, se e in che misura la profilazione possa verosimilmente⁵⁸⁹ provocare un impatto negativo⁵⁹⁰ su quei diritti; saggiando, dell'ipotetico impatto, portata e intensità. Nonché eventuale inevitabilità di quest'ultimo, sulla base di considerazioni pratiche; e verificando se a livello eurounitario siano già previste contromisure efficaci.

Valutare la necessità della profilazione del giudice costituisce un'operazione logicamente imposta, data la consapevolezza dell'esistenza di alcuni costi sistemici che con la profilazione sarebbero da sopportare. Per riflettere sull'opportunità di sopportare

⁵⁸⁷ Precisamente, si può tenere conto della «misura in cui le persone che potrebbero subire l'impatto negativo dipendono dal risultato prodotto da un sistema di i.a., in particolare perché per motivi pratici o giuridici non è ragionevolmente possibile sottrarsi a tale risultato».

⁵⁸⁸ A differenza di quanto ipotizzavamo in una fase precedente della ricerca, quando cioè la proposta di regolamento non contemplava un articolo 6 paragrafo 3 di analogo tenore, non è più questione di certezza del diritto – eurounitario, e nella nostra prospettiva anche costituzionale e processuale penale – contribuire alla chiarificazione di come un eventuale sistema profilatorio possa o debba essere classificato.

⁵⁸⁹ Il concetto di verosimiglianza di una ipotesi, e cioè della apparenza di vero di un determinato scenario futuro (effettivi *vulnera* a determinati diritti e garanzie fondamentali per effetto dell'introduzione del *judge profiling*), può risultare un criterio adeguato a indicare sinteticamente la ragionevole probabilità di verifica del suddetto scenario.

⁵⁹⁰ Con tutte le difficoltà e i limiti, teorici e pratici, di anticipare *ex ante* i singoli effetti dell'impatto: al riguardo, cfr. M. GALLI, *Gli effetti “collaterali” delle scelte*, cit., pp. 34-35 e 41-43.

quei costi, si deve infatti preliminarmente considerare la loro necessità o meno. Sarà proprio l'eventuale verifica della non necessità della profilazione ad aprire, in un momento successivo sul piano logico e metodologico, a una comparazione dei suddetti costi con i relativi benefici, al fine di determinare se i primi superino i secondi o viceversa.

Se la presente ricerca consentirà di concludere per la prevalenza dei benefici del *judge profiling* rispetto ai costi, se ne potrà auspicare l'introduzione. Va da sé che si tratterebbe comunque di sistema d'i.a. «ad alto rischio», come abbiamo visto stabilire dalla disposizione eurounitaria. A tal proposito, una simile indagine potrà contribuire indirettamente pure alla messa a punto di quel «sistema di gestione dei rischi» che si renderebbe necessario per il monitoraggio del *tool* in discorso, ai sensi dell'art. 9 reg. In particolare, al fine di mappare determinati rischi «noti e prevedibili»; nonché di valutare i medesimi rischi quando il sistema sia in uso conformemente alla finalità stabilita.

Se invece, oltre alla classificabilità come sistemi ad alto rischio, dalla ricerca si potrà desumere il superamento dei costi rispetto ai benefici, dovrà essere auspicata l'introduzione di un divieto di profilazione del giudice. Ciò quantomeno in termini di profilazione nominativa, facendo salva la possibilità di una eventuale profilazione non nominativa⁵⁹¹ al fine di ottenere i maggiori benefici possibili con il minimo dei costi da sopportare.

⁵⁹¹ Di una simile eventualità si è già fatto cenno *supra*, I, § 5.2.

III

PROFILAZIONE DEL GIUDICE A FINI PREDITTIVI. BENEFICI E COSTI

Sommario: *SEZIONE I* — 1. Capacità incrementale della profilazione. Esigenze apparenti ed esigenze reali. — 1.1. Accesso alle decisioni. Contenuto della garanzia. — 1.1.1. Non necessarietà della profilazione e sua sostanziale inconferenza rispetto all'accessibilità. — 1.2. Pubblicità del processo. Contenuto della garanzia. — 1.2.1. Non necessarietà della profilazione per garantire la pubblicità. — 1.3. Tutela dell'affidamento. — 1.3.1. L'affidamento sul diritto processuale vivente. — 1.3.2. L'affidamento sulla valutazione *lato sensu* probatoria. — 1.3.3. (*segue*) Ipotesi applicative della profilazione. *SEZIONE II* — 2. *Auctoritas* dei profili. Effetti pratici di un vincolo pregiudizievole. — 2.1. Costi strutturali. — 2.1.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sull'indipendenza del giudice — 2.1.2. (*segue*) Dipendenza psicologica. — 2.1.3. (*segue*) Deriva di uno *stare decisis* assoluto. — 2.1.4. (*segue*) Immobilismo interpretativo. — 2.1.5. (*segue*) Standardizzazione valutativa. — 2.1.6. (*segue*) Parzialità del giudice e «inferiorità istituzionale» dell'imputato. — 2.2. Un esempio di costi accessori. — 2.2.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sul diritto all'impugnazione.

SEZIONE I

1. Capacità incrementale della profilazione. Esigenze apparenti ed esigenze reali.

Cominciamo dunque col ragionare intorno al primo punto, tra quelli or ora anticipati. Si tratta di chiarire, in particolare, se l'implementazione di un sistema di *judge profiling* nell'ordinamento italiano possa ritenersi necessario al fine di garantire determinati diritti fondamentali. Nell'economia della presente ricerca, la profilazione può risultare necessaria se risulta che senza di essa un diritto fondamentale non può essere esercitato in misura pienamente soddisfacente, ossia non può essere esercitato nei suoi contenuti essenziali.

1.1. Accesso alle decisioni. Contenuto della garanzia.

Per pronunziarsi su di un tale interrogativo, bisogna preliminarmente inquadrare i contenuti dei diritti sui quali volta a volta intendiamo riflettere.

Quanto allora al contenuto del diritto di accesso alle decisioni giudiziarie, esso dovrebbe idealmente riguardare la possibilità da parte di chiunque di prendere visione ed estrarre copia delle singole sentenze di qualunque giudice della Repubblica (diritto di

accedere alla singola vicenda giudiziaria); nonché di avere contezza dello stato della giurisprudenza sulla questione d'interesse (diritto di accedere a principi e regole giuridiche per come essi vivono). Nei termini appena articolati l'accessibilità gode però di una tutela solo parziale, tanto nella sua elaborazione a livello europeo quanto nella sua previsione a livello nazionale.

La Corte e.d.u. ha difatti costruito l'accessibilità come autonoma rispetto alla pubblicità dell'udienza⁵⁹², ma al contempo come limitata al diritto di pubblicità della sentenza⁵⁹³ derivante dall'art. 6 paragrafo 1 C.e.d.u., sebbene le due condividano la medesima *ratio* di controllo sull'amministrazione della giustizia da parte dei consociati⁵⁹⁴. Il giudice di Strasburgo ha sul punto affermato che la convenzione non pretende sempre e comunque la pubblica lettura della pronunzia, essendo sufficiente la generale messa a disposizione della stessa: ciò peraltro anche a vantaggio del *quisque de populo*⁵⁹⁵, in virtù della *ratio* poc'anzi rammentata⁵⁹⁶. L'accessibilità viene così declinata in termini di pubblicabilità della decisione. Questo, cioè, il livello minimo di tutela da dover assicurare da parte degli stati aderenti, per esempio attraverso il deposito del provvedimento in cancelleria, disponibile su richiesta; ovvero l'inserimento dello stesso nei repertori ufficiali⁵⁹⁷.

Per la costante giurisprudenza europea, inoltre, il «diritto» vigente ex art. 7 C.e.d.u., comprensivo del formante giurisprudenziale, è prevedibile in quanto accessibile⁵⁹⁸.

⁵⁹² Della quale si dirà *infra*, § 1.2.

⁵⁹³ Sulla pubblicità della sentenza che insieme alla pubblicità dello svolgimento del processo va a comporre la garanzia della «pubblicità processuale», v. pure le necessarie distinzioni in M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, ed. III, Giuffrè, 1984, pp. 280 ss.

⁵⁹⁴ Di recente, si veda C. e.d.u., sez. I, Mraović c. Croazia, 14 maggio 2020. La pubblicità, in quanto trasparenza, alimenta anche la fiducia della popolazione nei confronti del sistema: C. e.d.u., Szücs c. Austria, 24 novembre 1997.

⁵⁹⁵ In argomento, L. PRESSACCO, sub art. 6, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 198, al quale si rinvia anche per i plurimi riferimenti giurisprudenziali; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2017, pp. 290-291.

⁵⁹⁶ Letteralmente la garanzia sembra essere intesa in termini assoluti, stante l'eventuale divieto di «accesso alla sala d'udienza» (non alla sentenza) ex art. 6 paragrafo 1 C.e.d.u., per le cause ivi indicate. Ciò a differenza di quanto prevede l'art. 14 Patto internazionale dir. civ. pol., secondo cui «qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli». Per una diversa lettura, tendente ad armonizzare la portata delle due disposizioni, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, II ed., 2000, pp. 41 ss. In ogni caso, non è legittimo l'oscuramento totale del provvedimento: cfr., seppure incidentalmente, C. e.d.u., sez. V, 11 febbraio 2010, Raza c. Bulgaria, § 53.

⁵⁹⁷ Cfr., anche per le indicazioni bibliografiche d'interesse comprensive dei casi in cui il diritto di accesso è stato ritenuto violato, L. PRESSACCO, sub art. 6, cit., p. 198, nt. 243.

⁵⁹⁸ V. per esempio Corte e.d.u., 11 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*.

L'accessibilità – declinata ora in chiave strumentale rispetto alla prevedibilità decisionale – deve infatti avere per oggetto prima di tutto la norma, intesa come disciplina vivente destinata a incidere sulla sfera giuridica dell'individuo.

Nel nostro ordinamento processuale penale, l'art. 116 del codice di rito si occupa della materia disponendo che «durante il procedimento e dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti». Se è una sentenza a essere richiesta⁵⁹⁹, decide in merito il giudice o il presidente del collegio che l'ha emessa. Sembrando sussistere in capo al giudice un margine di discrezionalità, con eventuale fisiologica insoddisfazione dell'interesse del richiedente, la formulazione della disposizione tenderebbe a far qualificare la situazione soggettiva di costui diversamente dal diritto soggettivo; più vicina, semmai, a quella dell'interesse legittimo⁶⁰⁰.

Anche da noi, dunque, l'accessibilità è intesa alla stregua della mera pubblicabilità della decisione; con la differenza – rispetto al sistema convenzionale – che ciò non formerebbe oggetto di un diritto in senso proprio. Una giurisprudenza recente al riguardo manca, ma la prassi appare orientata nel segno di una certa discrezionalità⁶⁰¹.

Attraverso banche dati a pagamento, peraltro, non è garantita la consultazione della totalità dei provvedimenti: la giurisprudenza di merito è solo parzialmente pubblicata, la giurisprudenza di legittimità è consultabile per esteso solo in quanto la relativa massima sia inserita all'interno del Centro elettronico di documentazione (C.e.d.), e i testi integrali di tutte le sentenze della Cassazione – a prescindere cioè dalla relativa massimazione – sono disponibili gratuitamente solo in quanto afferenti al quinquennio precedente all'anno in cui il sistema viene interrogato.

⁵⁹⁹ Si sta scorrendo della richiesta di un soggetto diverso dalle parti in causa, in quanto la disposizione codicistica deve essere letta congiuntamente all'art. 43 disp. att. c.p.p.: sulla questione, v. G.P. VOENA, sub *art. 116*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit., t. I, pp. 1547-1548; F. DINACCI, *Incostituzionale l'orientamento riduttivo delle Sezioni Unite sul diritto alla copia degli atti nei controlli de libertate*, in *Giur. it.*, 1995, pp. 601 ss.; G. DARAIO, sub *art. 116*, in G. CANZIO-G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012, pp. 1167 ss.

⁶⁰⁰ Non a caso si è affermata la natura amministrativa, e non giurisdizionale, dell'atto dell'autorità decidente. Coerentemente, poiché non coperto dall'obbligo costituzionale di motivazione, in mancanza di una specifica disposizione l'atto di autorizzazione o di diniego si ritiene non motivato; ma pur sempre motivabile, come osserva G. DE AMICIS, *Appunti per una ricostruzione sistematica del diritto alla consultazione degli atti processuali*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 984.

⁶⁰¹ In passato, lo rilevava già G. UBERTIS, sub *art. 116*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989, pp. 40 ss.

Quello dell'accesso è però senz'altro un diritto⁶⁰², da doversi riconoscere a qualunque terzo poiché qualunque terzo può affermarsi titolare di un «interesse informativo», promuovendo una interpretazione convenzionalmente⁶⁰³ e costituzionalmente orientata dell'art. 116 c.p.p.

Soffermandoci ora sul relativo ancoraggio costituzionale, anzitutto bisogna invocare l'art. 101 comma 1 Cost.: se la giustizia va amministrata in nome del popolo, il popolo deve essere messo nelle condizioni di poter effettivamente monitorare la suddetta amministrazione. Nei termini in discorso, dovrebbe dunque essere sempre garantito l'accesso alla sentenza nella sua interezza, con riguardo cioè tanto al dispositivo quanto alla motivazione: si tratta di informazioni fondamentali per il funzionamento della democrazia, come le definisce il Libro verde sull'informazione del settore pubblico⁶⁰⁴ e come di recente suggerisce anche il *Consultative Council of European Judges*⁶⁰⁵.

La stessa previsione dell'obbligo ex art. 111 comma 6 Cost., peraltro, varrebbe fino a un certo punto nei confronti dei soggetti diversi dalle parti in causa, qualora la disponibilità della motivazione non fosse ad essi garantita⁶⁰⁶. Del pari, spinge logicamente ad assicurare l'accessibilità il principio di pubblicità del processo, o meglio

⁶⁰² In questo senso può essere anche valorizzata la formulazione dell'art. 116 c.p.p., a mente del quale l'interessato «può ottenere» la copia dell'atto richiesto, rispetto all'art. 243 c.p.p. in tema di prova documentale. Lì il codice prevede che il giudice «può autorizzare» al rilascio della copia, configurando un margine di discrezionalità probabilmente più ampio. Pure da valorizzare è la formulazione dell'art. 116 c.p.p. rispetto alla sua versione previgente: l'art. 165 c.p.p. 1930 disponeva che gli atti in copia «po(tevano) essere chiesti» all'autorità giudiziaria, e il relativo rilascio «po(teva) essere consentito». Sull'art. 165 cit., v. E. LUPO, sub *art. 116*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, 1989, pp. 52 ss.; A. TOSCHI, voce *Segreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 1115.

⁶⁰³ L. PRESSACCO, sub *art. 6*, cit., p. 199, in senso conforme a O. MAZZA, *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1044. Aveva affermato il diritto in questi termini anche G.P. VOENA, *Principio di pubblicità ed udienza preliminare*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*. Atti del IV Convegno tra gli studiosi del processo penale del 20-22 settembre 1991, Giuffrè, 1992, pp. 50 ss.

⁶⁰⁴ *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*. Libro Verde della Commissione europea sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione, COM(1998)585, p. 11.

⁶⁰⁵ Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion No. 26 (2023), *Moving forward: the use of assistive technology in the judiciary*, § 24.

⁶⁰⁶ Il valore e la funzione c.d. extraprocessuale della motivazione sono presi in esame da E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, 1977, pp. 186 ss.

della fase dibattimentale⁶⁰⁷: poter assistere alla celebrazione delle udienze è un diritto⁶⁰⁸ che giocoforza si completa con quello di poter consultare la sentenza emessa all'esito di quelle udienze.

L'accessibilità delle decisioni costituisce inoltre il presupposto della conoscibilità del diritto vivente, la quale ha rilievo costituzionale in quanto fonda il rimprovero di colpevolezza in capo all'agente ex artt. 27 commi 1 e 3 Cost. e 5 c.p. La conoscibilità è a sua volta presupposto della prevedibilità dello stesso diritto vivente, che deve essere promossa alla luce degli artt. 25 comma 2 Cost. integrato dall'art. 7 C.e.d.u., 3 e 24 Cost.

Se questi sono i fondamenti della garanzia di cui si discorre, ne consegue anzitutto l'auspicabilità dell'azzeramento della distanza attualmente intercorrente tra l'accesso inteso come pubblicabilità delle sentenze e l'ulteriore garanzia degli *open data* delle stesse sentenze⁶⁰⁹: l'accesso dovrebbe cioè coincidere con la messa a disposizione totale, integrale e gratuita della giurisprudenza, seppure nei limiti dettati dall'art. 52 commi 1 e 2 d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (c.d. codice della *privacy*). Di più, non risultando sostanzialmente funzionale al diritto di accesso, i nomi e gli indirizzi delle parti e dei testimoni coinvolti dovrebbero essere sempre oscurati, in ragione delle possibili pratiche abusive che nella disponibilità di quei dati potrebbero essere attuate⁶¹⁰.

Un tale azzeramento, come sopra si è detto⁶¹¹, è stato legislativamente determinato all'interno del sistema francese, nell'idea di rendere la giurisprudenza un «bene

⁶⁰⁷ Cfr. su quest'ultimo punto G.P. VOENA, sub art. 116, cit., p. 1552. L'A., inoltre, sostiene condivisibilmente che l'accesso vada assicurato anche rispetto alle decisioni emesse all'esito di riti speciali: in effetti, l'esigenza di pubblicità delle sentenze interessa la generalità delle stesse, sebbene acquisisca una urgenza particolare in relazione alla fase dibattimentale. Nella medesima direzione aveva argomentato O. MAZZA, *Il giusto processo*, cit., p. 1045.

⁶⁰⁸ Del quale si dirà *infra*, § 1.2.

⁶⁰⁹ Registra la distinzione tra i due profili B. CASSAR, *La distinction entre l'open data et l'accès aux décisions de justice*, in *Dalloz-actualite.fr*, 19 luglio 2019. Si sofferma sulla parabola che segnato il passaggio progressivo da un «*principe documentaire*» – affermatosi tra gli anni Sessanta e Duemila, con l'affermarsi delle banche dati a pagamento – fino a giungere agli *open data* giudiziari, E. SERVERIN, *De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées*, in *Arch. phil. dr.*, 2018, pp. 23 ss.

⁶¹⁰ In questo senso anche la *Carta etica*, cit., p. 21.

All'interno del sistema francese, già nel 2001 la Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà raccomandava ai privati proprietari delle banche dati inclusive di decisioni giudiziarie l'oscuramento dei nomi delle parti e dei testimoni (CNIL, delib. n. 01-057, 29 novembre 2001); non sempre la raccomandazione veniva osservata. Attualmente su *Legifrance* viene oscurato, oltre all'indirizzo, il solo cognome: nome, qualifiche e titoli rimangono invece visibili. In argomento, cfr. C. BÉGUIN-FAYNEL, *L'open data judiciaire et les données personnelles: pseudonymisation et risque de ré-identification*, in *Arch. phil. dr.*, 2018, p. 168.

⁶¹¹ §§ 3.1 e 3.2.

comune»⁶¹². Ma se per ragioni quantitative – cioè per i numeri elevati di pronunzie pubblicate – i dati sono sovrabbondanti finendo per creare eccessivo rumore, come si usa dire in informatica, con conseguente inevitabile dispersione almeno parziale degli stessi, allora un’accessibilità effettiva deve giungere a implicare una organizzazione di quei dati in una forma effettivamente fruibile, nell’ipotesi in cui l’interessato intenda conoscere il diritto vivente su di una determinata questione. La giurisprudenza quale bene comune deve insomma poter essere goduta. L’accessibilità in quanto tale non vale nulla, o comunque vale poco, se a partire da una massa di dati non si restituisce un’informazione comprensibile (ci sono vari livelli di comprensione e il destinatario modello non può essere solo l’addetto ai lavori).

Anzi, aprire alla pubblicazione di tutte le sentenze *tout court* determinerebbe effetti nocivi per il sistema, se non altro a causa del disorientamento interpretativo che ne deriverebbe⁶¹³. L’informazione andrebbe infatti totalmente condivisa ma soprattutto debitamente sistematizzata (suddivisa per materia, questioni e sottoquestioni; differenziata per gradi di giudizio e fasi procedurali⁶¹⁴; *etc.*)⁶¹⁵, alla luce di un criterio unico, da decidere in modo massimamente partecipato, per tutto il territorio nazionale.

Oggi, va da sé, una tale sistematizzazione potrebbe beneficiare dell’ausilio dell’i.a., e generare un *surplus* di accessibilità rispetto ai tradizionali mezzi di trattamento, nella misura in cui venga offerta al pubblico una informazione più approfondita; sempre fermo quanto osservato a suo tempo in ordine ai rischi e all’auspicabile direzione da imprimere a quegli applicativi⁶¹⁶.

Bisogna infine dare conto dell’apertura al pubblico, a partire dal 14 dicembre 2023, della «Banca Dati di Merito», liberamente accessibile *online* sul sito del ministero della giustizia⁶¹⁷ e contenente tutti i provvedimenti giurisdizionali civili di merito (esclusi quelli in materia di famiglia, minori e *status* personali), per l’appunto, depositati dal 1°

⁶¹² B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 202.

⁶¹³ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 190.

⁶¹⁴ È ovviamente significativo conoscere anche lo stato della giurisprudenza a livello distrettuale, sulla quale si soffermano C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo*, cit., pp. 38-39.

⁶¹⁵ È prevista una forma di sistematizzazione per esempio all’interno del motore di ricerca *Infocuria*, interrogabile per accedere alla giurisprudenza della C.g.u.e. Sul relativo funzionamento, v. L. TERMINIELLO, *Il motore di ricerca Infocuria*, in G. LATTANZI-M. MAUGERI-G. GRASSO-L. CALCAGNO-A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I. *Il diritto dell’Unione europea e il giudice nazionale*, Giuffrè, 2023, pp. 479 ss. All’interno del portale è anche prevista una sezione sulla giurisprudenza nazionale, potendosi accedere a tutte le sentenze in cui è stata fatta applicazione del diritto eurounitario salvo i casi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. A questi ultimi è peraltro dedicata una ulteriore apposita sezione (p. 542).

⁶¹⁶ V. *supra*, I, rispettivamente §§ 4 e 5.

⁶¹⁷ Al link <https://bdp.giustizia.it/login#>.

gennaio 2016 fino al giorno corrente. Si tratta di un passo decisivo verso quella messa a disposizione della giurisprudenza non solo totale, ma pure debitamente sistematizzata, auspicata poc'anzi. L'utente, infatti, è nelle condizioni di filtrare la propria ricerca in base ai selettori «Distretto», «Ufficio», «Materia», «Anno», e soprattutto interrogare il sistema mediante la formulazione di quesiti in linguaggio naturale; puntando, così, a una fruizione sempre più diretta, da parte dell'interessato, del diritto vivente.

1.1.1. Non necessità della profilazione e sua sostanziale inconferenza rispetto all'accessibilità.

I rilievi articolati spiegano dunque perché in premessa i due contenuti essenziali dell'accessibilità sono stati descritti come diritto di accedere alla singola vicenda giudiziaria, da un lato; e diritto di accedere a principi e regole giuridiche per come essi vivono, dall'altro. Entrambi i contenuti devono essere garantiti sia in funzione di controllo *ex post* sull'amministrazione della giustizia, che in funzione di prevedibilità *ex ante* della futura decisione.

Come si comprende, la profilazione non risulta necessaria in quanto il controllo *ex post* sull'amministrazione della giustizia può essere soddisfacentemente esercitato garantendo l'accesso alle singole decisioni d'interesse e allo stato della giurisprudenza (di merito o di legittimità) attraverso un sistema informativo comprensibile. Il soggetto in ipotesi interessato a saperne di più sul come e il perché i giudici fanno applicazione della legge in un certo ambito, o sul come e il perché una certa prova è stata valutata in un certo modo, dovrebbe appunto essere messo nelle condizioni di ottenere l'informazione richiesta. Il punto è che, alla luce della *ratio* del diritto di accesso, l'informazione richiesta riguarda le modalità di esercizio del potere giurisdizionale in generale e gli atti di estrinsecazione dell'esercizio di suddetto potere in particolare. Essa non riguarda il *dossier* di un singolo giudice come persona fisica, all'interno del quale far confluire dati semplicemente non attinenti né alle modalità di esercizio del potere né ai singoli atti applicativi.

Si potrebbe allora ipotizzare l'implementazione di un sistema di profilazione fondato unicamente sulle decisioni, cioè sugli orientamenti in punto di diritto e nient'altro, a differenza di quanto abbiamo visto a suo tempo soffermandoci sulle esperienze statunitense e francese. Ma un tale sistema appare realmente attinente alla garanzia dell'accessibilità? Al riguardo è vero che la giustizia viene concretamente amministrata dalle persone, e infatti nelle sentenze vengono sempre indicati i nominativi dei giudicanti; sì che l'interessato possa eventualmente concentrarsi anche sui suddetti nominativi. Ma nella prospettiva del diritto di accesso, per le ragioni già illustrate, si tratta pur sempre di dati marginali, non direttamente rilevanti né funzionali.

Quindi certo, si può anche pensare di sistematizzare la massa delle decisioni in base ai nominativi dei giudici, ma si tratterebbe di una sistematizzazione inconferente rispetto ai contenuti dell'accessibilità in chiave di controllo. E dunque – quantomeno nel nome di quest'ultima – di una soluzione teoricamente e praticamente inappropriata, con la quale si sposterebbe il baricentro dall'istituzione alla persona, dall'atto alla persona. In definitiva provocando un effetto deistituzionalizzante del sistema giudiziario, all'interno del quale i singoli componenti non devono rispondere politicamente del loro operato dinanzi alla popolazione, giacché non vengono eletti dalla stessa e quindi non la rappresentano in senso stretto, accedendo alle funzioni tramite concorso *ex art. 106 comma 1 Cost.*⁶¹⁸.

Ad analoghe conclusioni – in termini di non necessità e sostanziale inconferenza della profilazione – si giunge riflettendo sull'accessibilità in chiave di prevedibilità *ex ante* della futura decisione. Ciò può essere compreso se si riprendono i rilievi già svolti a tempo debito⁶¹⁹: il *judge profiling* contribuirebbe al consolidamento del paradigma della predicibilità. E a prescindere qui dall'auspicabilità o meno di quest'ultimo, per essere normalmente prevedibile la decisione non deve essere predicibile, dunque neppure da tale angolo visuale la profilazione può dirsi necessaria.

Inoltre, proprio in virtù della differenza concettuale che intercorre tra i paradigmi della prevedibilità e della predicibilità e che si è tentato di evidenziare nel corso di tutta la prima parte della trattazione, ai fini del diritto di accesso la profilazione rappresenterebbe una soluzione teoricamente e praticamente inappropriata. Perché pur aumentando le possibilità di prefigurazione dell'esito del processo non aumenterebbe di per sé i livelli di comprensibilità e riconoscibilità della norma penale, come invece farebbe la restituzione di un'analisi ragionata e d'insieme (non nominativa, cioè) del diritto vivente.

1.2. Pubblicità del processo. Contenuto della garanzia.

Un'altra fondamentale garanzia sulla quale soffermarsi, sempre allo scopo di verificare se la profilazione del giudice sia necessaria per l'esercizio del diritto nei relativi

⁶¹⁸ Parzialmente diversi appaiono i termini del discorso, in relazione alla c.d. responsabilità sociale del giudice. Di ciò si dirà *infra*, IV, § 1.4.

⁶¹⁹ *Supra*, I, § 5.2.; sempre a partire da S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 219 ss.

contenuti essenziali, è quella avente per oggetto lo svolgimento di regola pubblico del processo penale; precisamente, delle udienze dibattimentali⁶²⁰.

Prima di passare a vedere come il principio pubblicitario si atteggi nel sistema europeo e – in misura più o meno conseguente – nel sistema costituzionale, conviene distinguere tra pubblicità c.d. interna e pubblicità c.d. esterna. Con la prima si indica lo «stato di conoscenza», sempre in via potenziale (eccettuato il pubblico ministero), «procurato ai soggetti del procedimento... tramite l'assistenza agli atti che vi si compiono»⁶²¹. Con la seconda è invece assicurata ai consociati, tra i quali rientrano naturalmente anche gli organi di informazione, la conoscibilità di quanto accade nel processo. Nella sua dimensione per così dire esterna, infatti, si può ancora distinguere tra una pubblicità c.d. immediata, ossia una conoscibilità derivante da una percezione diretta del *quisque de populo*; e una pubblicità c.d. mediata, ossia una conoscibilità derivante da una percezione indiretta attraverso la stampa⁶²².

Entrambi questi profili rilevano, direttamente e indirettamente, già in ambito convenzionale. Direttamente è tutelato il profilo c.d. interno della pubblicità, anzitutto prevista come un diritto fondamentale della persona accusata: ex art. 6 paragrafo 1 C.e.d.u., l'udienza deve essere pubblica⁶²³. Parlando il paragrafo 2 di «*salle d'audience*» o «*trial*», nelle versioni francese e inglese, la dottrina ha ritenuto di dover ancorare la

⁶²⁰ Sotto l'influsso della giurisprudenza convenzionale, la garanzia è nondimeno destinata a operare – seppure limitatamente – in contesti diversi dal dibattimento: si veda C. e.d.u., sez. II, 13 novembre 2007, Boccellari *et al.* c. Italia e *infra*, nt. 643.

⁶²¹ G.P. VOENA, *Principio di pubblicità*, cit., p. 50.

⁶²² Cfr. al riguardo F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, pp. 4-5; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie*, cit., p. 281; G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, II ed., Giuffrè, 1989, p. 11-13. In argomento, tra gli altri v. anche R.I. ADORNO, *sub artt. 470-475*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 2020, pp. 2377 ss.; A. DE CARO, *Udienza pubblica e diritto alla partecipazione diretta al processo*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, pp. 430 ss.; K. LA REGINA, *Le disposizioni generali sul dibattimento*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV., t. II a cura di ID., Utet, 2009, pp. 60 ss.; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018, pp. 632 ss.; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, 2012, pp. 388 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XXI, Giuffrè, 2020, pp. 677 ss.; N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione*, Cedam, 2012, pp. 77 ss.; G. UBERTIS, *Principi*, cit., pp. 39 ss.; E. VALENTINI, *Principio di pubblicità dibattimentale e diritto alla riservatezza di testimoni e parti private*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 1019 ss.

⁶²³ Analogamente dispongono gli artt. 14 paragrafo 1 Patto internazionale dir. civ. pol. e 47 comma 2 Carta dir. fondamentali.

garanzia al «giudizio» inteso quale attività processuale svolta dinanzi al giudice prima dell'emissione della decisione⁶²⁴.

Le *rationes* della pubblicità sono plurime, ma il suo inserimento tra gli elementi essenziali del processo equo consente di individuarne anzitutto una in chiave difensiva: senza la possibilità di partecipare alle udienze, l'imputato non potrebbe «difendersi personalmente» (art. 6 paragrafo 3 lettera c C.e.d.u.), «esaminare o far esaminare i testimoni» (lettera d), «farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza» (lettera e)⁶²⁵. Sempre in chiave difensiva, potendo assistere a quanto avviene in aula l'imputato è altresì nelle condizioni di verificare il rispetto dei propri diritti, e in particolare di verificare terzietà e imparzialità del proprio giudice⁶²⁶.

Inoltre, a parte il fatto che la trasparenza è considerata un valore in quanto tale⁶²⁷ sia per l'imputato che per l'intera collettività, il principio pubblicitario è naturalmente sancito pure in favore di quest'ultima, così indirettamente assumendo rilevanza il profilo c.d. esterno della garanzia, in chiave di controllo: una «giustizia segreta... sottratta al controllo del pubblico»⁶²⁸ è incompatibile con il funzionamento democratico dello stato di diritto. Ancora, nella misura in cui può per l'appunto essere visibile il *quomodo* del giudizio e dunque il rispetto dei diritti fondamentali di pertinenza della persona accusata⁶²⁹, il principio in esame potenzialmente consente di aumentare i livelli di fiducia e credibilità nei confronti del sistema giudiziario e delle persone che lo amministrano⁶³⁰.

La pubblicità può dunque essere intesa come posta a copertura di un intreccio di molteplici interessi individuali e collettivi⁶³¹. Sotto il profilo c.d. esterno, peraltro, non si tratta di un principio inderogabile ma bilanciabile, anche se le relative eccezioni in quanto

⁶²⁴ M. CHIAVARIO, sub art. 6, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, pp. 154 ss.

⁶²⁵ C. e.d.u., Grande camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, §§ 58-59; C. e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdivic c. Italia, §§ 81 e 84; C. e.d.u., sez. II, 25 gennaio 2017, Arps c. Croazia, § 28.

⁶²⁶ V., tra le varie, C. e.d.u., 14 novembre 2000, Riepan c. Austria, § 27; C. e.d.u., 25 luglio 2000, Tierce *et al.* c. San Marino, § 92; C. e.d.u., 29 settembre 1999, Serre c. Francia; C. e.d.u., 24 novembre 1997, Szucs c. Austria; C. e.d.u., 8 dicembre 1983, Acsen c. Germania.

⁶²⁷ C. e.d.u., 25 luglio 2000, cit.

⁶²⁸ C. e.d.u., 14 novembre 2000, cit.

⁶²⁹ C. e.d.u., sez. II, 13 novembre 2007, cit.

⁶³⁰ C. e.d.u., 14 novembre 2000, cit.

⁶³¹ L. PRESSACCO, sub art. 6, cit., p. 191. Sulle *rationes* della garanzia in discorso, cfr. anche P. BRONZO, *La pubblicità delle udienze*, in A. GAITO-D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 177 ss.

tali devono interpretarsi restrittivamente e secondo una logica di proporzionalità⁶³². I limiti all'accesso in aula possono essere giustificati solo in virtù di contrapposte esigenze da ritenere caso per caso prevalenti, di natura oggettiva e/o soggettiva, la cui elencazione si rinviene nello stesso paragrafo 1.

Nel nostro sistema costituzionale, invece, la garanzia in esame non è espressamente contemplata. In origine prevista ai sensi dell'art. 101 del progetto costituzionale presentato all'Assemblea il 31 gennaio 1947, la pubblicità delle udienze salvo eccezioni non venne poi formalizzata⁶³³. Ciò in ragione della ritenuta superfluità dell'esplicitazione, pacificamente discendente dal «fondamento democratico del potere giurisdizionale»⁶³⁴ (art. 101 comma 1 Cost.)⁶³⁵, a sua volta agganciato verso l'alto alla sovranità popolare (art. 1 comma 2 Cost.)⁶³⁶.

Bisogna comunque tenere presente che la mancanza di un referente costituzionale, idoneo a indicare con sufficiente precisione le possibili deroghe al principio di pubblicità, ha imposto al Giudice delle leggi di farsi interamente carico della questione⁶³⁷. È al riguardo assodato anche da noi, difatti, che la garanzia in esame – sempre intesa come esterna, va da sé – può e deve tollerare deroghe, rimanendo perciò bilanciabile con altri valori di rilevanza primaria⁶³⁸, tra i quali vi è senz'altro quello del rispetto della vita privata delle persone coinvolte nella vicenda processuale⁶³⁹. Dal canto suo, quindi, il codice riconosce la pubblicità dell'udienza come un «requisito... elementare... del metodo accusatorio»⁶⁴⁰, ponendola quale regola generale – in dibattimento – a pena di

⁶³² C. e.d.u., sez. II, 10 dicembre 2009, Shagin c. Ucraina, § 65; C. e.d.u., sez. I, 3 aprile 2014, Artemov c. Russia, § 108.

⁶³³ V. *funditus* A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, nt. 11.

⁶³⁴ C. cost., 24 luglio 1986, n. 212 (§ 3, in diritto). Cfr. sul punto M. GIALUZ, sub *art. 111*, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, 2008; G. SANTALUCIA, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 4, t. II, cit., pp. 117-118. Nello stesso senso, già C. cost., 14 aprile 1965, n. 25.

⁶³⁵ Ancora di recente, C. cost., 15 aprile 2015, n. 109.

⁶³⁶ C. cost., 10 febbraio 1981, n. 17. Sull'ancoraggio costituzionale della pubblicità, v. G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Giuffrè, 1984, pp. 186 ss.; ID., *Principio di pubblicità*, cit., pp. 49 ss.

⁶³⁷ Cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie*, cit., pp. 278-279.

⁶³⁸ Così già C. cost., 10 febbraio 1981, n. 17.

⁶³⁹ In argomento, v. O. MAZZA, *Il giusto processo*, cit., pp. 1040 ss.

⁶⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 632.

nullità⁶⁴¹ (art. 471 comma 1 c.p.p.). Le relative eccezioni, il cui fondamento è ora oggettivo ora soggettivo, sono disciplinate mediante previsioni di carattere piuttosto elastico (artt. 472 ss. c.p.p.)⁶⁴². La legittimità delle suddette eccezioni va oggi valutata pure alla luce di quelle espressamente indicate nell'art. 6 C.e.d.u., come interpretate dalla Corte e.d.u., e delle quali si è fatta menzione poco sopra⁶⁴³.

Venendo alle *rationes* del principio per come declinate nel contesto nazionale, in chiave difensiva la pubblicità è stata intesa quale garanzia di «secondo grado», giacché lo svolgimento pubblico dell'udienza risulta strumentale alla verifica e all'esercizio delle tre garanzie processuali «primarie»⁶⁴⁴: contestazione dell'accusa da parte del pubblico ministero (*nullum iudicium sine accusatione*), onere della prova gravante sul pubblico ministero (*nulla accusatio sine probatione*), diritto di difesa (*nulla probatio sine defensione*)⁶⁴⁵.

Anche nella nostra tradizione, poi, si riconosce la funzionalità del principio pubblicitario alle garanzie di indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice⁶⁴⁶. Al riguardo è ricorrente valorizzare il pensiero del Bentham: la sua celebre conclusione del «dove non c'è libertà, non c'è giustizia»⁶⁴⁷ veniva argomentata, tra l'altro, dalla segretezza come gravissimo incentivo alla mancanza di terzietà e imparzialità, e più in generale all'esercizio abusivo delle funzioni esercitate⁶⁴⁸. Al punto che lo stesso reputava la pubblicità massimamente significativa in relazione agli effetti benefici da essa sortiti

⁶⁴¹ Che secondo l'opinione prevalente ha natura relativa: cfr. A. TRABACCHI, sub art. 471, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit., t. III, p. 224 e relative indicazioni bibliografiche.

⁶⁴² In argomento, v. G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2023, pp. 730 ss.

⁶⁴³ A partire da C. e.d.u., sez. II, 13 novembre 2007, cit., l'Italia è stata condannata perché in materia di misure di prevenzione non garantiva la possibilità dello svolgimento pubblico dell'udienza. A seguito delle pronunzie del giudice di Strasburgo, era intervenuta in senso conforme anche C. cost., 12 marzo 2010, n. 93. Su questa e altre materie rilevanti, anche in via potenziale, v. L. PRESSACCO, sub art. 6, cit., pp. 195-197 e nt. 238; nonché G.V. GRIGIONI, *La pubblicità dell'udienza*, in *Quest. giust.*, in *Gli Speciali. La Corte di Strasburgo*, aprile 2019, pp. 323 ss.

⁶⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 632.

⁶⁴⁵ Pressoché testualmente, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 621.

⁶⁴⁶ C. cost., sent. 14 aprile 1965, n. 25. Cfr. anche, tra gli altri, B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 209.

⁶⁴⁷ J. BENTHAM, *Organization of Judicial Establishments. The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, W. Tait, 1843, p. 316, traduzione nostra.

⁶⁴⁸ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. II, Bossange Frères, 1823, pp. 275-276.

sul soggetto giudicante, compreso l'arginamento delle personali caratterialità nel modo di rapportarsi con i soggetti coinvolti⁶⁴⁹.

Ancora, come emerge in più luoghi della letteratura d'oltremania – ma la riflessione vale *in toto* anche per il nostro ordinamento –, la garanzia della pubblicità implica una rinnovata concezione dei rapporti tra l'autorità statale e l'individuo. Se un tempo, infatti, il potere giudiziario si legittimava esclusivamente sulla base della suddetta autorità in quanto tale, a partire dalla rivoluzione francese i giudici si legittimano anzitutto mediante la dimostrazione pratica e diretta, *coram populo, in facie societas*, della giustizia del processo e della decisione⁶⁵⁰. Immaginare una sorta di presunzione in senso contrario, come ben si comprende, risulta pure in prospettiva storica semplicemente fuori della realtà dei tempi moderni.

Dunque, si può affermare che la pubblicità potenzialmente costituisce uno strumento di promozione del rispetto dei diritti di difesa e di un contegno adeguato all'importanza della funzione giurisdizionale. Dagli effetti della presenza del pubblico in aula bisogna peraltro escludere, almeno in via tendenziale, un incremento di qualità della decisione, il quale è semmai un possibile effetto pratico della pubblicità delle sentenze, se queste ultime fossero realmente e sistematicamente lette dai membri della collettività. Ancora, la partecipazione dei presenti tendenzialmente non pare incidere sul contenimento della componente patologica del ragionamento umano⁶⁵¹, che in quanto tale gioca su di un piano prevalentemente inconscio o comunque non razionalmente controllabile.

Quanto al fondamento del principio pubblicitario in chiave di controllo sociale sulle modalità di amministrazione della giustizia, si è già detto dell'ancoraggio agli artt. 101 comma 1 e 1 comma 2 Cost. L'oggetto di un tale controllo, deve piuttosto aggiungersi, a differenza di quanto osservato circa l'accessibilità delle decisioni tocca qui direttamente pure la persona del giudice: il *quisque de populo* è infatti messo nelle condizioni di verificare il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti nel processo, e tra questi il diritto a

⁶⁴⁹ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, cit., p. 276. Le ragioni storiche e politico-sociali della segretezza sono invece esposte in L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., p. 615.

⁶⁵⁰ L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., p. 614, ai quali si rinvia anche per indicazioni normative e giurisprudenziali per il principio pubblicitario nella procedura penale francese, a p. 616, nt. 8. V., altresì, J.-M. AUBY-R. PERROT-A. VITU-M. DAGOT, *Le Principe de la publicité de la justice. Rapports au VI colloque des Instituts d'études judiciaires*, in Ann. Fac. dr. et sc. éco. Toul., t. XVI, 1, 1968, pp. 254 ss.

⁶⁵¹ Per come è stata intesa *supra*, I, § 4.3.

un giudice terzo e imparziale⁶⁵². Ciò che risulta idoneo ad alimentare quell'idea di fiducia e credibilità presa in considerazione anche a livello europeo, e che al giorno d'oggi dovrebbe essere fondata anche su di una «immagine di efficienza» degli uffici giudiziari⁶⁵³. Non da ultimo, e sempre nell'ottica della collettività, in ogni tempo bisognerebbe avere chiaro questo, che una giustizia visibile è *condicio sine qua non* per una giustizia comprensibile o comunque maggiormente comprensibile⁶⁵⁴; dunque la pubblicità, da quest'angolo visuale, appare altresì potenzialmente funzionale a ridurre la divaricazione tra sistema normativo e realtà umana in cui esso è calato.

1.2.1. Non necessarietà della profilazione per garantire la pubblicità.

L'aver chiarito il contenuto e soprattutto le ragioni della pubblicità consente, in primo luogo, di affermare la sicura non necessarietà di un sistema di *judge profiling* per assicurare il rispetto della garanzia. Basta ripercorrere quelle ragioni, di cui sopra, per constatarlo. Se poi intendessimo valorizzare l'esigenza di controllo sul modo di amministrare la giustizia per ciò che si può desumere dagli orientamenti in diritto del giudicante, la questione si sposterebbe sulla pubblicità e quindi sull'accessibilità di questi ultimi, vale a dire delle sentenze. Abbiamo però rilevato più sopra che la profilazione è non necessaria e anzi inconferente rispetto all'accessibilità.

Certo, tornando ora alla pubblicità dello svolgimento del processo, su entrambi i versanti interno ed esterno un dettagliato inquadramento biografico e professionale del giudice potrebbe in assoluto agevolare la verifica della sua imparzialità; e a monte, almeno in alcuni casi, della sua indipendenza. Nell'esclusivo interesse delle parti, peraltro, ciò consentirebbe di avere qualche elemento in più per formulare eventuale dichiarazione di ricusazione, in virtù delle indicazioni che quest'ultima deve contenere ex art. 38 commi 3 e 4 c.p.p. E quegli stessi elementi contribuirebbero all'assunzione di una decisione migliore ex artt. 41 e 42 c.p.p., da parte del giudice della ricusazione. Senza contare come una maggiore disponibilità di informazioni personalizzate possa, in concreto, far sentire il giudice più facilmente ricusabile, di conseguenza incentivandolo a scongiurare ciò mediante autonoma dichiarazione di astensione ex art. 36 c.p.p.

⁶⁵² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 35: «(p)ubblici siano i giudizi, e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento delle società, imponga un freno alla forza ed alle passioni, perché il popolo dica noi non siamo schiavi e siamo difesi».

⁶⁵³ Su quest'ultimo punto, cfr. G.P. VOENA, *Processo pubblico e "mass media": il passato e il presente*, in *Processo e garanzie della persona*, Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, p. 157.

⁶⁵⁴ Sull'obiettivo della comprensibilità connesso al principio pubblicitario, che detiene una matrice illuminista, cfr. G.P. VOENA, *Processo pubblico e "mass media"*, cit., p. 157.

Non si può quindi dire che un eventuale sistema di profilazione sia inconferente rispetto alla pubblicità: essa, come si è visto, riguarda direttamente non solo il “che cosa” (modalità di amministrazione della giustizia), ma pure il “chi” (singoli giudici persone fisiche).

Nel vagliare l'ipotesi di implementazione del *judge profiling*, ci si deve allora arrestare alla non necessarietà dello stesso. Per il resto – in nome della pubblicità – si tratterebbe di uno strumento, almeno in parte, teoricamente e praticamente pertinente, nonché provvisto di capacità incrementale; ma il riconoscere questo non vuol dire riconoscere automaticamente l'auspicabilità della suddetta implementazione. Rimane infatti da verificare, come più oltre si farà, se tali benefici superino i costi o viceversa. Si può già anticipare, infatti, che per un altro verso la profilazione del giudice appare idonea a minare significativamente la stessa indipendenza di quest'ultimo, e dunque a provocare un *vulnus* anche in termini di imparzialità⁶⁵⁵.

1.3. Tutela dell'affidamento.

Un ulteriore oggetto di tutela, da prendere ora in esame, è costituito dall'affidamento individuale in ordine al diritto concretamente applicato.

Qui, tuttavia, non ci si soffermerà nuovamente sull'affidamento, e la connessa esigenza di prevedibilità, relativi al diritto penale sostanziale: al tema è stata infatti dedicata la parte I del lavoro. Come già osservato⁶⁵⁶, siamo quindi in grado di concludere sin d'ora che la profilazione non solo non è necessaria per garantire la normale prevedibilità della decisione, ma appare uno strumento sostanzialmente inconferente rispetto a quest'ultima. La capacità incrementale del *judge profiling* attiene piuttosto a un'istanza di predicibilità che, per le ragioni di cui sopra, non risulta meritevole di garanzia.

È comunque indubbio l'aumento, in virtù della profilazione, delle *chances* di anticipare la futura interpretazione intesa come prodotto, cioè il risultato interpretativo in base al quale la futura decisione verrà emessa. Bisogna allora osservare che, di conseguenza, i principali fondamenti costituzionali e convenzionali della prevedibilità rimangono in certa misura obbiettivamente valorizzati, seppure indirettamente. Grazie a un servizio di *judge profiling* adeguatamente funzionante, non pare difatti discutibile l'aumento delle probabilità che *ex ante* il soggetto possa rinvenire negli *individual precedents* di un determinato giudice un effettivo «criterio di condotta», e dunque compiere libere scelte d'azione; ed *ex post* fatti analoghi vengano analogamente

⁶⁵⁵ V. *infra*, § 2.1.6.

⁶⁵⁶ *Supra*, § 1.1.1.

giudicati⁶⁵⁷. Ciò è appunto preteso, in ogni settore dell'ordinamento, a tacer d'altro dagli artt. 3 e 24 comma 2 Cost. E in materia penale anche dal principio di legalità ex art. 25 comma 2 Cost., integrato dall'art. 7 C.e.d.u. come interpretato dalla Corte e.d.u.; nonché dal principio di colpevolezza ex art. 27 commi 1 e 3 Cost.⁶⁵⁸.

Prevedibilità e predicibilità sono dunque cose diverse, come si è già spiegato, ma hanno pur sempre una base comune. Precisamente, a livello grafico esse potrebbero rappresentarsi come due cerchi distinti aventi una regione di intersezione condivisa, al cui interno si rinvergono i fondamenti costituzionali e convenzionali appena richiamati. Il che rappresenta certamente un possibile beneficio derivante dalla profilazione, da dover considerare in rapporto ai costi, nell'economia di un bilancio conclusivo.

1.3.1. L'affidamento sul diritto processuale vivente.

Venendo invece all'affidamento sulle norme processuali, è nota l'opinione prevalente in ordine alla tutela da riconoscergli. Come già rammentato⁶⁵⁹, salvo diversa previsione di legge la materia si considera regolata dal principio del *tempus regit actum*, corollario dell'art. 11 Prel.; e non dai principi di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole⁶⁶⁰.

Non ricorrerebbero infatti, qui, le medesime *rationes* che in ambito sostanziale giustificano l'operatività della disciplina descritta nell'art. 2 c.p. Argomentando pure dal differente oggetto della disciplina, si è soliti affermare come l'esigenza di garantire la libertà di autodeterminazione individuale mediante la conoscibilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, che impone l'irretroattività sfavorevole, sorga solo in relazione agli elementi della fattispecie incriminatrice (precetto e pena). All'interno della materia sostanziale, inoltre, si aggiungono ulteriori istituti, non facenti

⁶⁵⁷ G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, in M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, 1995, p. 72.

⁶⁵⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 3 ss., al quale deve rinviarsi per una trattazione approfondita della questione e per gli ulteriori referenti costituzionali rilevanti.

⁶⁵⁹ *Supra*, I, § 3.3.

⁶⁶⁰ Sulla successione delle leggi processuali penali nel tempo, si rinvia, tra gli altri, a M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, pp. 466 ss.; ID., *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2017; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, 1987; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999; F. CONSULICH, *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in *Criminalia*, 2019, pp. 359 ss.; G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, pp. 15 ss.

parte né del precetto né della pena in senso stretto, idonei a incidere direttamente sull'esistenza del reato, per esempio la prescrizione e – almeno in qualche misura – le condizioni di procedibilità.

Lo stesso si conclude per negare la retroattività favorevole. Al di fuori del diritto sostanziale, non ricorrerebbe cioè la medesima esigenza di uguaglianza-ragionevolezza – a tacere di ulteriori possibili fondamenti costituzionali impliciti della retroattività favorevole – di trattare analogamente tutti i soggetti indagati o imputati, a prescindere dal tempo di commissione dell'ipotetico fatto. Varrebbero altresì, in senso opposto, gravi ragioni di economia processuale come ostacolo alla ripetizione di tutti gli atti processuali compiuti sotto la vigenza della norma previgente sfavorevole.

Abbracciare l'impostazione appena riportata⁶⁶¹, peraltro, non implica il negare in materia processuale radicalmente tutela all'affidamento sul diritto previgente. Anzitutto, se da un lato è vero che, collocandoci al di là del diritto penale sostanziale, al legislatore è consentito derogare all'art. 11 Prel., e dunque al principio generale di irretroattività della legge; dall'altro lato, lo stesso legislatore rimane vincolato a un criterio di razionalità e ragionevolezza che funge da ostacolo all'introduzione di modifiche normative suscettibili di «frustra(re)... l'affidamento del cittadino nella sicurezza... giuridica»⁶⁶².

In concreto, poi, quando si registra una modifica normativa, anche la giurisprudenza risolve la questione della determinazione dell'*actus* rilevante con l'intenzione di valorizzare la tutela dell'affidamento riposto da una o più parti sulla stabilità del regime giuridico *ante* riforma⁶⁶³. A ciò deve aggiungersi la funzionalità dello stesso *tempus regit actum* a garantire certezza sulla stabilità degli atti già compiuti, escludendo appunto l'efficacia retroattiva della nuova legge. Senza contare, infine, le recenti pronunzie della Cassazione volte a riconoscere, almeno in via di principio, l'illegittimità di mutamenti interpretativi *in pejus* (retroattivi) se imprevedibili, e dunque comportanti un'intollerabile lesione dell'affidamento maturato sulla precedente interpretazione⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Parte autorevole della dottrina non ha mancato di concludere in senso diverso: v., per tutti, M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo*, cit., pp. 3 ss.; O. MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, pp. 6 ss.

⁶⁶² Di recente, è stato ribadito da C. cost., 7 dicembre 2016, n. 16 (§ 8.1, in diritto), a cui si rinvia anche per i precedenti menzionati. La Corte ha nondimeno riaffermato un principio concernente l'affidamento sulla stabilità di «situazioni sostanziali», dunque ai fini del nostro discorso il *dictum* vale per sole modifiche della legge processuale idonee a incidere sulle situazioni in parola.

⁶⁶³ Per un esempio recente, a proposito del nuovo art. 573 comma 1-*bis* c.p.p., si può rinviare a Cass., sez. un., 21 settembre 2023, n. 38481, in *Proc. pen. e giust.*, 21 settembre 2023.

⁶⁶⁴ V. *supra*, I, § 3.3.

Come infatti è stato rilevato, la prevedibilità processuale può rinvenire i propri fondamenti costituzionali negli artt. 111 e 24 comma 2 Cost.⁶⁶⁵.

Sul primo versante, intuitivamente un processo imprevedibile nei suoi sviluppi non può risultare «giusto». Pure per questo, si direbbe, è stato sancito il principio di legalità ai sensi dell'art. 111 comma 1 Cost.

Sul secondo versante, la retroattività del mutamento normativo sfavorevole a partita già iniziata – per richiamare l'espressione utilizzata in più d'una occasione dalla giurisprudenza – comporta inevitabilmente un *vulnus* alle possibilità di difendersi adeguatamente in giudizio, tanto a livello di atto isolatamente considerato quanto a livello di intera strategia processuale⁶⁶⁶.

Dunque, nella misura in cui un sistema di *judge profiling* aumenterebbe le possibilità di anticipazione della futura interpretazione delle disposizioni processuali rilevanti, verrebbero obiettivamente valorizzati, almeno da un certo angolo visuale, i principi costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa. È una conclusione simile, ma non uguale, a quella che abbiamo sviluppato in relazione al diritto penale sostanziale: mediante l'i.a., la profilazione del giudice contribuirebbe pur sempre all'affermazione del paradigma della predicibilità, ma in materia processuale non rilevano le medesime istanze di comprensibilità e riconoscibilità della norma da considerare in materia sostanziale. In questi termini, bisogna allora registrare, della profilazione, la capacità incrementale; con l'avvertenza, anche qui, che di un tale potenziale beneficio a suo tempo si darà conto in rapporto ai relativi costi.

Inoltre, ancora allo scopo di delineare una differenza rispetto all'applicazione della profilazione al diritto penale sostanziale, fare ricorso alla stessa per anticipare il futuro diritto processuale applicato significherebbe pure colmare, almeno parzialmente, lo scarto che tra sostanziale e processuale si registra in rapporto al sindacato del giudice di legittimità. Le disposizioni del codice di rito direttamente rilevanti ai fini del ricorso, infatti, sono solo quelle stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606 comma 1 lettera c c.p.p.). Di talché, la funzione nomofilattica della Cassazione non può essere esercitata con riguardo all'intera disciplina processuale, così determinandosi un potenziale *deficit* di calcolabilità giuridica in relazione alle disposizioni di legge la cui violazione non è direttamente ricorribile.

⁶⁶⁵ Di recente, cfr. B. FRAGASSO, *Sulla retroattività dell'overruling in materia processuale, tra soggezione del giudice alla legge e giusto processo* (nota a Cass., sez. III, 27 novembre 2020, n. 1731), in *Sist. pen.*, 17 marzo 2021, § 2.

⁶⁶⁶ Almeno rispetto a una parte della disciplina processuale, bisognerebbe infatti sempre avere a mente che «la certezza dell'applicazione di una norma di garanzia è elemento costitutivo della garanzia medesima»: F. MORELLI, *Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità: contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate*, in *Criminalia*, 2014, p. 158.

Come si comprende – e a prescindere da quest’ultimo rilievo –, tra i possibili ambiti applicativi, la profilazione costituirebbe oggetto di elevato interesse là dove sorge l’esigenza di formulare un pronostico sul modo in cui il giudice interpreterà discipline particolarmente elastiche. Uno dei molti esempi può rinvenirsi nel sistema C.e.d.u., e in particolare per quanto concerne la determinazione dei contenuti delle singole garanzie discendenti dall’art. 6. È stato infatti messo in luce che il giudice di Strasburgo non sviluppa il proprio diritto vivente tanto allo scopo di specificare puntualmente i significati della disposizione, al fine cioè di chiarire cosa significa e in cosa si traduce un processo equo; quanto piuttosto si concentri sull’elaborazione di principi relativi a come impostare il suddetto controllo di equità⁶⁶⁷. Nella prospettiva convenzionale, si ambirebbe, così, a garantire una prevedibilità di «metodo» più che di contenuti⁶⁶⁸. Sul piano dei contenuti, dunque, il giudice nazionale chiamato a fare applicazione dell’art. 6 C.e.d.u. non può rifarsi a una giurisprudenza della Corte e.d.u. consolidata. Acquista di conseguenza molto peso il suo contributo individuale. Di qui, come anticipato, il particolare interesse per uno strumento di profilazione del giudice nazionale, allo scopo di conoscere – e così anticipare – con maggiore concretezza il modo in cui le garanzie convenzionali saranno applicate.

1.3.2. *L’affidamento sulla valutazione lato sensu probatoria.*

Seppure non precisamente nei termini del diritto sostanziale e processuale vivente, anche il risultato della valutazione probatoria dovrebbe costituire oggetto di un affidamento da tutelare.

È vero infatti che la valutazione probatoria rientra principalmente nell’area del giudizio di fatto, ossia del tema storico (corrispondenza del fatto descritto nell’imputazione alla realtà esterna) e non giuridico (corrispondenza dello stesso fatto a una fattispecie incriminatrice)⁶⁶⁹. Interpretazione autoritativa della legge e valutazione probatoria, sebbene entrambe di spettanza esclusivamente giudiziale⁶⁷⁰ ed entrambe in qualche misura finalizzate a un’ascrizione di significati⁶⁷¹, sono infatti cose diverse, almeno ragionando in termini di prevalenza. Anche alla luce di ciò alcuni caratteri delle rispettive discipline possono essere intesi e giustificati. Tra gli altri, balza

⁶⁶⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Per una grammatica minima del giudizio di equità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1680; A. BOLDRIN, *La corte di Strasburgo e l'utilizzo del «precedente»*, cit., p. 936.

⁶⁶⁸ R.E. KOSTORIS, *Per una grammatica minima*, cit., p. 1680.

⁶⁶⁹ Distingue i temi storico e giuridico in questi termini, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 27 ss.

⁶⁷⁰ Cfr. sul punto P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 183.

⁶⁷¹ Cfr. ancora P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 53, anche là dove distingue i diversi significati che vengono a rilevare.

macroscopicamente agli occhi che l'ordinamento detta criteri positivi solo ai fini della corretta conduzione dell'attività interpretativa (artt. 12-14 Prel.), mentre ai fini della conduzione dell'attività valutativa sono criteri negativi a essere previsti⁶⁷². Del pari, tra fatto e diritto naturalmente cambiano struttura e contenuti della motivazione (art. 546 comma 1 lettera e c.p.p.), nonché le possibilità di ricorso per cassazione (art. 606 comma 1 c.p.p.).

Ma la sicura diversità intercorrente fra interpretazione e valutazione non appare idonea a dimostrare che l'affidamento individuale sul come le prove saranno valutate dal giudice non abbia una ragione d'essere.

Anzitutto, alla sfera della suddetta valutazione non è del tutto estraneo il giudizio normativo. Ritenere ad esempio credibile un testimone implica pur sempre, logicamente, la necessità di interpretare la disposizione processuale in cui la parola «credibilità» è evocata, come avviene nell'art. 194 comma 2 c.p.p.: implica, cioè, una scelta sul come una tale credibilità debba essere intesa. Lo stesso si può osservare per gli indizi di cui all'art. 192 comma 2 c.p.p., i quali possono essere reputati «gravi, precisi e concordanti» solo a valle dell'attribuzione di un certo significato alla gravità, precisione e concordanza. È ancora il caso, ora sul versante della valutazione delle prove nel loro complesso e sempre a titolo meramente esemplificativo, dell'art. 533 comma 1 c.p.p.: determinare se l'imputato risulta colpevole «al di là di ogni ragionevole dubbio», sottintendendo sempre la risoluzione della questione interpretativa concernente le condizioni in presenza delle quali un dubbio ragionevole può dirsi sussistente.

La valutazione delle prove non si esaurisce mai, dunque, in un puro giudizio di fatto, come peraltro si è visto – studiando la lezione ermeneutica⁶⁷³ – che neppure il giudizio normativo dovrebbe ritenersi immune dall'incidenza della vicenda fattuale oggetto di qualificazione giuridica. Da un tale angolo visuale, allora, si può guardare al giudizio valutativo come ad un giudizio normativo indiretto, nella misura in cui, seppure i due giudizi abbiano oggetti diversi, il secondo rimane sempre e inevitabilmente implicato dal primo. Di più. Valutare per esempio credibile quel testimone in quel

⁶⁷² Di «regole di valutazione negativa» parla M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009, p. 121. La natura di queste ultime – sulle quali v. anche *supra*, I, § 5.2.; qui, comunque, si fa riferimento all'art. 192 commi 2, 3 e 4 c.p.p. – secondo l'opinione prevalente è costitutiva, scorrendosi di eccezioni al libero convincimento: cfr. per esempio F.R. DINACCI, *Regole di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, p. 16; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XV ed., Giappichelli, 2023, pp. 242 ss.; M. NOBILI, sub *art. 192*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice*, cit., vol. II, p. 417; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO (a cura di), *op. cit.*, p. 284. Diversamente, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, IX ed., 2012, pp. 621 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 185.

⁶⁷³ V. *supra*, I, § 3.2.

processo finisce logicamente per specificare il significato della «credibilità» di cui parla il menzionato art. 194 comma 2 c.p.p., così contribuendo indirettamente, in pratica, alla futura formulazione dei giudizi normativi concernenti la disposizione in parola.

La parziale familiarità del giudizio valutativo con quello normativo giustifica, allora, l'esigenza di tutelare l'affidamento sui risultati della valutazione in virtù degli stessi referenti costituzionali invocati più sopra, in tema di affidamento sul diritto processuale applicato (artt. 3, 24 e 111 Cost.). Si tratterebbe, come è evidente, di una interpretazione particolarmente estensiva delle garanzie appena rammentate, le quali però, proprio in quanto garanzie fondamentali, non solo consentono ma rendono auspicabile la massimizzazione della loro area di operatività.

Inoltre, la vigenza del principio del libero convincimento del giudice⁶⁷⁴ in fase di valutazione non indica affatto una libertà in senso stretto⁶⁷⁵, ma – soprattutto ai nostri fini – la negazione, nel processo penale, di qualsivoglia regime di prova legale assoluta. Del resto, sono nuovamente gli artt. 3, 24 e 111 Cost. a impedire senz'altro una incontrollata discrezionalità al riguardo, la quale sfocerebbe altrimenti in puro arbitrio⁶⁷⁶. Ne consegue

⁶⁷⁴ In argomento, tra i molti, si rinvia a E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, pp. 3 ss.; M.L. Busetto, sub art. 192, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *op. cit.*, pp. 774 ss.; G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018; ID., *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*, 4 marzo 2019; ID., *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2019, 2, pp. 285 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 597 ss., in particolare per l'affermazione dell'*intime conviction* nella Francia rivoluzionaria, mentre l'analogo principio della *freie Beweiswürdigung* in Germania è richiamato da E. AMODIO, *op. ult. cit.*, p. 3; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 183 ss.; A. GAITO, *Il procedimento probatorio*, in ID. (diretto da), *La prova penale*, vol. I. *Il sistema della prova*, Utet, 2008, pp. 122 ss.; V. GREVI-G. ILLUMINATI, *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *op. cit.*, pp. 303 ss.; R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1997, pp. 9 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974; ID., *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, pp. 71 ss.; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., pp. 283 ss.; G. TUZET, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2019, 2, pp. 279 ss. In rapporto alla presunzione d'innocenza, e sotto il codice previgente, v. le riflessioni di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, pp. 89-91. Distingue tra convincimento «libero» e «intimo», G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, 2015, pp. 163-164.

⁶⁷⁵ V. GREVI-G. ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 303.

⁶⁷⁶ Affermando ciò, non si vorrebbe generare il fraintendimento per cui il risultato della valutazione non può dirsi del tutto «libero» solo in virtù delle summenzionate norme costituzionali. L'assoluta libertà è infatti esclusa già per l'obbligo di poter valutare esclusivamente le prove legittimamente ammesse e acquisite: a quest'ultimo riguardo, cfr. V. GREVI-G. ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 303, anche là dove si inquadra il principio del libero convincimento in «una prospettiva di rigorosa tutela della legalità sul terreno probatorio»; nonché, tra gli altri, E. FASSONE, *La valutazione della*

che il giudice, in teoria e in pratica, non potrebbe non farsi carico della questione della prevedibilità della valutazione, tenendo debitamente in considerazione il come egli stesso o altro giudice abbiano precedentemente valutato prove analoghe.

Il contrario equivarrebbe, nella sostanza, a intendere l'art. 192 comma 1 c.p.p. come vuoto di significato: la garanzia della motivazione non è infatti sufficiente, di per sé, a rendere giuridicamente e socialmente accettabile la decisione. L'obbligo in capo al giudice di dare conto dei «risultati acquisiti» e dei relativi «criteri adottati» è fondamentale in quanto ancora il suo ragionamento a criteri di razionalità⁶⁷⁷, in parte pure specificati da altre disposizioni rilevanti, anzitutto l'art. 546 comma 1 lettera e c.p.p.⁶⁷⁸. Ma la razionalità, si vorrebbe osservare, come tale ripudia il giudizio valutativo *case by case* in senso assoluto, il quale finirebbe per legittimare risultati sempre «variabili secondo le teste ed esposti a mille influenze»⁶⁷⁹. Per legittimare, cioè, risultati potenzialmente simili a quelli raggiungibili assecondando gli «stati mentali a base emotiva»⁶⁸⁰; e dunque, in definitiva, «vera derisione del popolo», come accade in ogni ipotesi di fissazione di «precetti di rito lasciandone... la osservanza al piacere del giudice»⁶⁸¹. Nel rigetto della variazione illimitata dei giudizi, l'esigenza di razionalità

prova, in L. VIOLANTE (a cura di), *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Giuffrè, 1986, p. 143. Come più oltre nel testo si dirà, incide inoltre sul libero convincimento poiché lo ancora a un esercizio razionale, l'obbligo di motivazione afferente ai risultati raggiunti e ai criteri adottati, di cui all'art. 192 comma 1 c.p.p.

⁶⁷⁷ Di ciò dava sostanzialmente già atto la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, suppl. ord. n. 2 alla G.U., n. 250 del 24 ottobre 1988 - serie generale, p. 61. In tempi risalenti, che il giudice doversi convincersi «secondo ragione» lo insegnava già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, ed. Il Mulino, 2004, § 886. V. anche, tra molti, E. AMODIO, *Libero convincimento*, cit., p. 6; G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1258 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992, pp. 361 ss.; E. FASSONE, *Dalla 'certezza' all' 'ipotesi preferibile': un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1127; G. DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. III. *La valutazione della prova*, cit., pp. 295 ss.; P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, 2017, p. 156; O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Procedura penale*, VIII ed., Giappichelli, 2023, pp. 315 ss.

⁶⁷⁸ Sul punto, tra gli altri, G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995, pp. 89 ss.

⁶⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 597. Seppure nell'ambito civilistico (e nel contesto nordamericano), la constatazione della significativa – e spesso inconsapevole – variazione dei risultati dei giudizi valutativi funge da presupposto per lo studio di E. THORNBURG, *(Un)Conscious Judging*, in *Wash & Lee L. Rev.*, 2019, pp. 1567 ss.

⁶⁸⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 597, il quale si esprime nei termini citati, riportando il pensiero di Gaetano Filangieri, per contrapporre l'assenza di vincoli valutativi a un rigido regime di prove legali che prescindano dal convincimento del giudicante.

⁶⁸¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., § 886.

implica necessariamente, insomma, un certo grado di stabilità dei criteri valutativi. E, in sede d'impugnazione, un indice importante per verificare la razionalità dei risultati della valutazione si dovrebbe rinvenire nella misura dell'omogeneità, e dunque della prevedibilità, di questi ultimi rispetto ai risultati già raggiunti a partire da prove analoghe.

D'altra parte, all'interno del processo, ogni giudizio valutativo – sulla singola prova e sulle prove nel loro insieme – costituisce il tassello di un mosaico, cioè il segmento logico del convincimento del giudice. Essendo «convincimento sulla responsabilità della persona»⁶⁸², dal quale scaturiscono gravissimi effetti in materia penale, garantire la tendenziale prevedibilità dell'*iter* attraverso cui la prova da strumento gnoseologico diviene epilogo conoscitivo⁶⁸³, sembra dunque un obiettivo meritevole d'essere perseguito.

Dire che vi sia un affidamento da tutelare sulle valutazioni probatorie, d'altra parte, non vuol dire che esso debba essere tutelato in misura pari a quello sul diritto vivente: a legislazione invariata, il principio del libero convincimento peserà sempre⁶⁸⁴ nel senso di consentire, anzi di ritenere auspicabile, una accentuata sensibilità del giudizio valutativo alle caratteristiche del singolo processo. L'importante, verrebbe da concludere, è che venga assicurato un adeguato grado di conoscenza, tanto per il giudice del caso di specie quanto per l'individuo, del modo in cui una prova ritenuta analoga sia stata in precedenza valutata. Sì da rendere l'eventuale discostamento, cioè la diversa valutazione, consapevole e debitamente motivata.

Come si comprende, un sistema di *judge profiling* capace di assicurare una tale conoscenza risulterebbe, al contempo, disincentivante nei confronti del giudice a discostarsi troppo alla leggera dalle passate valutazioni; e quindi funzionale a preservare l'affidamento maturato dall'individuo su queste ultime. Al riguardo bisogna dunque senz'altro registrare, della profilazione, la capacità incrementale. Che come al solito andrà

⁶⁸² M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula*, cit., p. 89.

⁶⁸³ Così, sulla valutazione di «concludenza probatoria», G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, p. 78.

⁶⁸⁴ Il principio in discorso, secondo una autorevole opinione, non gode di copertura costituzionale: cfr. M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula*, cit., p. 79. Sembra invece argomentare diversamente, facendolo discendere dall'indipendenza del giudice, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 185; la restante dottrina e la giurisprudenza che collegano il libero convincimento all'art. 101 comma 2 Cost. sono menzionate da M. NOBILI, *op. ult. cit.*, p. 79 e nt. 18, al quale pertanto si rinvia. Condivisibile è la tesi di G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., pp. 35 ss., anche contenuta in ID., *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 13 ss., il quale rinviene il fondamento costituzionale del principio negli artt. 3 comma 2 e 111 comma 6 Cost. Dal primo, discende la necessaria ragionevolezza della legge, e dunque la necessità che quest'ultima risulti in «costante aderenza... alle peculiarità delle situazioni» regolate; dal secondo, discende la necessaria razionalità della giurisdizione, che l'A. afferma rinvenendo nella disposizione costituzionale una garanzia di logicità della motivazione.

rapportata ai costi, da dover in ipotesi sopportare a causa dell'implementazione dello strumento. Costi legati ancora, evidentemente, all'affermazione del paradigma della predicibilità, ma stavolta della valutazione.

Di seguito, verranno presi in esame alcuni momenti di discrezionalità valutativa in relazione all'ipotetica introduzione del *judge profiling*. Allo scopo, cioè, di riflettere con maggiore concretezza sul modo in cui la profilazione del giudice potrebbe essere strutturata, nel suddetto ambito. I momenti di discrezionalità valutativa di cui ci si appresta a dare conto non saranno da intendere in termini esaustivi, ma bensì esemplificativi.

Questa porzione della trattazione va sotto il nome di valutazioni «*lato sensu*» probatorie in quanto ci si concentrerà non solo su giudizi valutativi aventi per oggetto prove in senso tecnico, ossia quelle di regola formate in sede dibattimentale. Ma i successivi rilievi risulteranno estendibili pure ai giudizi valutativi aventi per oggetto elementi conoscitivi di diversa natura giuridica, i quali cionondimeno giungono a divenire elementi su cui si basa la decisione, per esempio all'esito di un procedimento speciale ovvero ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere o del decreto che dispone il giudizio.

1.3.3. (segue) *Ipotesi applicative della profilazione.*

Avrebbe un senso, dunque, ipotizzare l'implementazione del *judge profiling* allo scopo di individuare e sistematizzare i risultati delle precedenti valutazioni probatorie di un determinato giudice. La base da cui estrarre le informazioni afferenti ai giudizi valutativi, come è evidente, sarebbe la parte motiva delle sentenze.

Al riguardo, dovrebbe anzitutto distinguersi – e conseguentemente strutturare il sistema di profilazione – tra valutazioni della singola prova acquisita nel processo e valutazioni dell'intero compendio probatorio⁶⁸⁵. Può assumere una ben diversa significatività, infatti, il giudizio valutativo di un elemento isolatamente considerato rispetto a quello di tutti gli elementi nel loro complesso. Rimarrebbe comunque necessario, quando l'interessato intenda consultare i precedenti risultati dei giudizi del primo tipo, rapportare sempre la valutazione della singola prova alla valutazione dell'intero compendio probatorio⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Sulla distinzione dei due piani, cfr. G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 111 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 363 ss.

⁶⁸⁶ La stessa giurisprudenza si è pronunciata, a più riprese, nel senso che ogni elemento conoscitivo deve essere valutato anche e soprattutto alla luce degli altri, così da giungere ad una accettabile valutazione unitaria della prova. V., *ex multis*, già Cass., sez. VI, 28 settembre 1992, in

Sul piano degli elementi isolatamente considerati, nel sistema di profilazione potrebbero poi raggrupparsi i giudizi sui singoli mezzi di prova: anzitutto, per come elencati nel codice di rito; e, in ipotesi, classificati a un livello ulteriore di dettaglio, ad esempio classificando i giudizi sulle prove documentali per macrotipologie. Resta scontato che la consultazione potrebbe essere filtrata, come si usa dire, dai selettori più vari, ad esempio rendendo possibile la ricerca della valutazione di una determinata tipologia di documento acquisito nei processi avviati per un determinato reato.

Tra gli elementi isolatamente considerati dovrebbero, peraltro, essere indicate non solo le prove tipiche, ma anche le prove atipiche. Per queste ultime, si renderebbe probabilmente ancor più necessaria una suddivisione in macrotipologie, sulla base delle ipotesi di più frequente verifica. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle videoriprese di comportamenti c.d. non comunicativi effettuate in luogo pubblico o aperto al pubblico; alle ricognizioni fotografiche; alle risultanze dell'attività c.d. di pedinamento, a cui la giurisprudenza assimila le informazioni derivanti dalla localizzazione mediante sistema di rilevamento satellitare (c.d. *gps*). Delle prove atipiche, potrebbe apparire di particolare interesse la possibilità di consultare non solo i risultati delle relative valutazioni, ma pure i contenuti delle ordinanze di ammissibilità. Come si sa, infatti, la prova atipica, a differenza di quella tipica, ex art. 189 c.p.p. può essere ammessa solo se ritenuta dal giudice concretamente idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudizievole della libertà morale della persona. È di immediata comprensione che, qualora le parti venissero rese edotte sui contenuti delle precedenti decisioni in ordine all'ammissibilità, potrebbero impostare in termini più efficaci le loro richieste ex artt. 190 e 495 c.p.p.

Sul piano della valutazione dell'intero compendio probatorio, dovrebbero invece essere rese disponibili, in forma sintetica, le conclusioni raggiunte sul tema della colpevolezza dell'imputato. Potendosi, per tale via, desumere le condizioni in presenza delle quali il giudice abbia accertato la penale responsabilità di costui «al di là di ogni ragionevole dubbio» ex art. 533 comma 1 c.p.p. In questi termini, il profilo della valutazione si combina quello dell'interpretazione e applicazione della suddetta regola decisoria.

Più concretamente, ciò si tradurrebbe nel profilare i giudici predisponendo una apposita sezione inerente alle loro decisioni in tema di nesso di causalità, ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. Individuando e sistematizzando, dunque, il grado di probabilità che, nell'ambito dei vari casi decisi nel merito, sia stato ritenuto sufficiente per l'emissione della sentenza di condanna. A quest'ultimo proposito, il pensiero va anzitutto alle singole

Arch. n. proc. pen., 1993, pp. 334 ss.; Cass., sez. VI, 5 dicembre 2002, in *Guida dir.*, 2003, 15, pp. 96 ss.

applicazioni giurisprudenziali dei principi espressi nella nota sentenza Franzese⁶⁸⁷: ai casi e alle condizioni, cioè, che hanno consentito e consentono di ritenere processualmente certo⁶⁸⁸ il rapporto causale in virtù di un elevato grado di probabilità c.d. logica, a fronte di un grado di probabilità c.d. statistica medio o basso e dell'assenza di fattori interagenti in via alternativa. Nonché, alle singole applicazioni giurisprudenziali dei principi espressi nell'altrettanto nota sentenza Cozzini: ai casi e alle condizioni, cioè, che hanno consentito e consentono di ritenere attendibile una teoria scientifica di spiegazione causale del fatto da accertare, e dunque al come vengano puntualmente intesi quei requisiti soggettivi e oggettivi indicati dalla Corte di cassazione al fine di orientare il giudice nell'ambito delle suddette valutazioni⁶⁸⁹.

I rilievi appena articolati, è doveroso precisare, hanno riguardato valutazioni probabilistiche poiché esse rappresentano, nella pratica, le valutazioni maggiormente problematiche e opinabili. Ma rimane implicito che il giudice possa essere eventualmente

⁶⁸⁷ Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *C.e.d. Cass.*, n. 222138, nonché in *Cass. pen.*, 2003, pp. 1175 ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, il quale già segnalava come l'arresto non risultasse particolarmente orientante per il giudice del merito. Si sono peraltro succedute varie pronunzie di legittimità finalizzate a precisare la portata della decisione in parola: lo osserva D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, p. 629. V. pure F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 3, pp. 380 ss.; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1225 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., pp. 357 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, pp. 331 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La "Franzese": ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, 3, pp. 241 ss. Più di recente, E. ANCONA, *All'origine della svolta epistemologica della sentenza Franzese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2017, pp. 679 ss.; G. CANZIO, *A vent'anni dalla sentenza "Franzese"*, in *Sist. pen.*, 12 settembre 2022; R. BARTOLI, *Il nodo irrisolto della sentenza Franzese e le conseguenze nefaste nei processi d'amianto*, ivi, 22 maggio 2023; R. BLAIOTTA, *La sentenza Franzese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2023; ID., *Predizione*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2023, pp. 4-5, il quale tra l'altro sottolinea la rilevanza del confronto con i casi simili ai fini dell'accertamento della causalità omissiva.

⁶⁸⁸ Cioè «talmente probabile che il possibile dubbio residuo possa essere ragionevolmente rimosso»: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 994.

⁶⁸⁹ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, in *C.e.d. Cass.*, n. 248943, sulla quale si sofferma ampiamente G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., pp. 101 ss. V. altresì P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 1341 ss.; D. VICOLI, *Riflessioni sulla prova scientifica: regole inferenziali, rapporti con il sapere comune, criteri di affidabilità*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2013, pp. 1250 ss. Sul tema, prima del menzionato arresto, v. tra gli altri O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi o di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005, pp. 179 ss.; S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. I, cit., pp. 304 ss.

profilato anche quando, per accertare la causalità alla luce dello *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio, faccia ricorso a leggi scientifiche c.d. universali ovvero a massime di esperienza.

Peraltro, il valore di un sistema di profilazione idoneo a rappresentare adeguatamente il contenuto delle valutazioni su tutte le prove complessivamente considerate si potrebbe rinvenire non solo nella consultazione della casistica del giudice che abbia positivamente accertato il rapporto causale (ed eventualmente la colpevolezza), ma anche nella consultazione della casistica del giudice che abbia ritenuto insussistente il suddetto rapporto. Più in concreto, ciò implicherebbe l'analisi e la successiva restituzione in forma sintetica e organizzata delle vicende processuali difficili o mediamente complesse in cui il giudice abbia – sulla base di determinate ragioni – riconosciuto un ragionevole dubbio, e conseguentemente assolto per mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove *ex art.* 530 comma 2 c.p.p.⁶⁹⁰. La difficoltà della vicenda, e l'utilità della profilazione, a ben vedere attiene alla questione dei criteri alla cui stregua reputare un dubbio «ragionevole» o meno; dei criteri, insomma, alla cui stregua risolvere il «dubbio... sulla ragionevolezza del dubbio», sul quale la legge nulla dice⁶⁹¹.

I rilievi appena articolati, bisogna ancora precisare, hanno riguardato il dubbio concernente il fatto commesso, e quindi solo uno dei possibili oggetti del dubbio. Ma, come è noto, ai sensi dell'art. 530 commi 2 e 3 c.p.p. esso può attenere anche al profilo dell'antigiuridicità, della colpevolezza e della punibilità, parimenti conducendo a un esito assolutorio.

A seguito della c.d. riforma Cartabia – in particolare, dell'art. 23 comma 1 lettera l d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 in attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134 –, è peraltro da dire, lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio si presta ad assurgere a criterio probatorio e decisorio già in sede di udienza preliminare⁶⁹². Come noto, infatti, oggi l'art.

⁶⁹⁰ Per la chiara distinzione, teorica e pratica, tra mancanza e insufficienza da un lato, e contraddittorietà dall'altro, cfr. G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 810; nonché F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 994.

⁶⁹¹ Su quest'ultimo punto, si è soffermato P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 96 ss.

⁶⁹² In tal senso, R.G. BRICCHETTI, sub art. 425, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit., t. II, p. 3138; M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2023, 1, pp. 1 ss.; A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, p. 24; G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, p. 15; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, p. 14; M. MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, in *Arch. pen.*,

425 comma 3 c.p.p. dispone l'emissione della sentenza di non luogo a procedere «anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna»⁶⁹³. Pare, in altri termini, che il giudizio (prognostico) sulla colpevolezza dovrà necessariamente essere condotto alla luce del criterio indicato per la formulazione del

2022, 3, p. 1058; F. MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, p. 30; F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 412, in cui l'A. fa rinvio alle osservazioni svolte in precedenza – quella d'interesse è a p. 410 –, a proposito del medesimo criterio previsto ai fini della richiesta di archiviazione ex art. 408 comma 1 c.p.p.; nella medesima direzione, parrebbe, E. AMODIO, *Filtro “intraneo” e filtro “estraneo” nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 18.

⁶⁹³ Sul criterio in parola, per come attualmente formulato e nell'ambito dell'udienza preliminare, v. tra i molti E. AMODIO, *Filtro “intraneo” e filtro “estraneo”*, cit., pp. 14 ss.; A. CABIALE-S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *Giust. ins.*, 9 gennaio 2023, § 2.3.; A. CAPONE, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1196; M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla “ragionevole previsione di condanna”*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, pp. 7; M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.*, 2023, 7-8, pp. 21-23; G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione*, cit., pp. 1 ss.; A. GAITO-R. LANDI, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, pp. 10 ss.; G. ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 1159-1160; S. LONATI, *L'udienza preliminare*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, pp. 708 ss.; E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Leg. pen.*, 25 gennaio 2022, pp. 12 ss.; O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, “Speciale Riforma Cartabia”, pp. 12-13; F. MORELLI, *Osservazioni critiche*, cit., pp. 28 ss.; C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla “ragionevole previsione di condanna” per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 831; T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, pp. 161 ss.; C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, pp. 1 ss.; F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2023, pp. 543 ss.; F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio*, cit., pp. 404 ss.

giudizio (diagnostico⁶⁹⁴) sulla colpevolezza di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p.⁶⁹⁵. È noto peraltro che il medesimo criterio è stato introdotto ai fini delle determinazioni del pubblico ministero sull'azione o l'inazione, ex art. 408 comma 1 c.p.p.; e ai fini della sentenza di non luogo a procedere da parte del tribunale in composizione monocratica, ex art. 554-ter comma 1 c.p.p.⁶⁹⁶.

Al netto delle perplessità afferenti all'interpretazione delle disposizioni in discorso, una metodologia di profilazione analoga a quella implementabile in relazione alla valutazione dell'intero compendio probatorio all'esito del dibattimento può essere ipotizzata pure in relazione alla valutazione dell'intero compendio *lato sensu* probatorio all'esito dell'udienza preliminare⁶⁹⁷. *Idem* per quanto concerne la sentenza resa ai sensi

⁶⁹⁴ La ineludibile distinzione tra prognosi e diagnosi, in questo ambito, è contemplata, tra gli altri, da M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1151 ss.; A. CABIALE-S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, § 2.3.; M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale*, cit., p. 22, il quale evidenzia, altresì, la differente formulazione del progetto preliminare alla riforma predisposto dalla Commissione Lattanzi (*Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c.-2435*), in *Sist. pen.*, 25 Maggio 2021, pp. 18 ss., con la quale si sarebbe introdotto un giudizio probabilmente più orientato verso un'operazione di natura diagnostica; nonché da A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche*, cit., p. 24; F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell'esito del giudizio*, cit., p. 545. Argomenta, invece, nel senso del valore diagnostico del criterio in discorso, A. CAPONE, *I ritocchi*, cit., p. 1196, adesivamente a R. BRICCHETTI, sub art. 425, cit., pp. 3138-3139.

⁶⁹⁵ Constatare ciò non equivale, per chi scrive, a disconoscere le significative criticità che derivano dal criterio di recente conio. Prima tra tutte, l'implicito corollario di ritenere «la verità “investigativa” molto probabilmente» coincidente con «la “verità” dimostrata all'esito del processo»: A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche*, cit., p. 23, sulla scia di P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Discrimen*, 12 luglio 2021, p. 2.

⁶⁹⁶ Per alcune osservazioni con specifico riguardo all'udienza predibattimentale, a seguito di citazione diretta a giudizio, v. S. QUATTROCOLO, *Citazione diretta a giudizio: rivoluzioni che potrebbero portare frutto*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1209.

⁶⁹⁷ In questa sede ci si concentra, appunto, sui giudizi valutativi in ordine alle prove. I diversi orientamenti dei giudici di merito in punto di diritto, per esempio sul significato da ascrivere alla «ragionevole previsione di condanna», possono senz'altro essere materiale di profilazione – per dir così –, ma di profilazione basata sugli orientamenti in punto di diritto. E cioè di profilazione per come intesa dall'inizio del lavoro fino all'apertura del precedente § 1.3.2. In particolare, rileverebbe l'implementazione del *judge profiling* finalizzato alla migliore conoscibilità, e dunque all'aumento dei margini di prevedibilità, del diritto processuale penale vivente: tema sul quale ci si è soffermati *supra*, § 1.3.1. Una questione interpretativa che si è posta di recente nella pratica giurisprudenza è se la formulazione di una ragionevole previsione di condanna debba o meno contemplare la seria probabilità della successiva maturazione della prescrizione del reato. In senso positivo, in dottrina, G. GARUTI, *L'efficienza del processo*, cit., pp. 13 ss.; G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione*, cit., pp. 19 s., il quale direttamente tratta dell'analogo criterio di giudizio ai fini della sentenza di non luogo a procedere, pur potendosi desumere il medesimo orientamento in relazione alla prognosi del pubblico ministero ai sensi dell'art. 408 comma 1 c.p.p.; S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione o dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. pen.*, 23 maggio 2023, p. 16; R. BELVEDERI, *Artt. 408 e*

dell'art. 554-ter comma 1 c.p.p., e per il controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 409 c.p.p.

Concettualmente e praticamente intermedio, tra il piano della valutazione dei singoli elementi di prova e quello della valutazione degli elementi nel loro complesso, è il giudizio formulato sugli «indizi» di cui all'art. 192 comma 2 c.p.p. I quali possono condurre a ritenere provato un fatto ignoto quando risultino «gravi, precisi e concordanti»: in tali evenienze, si parla appunto di prova indiziaria. La valutazione del singolo indizio può far giungere al riconoscimento di una prova solo unitamente agli altri indizi disponibili, al punto che il singolo elemento può acquisire significatività conoscitiva solo in dipendenza degli altri. Per questo, non avrebbe molto senso contemplare – sempre nell'economia di un ipotetico sistema di profilazione – una sezione relativa alle valutazioni del giudice sui singoli indizi separata da una sezione contenente le valutazioni sull'insieme degli stessi.

Se mai, data la possibilità di attribuire rilevanza anche ad un solo indizio a fini di prova (come avviene in presenza della c.d. prova d'alibi), nonostante la formulazione al plurale della disposizione poc'anzi rammentata, risulterebbe di qualche utilità segnalare i casi in cui il giudice ha ritenuto provato il fatto ignoto a partire da un unico elemento indiziario. Nonché, più in generale, restituire a un livello debitamente sistematizzato in quali termini il giudice abbia nel tempo – e in casi analoghi – inteso i parametri della gravità, della precisione e della concordanza.

Fermo tutto quanto precede, ampliando il nostro orizzonte visuale nel tempo bisogna pure tenere in conto che l'ipotesi di profilare il giudice sulla base dei personali giudizi valutativi⁶⁹⁸ potrebbe apparire un esercizio sempre più astratto. Fino a risultare

425 c.p.p.: il nuovo criterio applicabile all'archiviazione delle notizie di reato e alle sentenze di non luogo a procedere, in *Dir. giust. e cost.*, 10 gennaio 2023. In giurisprudenza, un tale parametro, invece, è stato evocato da G.i.p. Patti, sent. 27 gennaio 2023, § 1, p. 8, in *Giur. pen.*, consultabile al seguente link: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/03/gup-patti-sentenza.pdf>. Diversamente, in dottrina, F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 2022, 3, p. 32; A. CABIALE-S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, § 2.3; A. NATALE, *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un'ordinanza del GIP di Siena*, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2023. In questo secondo senso, in giurisprudenza, si è espresso G.i.p. Siena, 21 novembre 2023, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2023.

⁶⁹⁸ Rammentiamo che quelli finora considerati sono, come è ovvio, solo alcune delle valutazioni *lato sensu* probatorie alle quali il giudice può essere chiamato nel corso del procedimento e che potrebbero costituire oggetto d'interesse, nell'ottica della profilazione. Si pensi, per alcuni esempi di ulteriori ipotesi applicative, alle Alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p., finalizzata all'eventuale emissione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, e alla correlativa prognosi, afferente alla probabilità della colpevolezza dichiarata all'esito del dibattimento, che secondo l'opinione prevalente il giudice è chiamato a formulare. Alla valutazione dei gravi indizi di reato ex art. 267 c.p.p., finalizzata all'eventuale emissione del decreto di autorizzazione alle operazioni di intercettazione di conversazioni e comunicazioni, e alla correlativa prognosi, afferente

alla probabilità del reato. Al sindacato discrezionale sulla richiesta di patteggiamento *ex art. 444 comma 2 c.p.p.*, il quale potrebbe divenire d'interesse soprattutto nei casi in cui il giudice reputi scorretta la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze, le determinazioni in merito alla confisca; ovvero reputi incongrue le pene indicate. Al sindacato discrezionale sulla richiesta c.d. condizionata di giudizio abbreviato *ex art. 438 comma 5 c.p.p.*, così da sistematizzare e dunque prevedere – analogamente a quanto osservato in tema di patteggiamento – la decisione di rigetto del giudice dell'udienza preliminare. Ciò sulla base dei casi in cui questi abbia ritenuto non necessaria l'integrazione probatoria ai fini della decisione ovvero abbia ritenuto che l'integrazione avrebbe provocato un effetto di diseconomia processuale, pure tenuto conto dei «prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale» (il codice, peraltro, già prima della c.d. riforma Cartabia chiariva *expressis verbis* che la decisione sulla richiesta dell'imputato avrebbe dovuto essere emessa in base «agli atti già acquisiti ed utilizzabili», evocando dunque l'ineludibilità di un giudizio valutativo in tal senso). Al sindacato discrezionale sulla richiesta di oblazione c.d. facoltativa *ex art. 162-bis c.p.*, con particolare riguardo alle ipotesi in cui il giudice abbia rigettato la suddetta richiesta per le ragioni indicate nei commi 3 e 4. Alle quali potrebbero aggiungersi, nel quadro dell'istituto disciplinato dall'*art. 162-ter c.p.*, le ipotesi in cui il giudice abbia reputato incongrua la somma presentata a titolo di offerta reale *ex artt. 1208 ss. c.c. (c.d. offerta riparatoria)*. Al sindacato sulla richiesta di giudizio immediato, con particolare riguardo alle ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari abbia reputato non «evidente» la prova, e dunque abbia rigettato la richiesta del pubblico ministero ai sensi degli *artt. 453 e 455 c.p.p.* Ancora, la valutazione delle prove viene in rilievo – costituendo un possibile oggetto d'interesse all'interno di un ipotetico sistema di profilazione – non solo allo scopo di determinare il proscioglimento o la condanna dell'imputato, ma naturalmente pure ai fini dell'eventuale applicazione e comparazione delle circostanze del reato, nonché dell'eventuale determinazione del *quantum* pena da irrogare ai sensi dell'*art. 133 c.p.*

V. anche quanto osservato *supra*, § 1.

quasi totalmente privo di interesse pratico, nella misura in cui si reputi verosimile, in un futuro, l'impiego dell'i.a. nella fase della valutazione della prova⁶⁹⁹, al punto da rendere quest'ultima totalmente automatizzata⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ In argomento v., tra gli altri, L. LUPÀRIA DONATI, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in J. SALLANTIN-J. SZCZECINIARZ (a cura di), *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, 2005, pp. XIV ss.; M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 1863 ss.; E. NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, in *AI & Soc.*, 2017, pp. 443-444; A. NATALE, *Introduzione*, cit., p. 8; C. PARODI-V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2019, 6, pp. 61 ss.; C. COSTANZI, *La matematica del processo*, cit., pp. 170 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial*, cit., pp. 70 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale*, cit., pp. 14-15; S. GLESS, *AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials*, in *Georget. Journ. Int. L.*, 2020, 2, pp. 207 ss.; R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2021, pp. 16 ss.; M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and Risks Deriving from the Interaction between Artificial Intelligence and Preventive Justice*, in *Eur. Journ. Cr., Crim. L. & Crim. Just.*, 2021, p. 6; M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, 2021, pp. 51 ss.; K. QUEZADA TAVÁREZ-P. VOGIATZOGLOU-S. ROYER, *Legal challenges in bringing AI evidence to the criminal courtroom*, in *N. Journ. Eu. Crim. L.*, 2021, 4, pp. 531 ss.; L. LUPÀRIA DONATI-G. FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali*, cit., pp. 37 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 11. La prospettiva è contemplata, altresì, dalla CCJE, Opinion No. 26 (2023), cit., §§ 46-47; per i profili più critici, v. i §§ 60-61. Sul rapporto potenzialmente problematico tra valutazione della prova, a mezzo dell'i.a., ed obbligo di motivazione, v. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 8. Distingue, ancora, tra valutazione – mediante l'i.a. – della singola prova e dell'intero compendio probatorio, L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio nel processo penale*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 119 ss.

Per una sistemazione concettuale e definitoria delle nozioni di prova scientifica, prova digitale e «prova fondata sull'i.a.», cfr. M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, pp. 61 ss., il quale – tra l'altro – evidenzia (pp. 62-63) un significativo aspetto problematico, afferente alla compatibilità tra prova fondata sull'i.a. e osservanza dei criteri fissati nella poc'anzi citata sentenza Cozzini. Su quest'ultima, v. anche *infra*, nt. 700. Cfr., altresì, M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, p. 959, ove distingue tra *computer-derived evidence* e *computer-generated evidence*; il punto è ripreso da L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio*, cit., p. 98, che parla di *machine-generated evidence* e *automated-generated evidence*.

⁷⁰⁰ Pure considerata la possibile automatizzabilità degli stessi principi interpretativi enunciati dalla giurisprudenza. Si pensi, per esempio, ai c.d. criteri *Daubert* affermati nel contesto nordamericano – come osserva J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial*, cit., pp. 86-88 –, che in qualche misura hanno ispirato la sentenza Cozzini sopra citata. Ma cfr. anche l'osservazione di M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, pp. 62-63, di cui si è dato conto nella nt. precedente. Per una applicazione del c.d. *Daubert test* negli Stati Uniti, peraltro in relazione a sistemi d'i.a., v. S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*, cit., pp. 1756 ss.

In realtà, se per un verso è indubbio che con la valutazione automatica delle prove si contribuirebbe a scongiurare il rischio, nei casi più difficili di prova c.d. scientifica⁷⁰¹, di lasciare il giudizio valutativo all'ingiustificato intuizionismo del magistrato, minimizzando l'errore di quest'ultimo⁷⁰² e rendendo in qualche misura predicibili i risultati dei suddetti giudizi; per altro verso non si vede come possano essere attualmente immaginati criteri di valutazione unici e univoci, sì da automatizzare realmente il giudizio valutativo. Basti ricordare, sul punto, la messa in discussione dello stesso teorema di Bayes e l'auspicabilità, eventualmente, di una pluralità di ipotesi valutative in base alle diverse logiche alle quali l'i.a. possa essere informata⁷⁰³, secondo un approccio fondato sulla c.d. ridondanza⁷⁰⁴. Un tale importante accorgimento risulterebbe peraltro consonante con la promozione effettiva del principio di terzietà del giudice, il quale

⁷⁰¹ Rammentando comunque che essa «non costituisce una categoria a sé, quanto piuttosto una delle diverse modalità attraverso le quali accertare i fatti nel processo»: M. CAIANIELLO, *L'ammissione della prova scientifica nel processo italiano*, in G. CANZIO-L. L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 191.

⁷⁰² Cfr. L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio*, cit., pp. 123-124.

⁷⁰³ Alla problematizzazione sul giudizio probabilistico in tale ambito fa cenno, di recente, L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio*, cit., pp. 123-124; l'auspicio del suddetto pluralismo è invece formulato, dal medesimo A., a p. 130. Sul valore del risultato probabilistico, v. tra gli altri A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1808 ss.; L. LUPÀRIA DONATI, *Trial by probabilities. Qualche annotazione eretica*, in *La corte d'assise - riv. quadr. Sc. crim. Int.*, 2012, 1-2, pp. 155 ss.; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, 2013, pp. 282 ss., il quale in ID., *L'algoritmo come pastore del giudice?*, cit., p. 52 e nt. 11 accenna al fatto che le proposte di quantificare la soglia del ragionevole dubbio non sono state attualmente accolte; E.M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 4, pp. 132 ss.; M. TARUFFO, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 1507 ss.; P. GARBOLINO, *A cosa serve il teorema di Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1127 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 98, il quale, tra l'altro, menziona G.i.p. Milano, 18 giugno 2015, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3460 ss., con nota di P. GARBOLINO, *Il teorema di Bayes applicato alla prova dattiloscopica trova cittadinanza nel Tribunale di Milano*, per una applicazione giurisprudenziale culminata in una sentenza di proscioglimento, sulla quale si era soffermato anche J. DELLA TORRE, *Il "teorema di Bayes" fa capolino al Tribunale di Milano*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2015; E. NISSAN, *Digital technologies*, cit., pp. 452 ss.; C. COSTANZI, *La matematica del processo*, cit., pp. 167 ss.; A. MURA, *La valutazione bayesiana delle prove incerte*, in *Cass. pen.*, 2021, pp. 1093 ss.; G. BONIOLO-G. GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sist. pen.*, 12 ottobre 2021; F. TARONI-S. BOZZA-J. VUILLE, *La probabilità come strumento per una coerente valutazione della prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Cedam, 2022, pp. 21 ss.

⁷⁰⁴ Al riguardo, cfr. G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale*, cit., pp. 631 ss.; G. LASAGNI, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale*, cit., pp. 76 ss.

secondo una parte della dottrina si differenzia dall'imparzialità poiché indica la necessità di una «neutralità metodologica» nell'accertamento del fatto⁷⁰⁵, per quanto possibile.

Senza contare che, consentendo agli *output* algoritmici di incidere in modo prescrittivo sui risultati dei giudizi valutativi, si finirebbe per reintrodurre un regime di prove legali⁷⁰⁶ incompatibile con il principio del libero convincimento. Al più, se mai⁷⁰⁷, l'obbligo di motivazione sulla ricostruzione del fatto, al quale il giudice sarebbe comunque chiamato, potrebbe combinarsi con un obbligo di motivazione particolarmente rafforzata nell'evenienza in cui egli intenda discostarsi dalla valutazione offerta dall'i.a.⁷⁰⁸.

Ed è proprio sulle operazioni di discostamento, bisogna osservare, che tornerebbe d'interesse ragionare intorno al *judge profiling*: ragioneremmo quindi, nel panorama futuro appena prospettato, di prevedibilità – meglio, predicibilità – del discostamento⁷⁰⁹. Poiché pure in un sistema penale massimamente automatizzato il contributo individuale del giudicante continuerà a rivestire importanza cardinale. Continuerà, cioè, in qualche misura, a fare la differenza; almeno fin quando, al netto dell'apporto algoritmico, un tale contributo verrà ritenuto meritevole di essere preservato.

⁷⁰⁵ G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 19 ss.

⁷⁰⁶ G. PAOLOZZI, *Relazione introduttiva*, in L. LUPÀRIA DONATI-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, 2019, p. 11.

⁷⁰⁷ Si tratta infatti, anch'esso, di un punto potenzialmente problematico: cfr. J. DELLA TORRE, *Gli standard di prova per la condanna penale tra storia e attualità*, in *Leg. pen.*, 14 novembre 2023, p. 80.

⁷⁰⁸ In tal senso, V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., p. 565. Propone, in determinate ipotesi, di circoscrivere il libero convincimento del giudice *in malam partem*, per dir così, L. LUPÀRIA DONATI, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale*, cit., pp. 120 ss.

⁷⁰⁹ Il tema della frequenza del discostamento, e quindi della sua predicibilità, si connette al più ampio tema della misurazione quantitativa dell'incidenza dell'*output* algoritmico sul giudicante umano. Nell'ambito specifico della valutazione probatoria, anche in materia penale, della suddetta misurazione si è occupata una parte della dottrina francese, a partire da un recente esperimento: cfr. i risultati e le riflessioni di E. VERGÈS, *Le juge face à la boîte noire: l'intelligence artificielle au tribunal*, in *Recueil Dalloz*, 2022, pp. 1920 ss., in part. I, b.

SEZIONE II

2. Auctoritas dei profili. Effetti pratici di un vincolo pregiudizievole.

Evidenziata, della profilazione, la capacità incrementale per come più sopra è stata intesa, deve ora essere debitamente vagliata, in base ai verosimili effetti pratici derivanti dall'introduzione del *judge profiling*, anche l'incidenza pregiudizievole di siffatti *tools* sul sistema penale nazionale, sempre rispetto all'esercizio di determinati diritti e al godimento di determinate garanzie fondamentali.

Ciò, anzitutto, operando una *summa divisio* tra costi "strutturali" e costi "accessori"⁷¹⁰.

Strutturali risultano quei costi verosimilmente da sopportare in qualunque condizione, cioè a prescindere dall'assetto della legislazione ordinaria e del diritto vivente. Nell'ottica della ricerca⁷¹¹, sono stati intesi come strutturali i costi legati al *vulnus* all'indipendenza, psicologica e più in generale funzionale, del soggetto giudicante. Dai quali, come si vedrà, parrebbero doversi ipotizzare, a cascata, altri costi afferenti al pericolo di immobilismo interpretativo e di standardizzazione valutativa, nei termini in cui queste ultime due locuzioni verranno impiegate nel prosieguo. Ulteriori costi, ancora, potrebbero interessare il piano dell'imparzialità del giudice, e conseguentemente del principio di parità delle armi, e in definitiva della presunzione d'innocenza dell'imputato.

Accessori risultano, invece, quei costi verosimilmente da sopportare non già *a priori*, ma condizionatamente all'assetto della legislazione ordinaria e del diritto vivente relativo al sistema in cui la profilazione venisse in ipotesi introdotta. Detto altrimenti, sono da intendersi quali accessori i costi derivanti non dall'utilizzo di una piattaforma di profilazione in quanto tale, ma dalla combinazione della profilazione con determinati istituti giuridici nazionali. È da un tale angolo visuale, dunque, che dovrà intendersi l'esame – a titolo meramente esemplificativo – dell'incidenza del *judge profiling* sul diritto all'impugnazione, alla luce delle disposizioni codicistiche in tema di inammissibilità e della loro interpretazione giurisprudenziale⁷¹².

2.1. Costi strutturali.

2.1.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sull'indipendenza del giudice.

⁷¹⁰ Come già si anticipava *supra*, Rilievi introduttivi, § 2.

⁷¹¹ V. *infra*, §§ 2.1. ss.

⁷¹² V. *infra*, §§ 2.2. ss.

Iniziando, come premesso, dai costi strutturali, bisognerà soffermarsi sull'impatto verosimilmente negativo di un sistema profilatorio sulla garanzia d'indipendenza della magistratura giudicante.

Tale garanzia, è a tutti noto, nella sua dimensione funzionale⁷¹³ a livello interno viene sancita direttamente dagli artt. 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost.⁷¹⁴, i quali per un verso contemplano il vincolo della sola legge, escludendo la prevalenza di differenti criteri decisori; e per altro verso vietano qualunque genere di influenza sull'attività giurisdizionale, compresa quella in potenza derivante dagli altri poteri dello stesso Stato. Naturalmente, la finalità dell'indipendenza⁷¹⁵ e di tutti i suoi corollari – interpretazione normativa alla luce delle disposizioni costituzionali di cui sopra, contenuti della legge sull'ordinamento giudiziario, *etc.* – non si esaurisce nell'assicurare uno *status* privilegiato al magistrato, ma è quella di promuovere una «tutela mediata» dei diritti fondamentali⁷¹⁶. Senza indipendenza del giudice, infatti, non esiste tutela effettiva dei diritti⁷¹⁷.

La funzionalità dell'indipendenza alla promozione di ulteriori garanzie, nel nostro discorso, si coglierà già sul piano dell'esame dei costi strutturali, perché l'indipendenza è pure condizione dell'imparzialità, e in certa misura del principio della parità delle armi, come della presunzione d'innocenza dell'imputato. Prospettando, in relazione al *judge profiling*, alcuni possibili vulnera all'indipendenza⁷¹⁸, ne paiono dunque

⁷¹³ Ai fini della trattazione è la dimensione funzionale a rilevare, cioè quella attinente al concreto esercizio della funzione giurisdizionale; e non, invece, al versante organizzativo (c.d. indipendenza istituzionale). Sulla distinzione, tra gli altri, cfr. F. BIONDI, sub *art. 101*, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *op. cit.*, p. 916.

⁷¹⁴ Sulla giurisprudenza della Corte e.d.u. in relazione alla garanzia sancita dall'art. 6 § 1 C.e.d.u., si fa rinvio alla trattazione di M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Speciale Quest. Giust.*, 2019, 1, pp. 249 ss.; nonché a P. CONCOLINO, sub *art. 6*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 183.

⁷¹⁵ In questa parte, il discorso vale anche per la dimensione istituzionale dell'indipendenza: v. *supra*, nt. 713.

⁷¹⁶ G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 526.

⁷¹⁷ La *ratio* dell'indipendenza, peraltro, non è circoscritta a una tale ottica garantistica individuale, affermandosi come valore anche in un'ottica garantistica collettiva, per dir così; nonché al fine di assicurare al giudice «uno *status* giuridico particolarmente adatto» al «sereno esercizio delle funzioni» (cfr., per la triplice prospettiva, M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie*, cit., p. 44). Il senso ultimo del non dipendere da altro rispetto alla ragionevole applicazione della legge, in sede di decisione, rimane comunque quello di rendere effettivi i diritti fatti valere o da far valere, «centro di gravità della nostra Costituzione» (G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 526), rispondendo adeguatamente alla domanda di giustizia.

⁷¹⁸ V. *infra*, §§ 2.1.2.-2.1.5. Di recente, nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata formulata la raccomandazione della tutela dell'indipendenza giudiziaria, tanto a livello di ordine quanto a livello di singoli membri, attraverso l'esclusione di sistemi d'i.a. volti a prefigurare la futura decisione di un

conseguentemente derivare di ulteriori all'imparzialità, alla parità delle armi, alla presunzione d'innocenza⁷¹⁹.

2.1.2. (segue) *Dipendenza psicologica.*

Venendo in primo luogo a trattare il piano dell'indipendenza psicologica, va dato atto di una constatazione basilare, che l'ipotetica introduzione di un sistema profilatorio implica inevitabilmente, almeno in potenza, l'introduzione di un fattore di condizionamento indiretto⁷²⁰ per il giudice, in sede di decisione. Il fatto stesso, cioè, che vengano resi disponibili al pubblico gli *individual precedents* di costui, sinteticamente rappresentandone le statistiche relative ai casi ritenuti analoghi antecedentemente giudicati, costituirebbe una leva di pressione idonea a minarne la piena indipendenza psicologica.

Il giudice, infatti, esposto dinanzi alle parti, alla collettività, ai *media* e agli altri magistrati con tutto il suo «passato decisionale»⁷²¹, potrebbe significativamente risentire dell'indebita *auctoritas* delle statistiche personali⁷²², rimanendo vincolato aprioristicamente ai suoi precedenti. Un tale adeguamento potrebbe avvenire *a priori*, per l'appunto, ossia riapplicando le precedenti soluzioni normative non considerando adeguatamente i *particulars* della vicenda pendente, e dunque non distinguendo il caso da decidere rispetto a quelli già decisi al fine di applicare al primo una regola giuridica diversa da quella applicata ai secondi; ovvero non riconsiderando la bontà di un risultato

determinato giuridico. È quanto ha affermato il Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion No. 26 (2023), *Moving forward*, cit., § 92: «*Technology should support the judiciary in carrying out its constitutional role fairly and efficiently. Its design and operation should be subject to such safeguards, including legislation and/or rules of court, as necessary to secure both institutional and individual judicial independence and impartiality at all stages of legal proceedings. Such safeguards should be tailored to the needs of the proceedings whatever their nature*». Per venire a concludere che «*technology should, specifically, not be used to predict an individual judge's decision-making*». Ancora d'interesse, sempre da parte del Consiglio d'Europa, la *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities*, consultabile al presente link: https://www.giacomooberto.com/coe_raccomandazione_2010/coe_rec_2010_12_e.htm.

⁷¹⁹ V. *infra*, § 2.1.6.

⁷²⁰ La cui rilevanza, anche in forma indiretta per l'appunto, deve ritenersi coperta dall'art. 101 comma 2 Cost.: cfr. ancora G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 527.

⁷²¹ B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 94.

⁷²² Cominciamo dunque col vedere che se per un verso la profilazione potrebbe registrare una capacità incrementale rispetto alla garanzia della pubblicità del processo, la quale costituisce – tra l'altro – strumento di verifica dell'indipendenza del giudice (v. *supra*, § 1.2.1.); per altro verso, la profilazione per la stessa indipendenza costituisce un fattore di rischio.

interpretativo precedentemente accolto, e dunque perseverando nell'errore o comunque nell'affermazione dell'orientamento meno preferibile⁷²³.

Una ragione senz'altro idonea a sospingere il giudice verso l'adeguamento⁷²⁴ deriverebbe dalla sicura aspettativa – se non proprio dall'affidamento –, in capo alle parti e più in generale alla collettività, nella conformità della futura decisione di costui alle decisioni già rese⁷²⁵. Così, temendo di essere tacciato d'ingiustizia nell'adottare una soluzione difforme, quel giudice potrebbe rimanere significativamente restio a uscire dal binario decisionale predeterminato dall'algoritmo alla base del sistema di profilazione. Il discorso, e in particolare la verosimile valenza prescrittiva più che meramente indicativa⁷²⁶ delle statistiche, si fa piuttosto grave se poniamo la mente al rapporto già delineato tra richiesta di giustizia e richiesta di predicibilità, nel sistema penale contemporaneo e alla luce dell'incidenza dell'i.a.⁷²⁷. Se infatti la giustizia finirà per rimanere assorbita nella predicibilità, e questo stato delle cose verrà strutturalmente, giuridicamente e socialmente accettato, allora il mutamento interpretativo in quanto tale, ossia in quanto necessaria manifestazione d'incertezza, non dovrà più avere luogo. Esso, come chiaramente ne conseguirebbe, sarà visto come un indicatore di ingiustizia della decisione, quando in realtà sarebbe proprio un'opposta esigenza di giustizia che (almeno nel sistema in cui ancora oggi viviamo) dovrebbe determinarne e giustificare lo spazio.

Senza contare che, in prospettiva, pure l'assunzione di una decisione non difforme, ma con la quale si opera un distinguo del caso considerato rispetto a quelli già decisi⁷²⁸, potrebbe venire segnalata dal sistema, in termini giuridici e diciamo anche grafici, come un elemento distonico nel panorama giurisprudenziale del giudicante. E dato che, almeno in apparenza, un siffatto elemento correrebbe il rischio di essere segnalato come

⁷²³ La concretizzazione di tali rischi, in termini di inaccettabile tendenziale affermazione di uno *stare decisis* in senso stretto e immobilismo interpretativo, sarà presa in esame poco più oltre: §§ 2.1.3. e 2.1.4. Qui, conviene forse ripeterlo, ci si sta occupando solo del piano dell'indipendenza psicologica del giudicante.

⁷²⁴ Non consideriamo, qui, le possibili cause notoriamente determinanti l'inclinazione del giudice verso l'adeguamento; ossia i vari modi in cui l'*auctoritas rerum similiter iudicatarum* possa influenzare le decisioni a venire. In argomento, volendo, si può rinviare a F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Giappichelli, 2022, pp. 180 ss.

⁷²⁵ In questo senso, cfr. tra gli altri S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 210-211.

⁷²⁶ Con riferimenti ai sistemi di giustizia predittiva in generale, distingue tra indicazione e prescrizione C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 193.

⁷²⁷ V. *supra*, I, § 4.2.

⁷²⁸ Esercitare il distinguo, coerentemente alla tradizione di *common law* nell'ambito della quale la tecnica del *distinguishing* è stata elaborata, non equivale a decidere in senso difforme rispetto ai precedenti, e dunque mutando orientamento interpretativo rispetto al passato. Significa piuttosto riconoscere che le caratteristiche del caso concreto impongono l'applicazione di una diversa regola giuridica. Se del caso, sul tema v. F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente*, cit., pp. 46 ss.

ingiustificatamente distonico, come un'anomalia, il giudicante potrebbe determinarsi per evitare di distinguere in ragione degli effetti pregiudizievoli che dall'apparente difformità deriverebbero. Quest'ultimo rilievo, come si comprende, muove dal presupposto implicito che un eventuale sistema profilatorio possa detenere una struttura informatica di base e un'organizzazione interna tendenzialmente insensibile ai *particulars* dei singoli casi decisi. Così, malgrado il giudice si cimenti in uno sforzo motivazionale adeguato a giustificare la distinzione della vicenda da ultimo definita rispetto alle precedenti, vi sarebbe il rischio che, nella percezione delle future parti, della collettività, e dei *media*, quella decisione risulti superficialmente ingiusta, e dunque non accettata, poiché apparentemente ingiustificata⁷²⁹.

Questo genere di ipervisibilità⁷³⁰, di «sovraesposizione informatica»⁷³¹ e quindi pubblicomediata, già nel breve periodo implicherebbe pure un decentramento sostanziale dei luoghi della giustizia. Si è parlato, sebbene a un diverso proposito, di spostamento del «luogo cognitivo del giudizio»⁷³². E poi perché di certo «non è lo stesso stare nell'aula o in piazza»⁷³³: la profilazione del giudice passerebbe anche per una moltiplicazione deistituzionalizzante della sede decisoria, la quale senz'altro non promuoverebbe la formazione libera e serena del convincimento giudiziale.

Ancora. A suo tempo si comprenderà pure come la tendenza all'adeguamento del giudice ai propri *individual precedents* appaia verosimile alla luce delle conseguenze che, sul piano del monitoraggio delle *performances* e del controllo, dal mutamento interpretativo o dal distinguo potrebbero derivare⁷³⁴.

I rilievi finora articolati interessano, va da sé, i giudici monocratici. Ma ipotizzando la profilabilità dei collegi⁷³⁵, e in particolare della Corte di cassazione, è verosimile attendersi che pure i giudici di legittimità verrebbero a subire una certa forza pressoria dell'algoritmo, dimostrando una significativa resistenza a superare i propri precedenti,

⁷²⁹ Certo, non si può avere la certezza che un eventuale sistema profilatorio venga costruito in modo da oscurare le significative differenze tra i casi decisi. Ma l'evenienza – salvo adottare determinati accorgimenti nel concepire i sistemi di giustizia predittiva, ad esempio quelli proposti *supra*, I, §§ 5 ss. – è senz'altro più probabile di quella opposta. Come visto, difatti, il paradigma della predicibilità pare si stia affermando nel senso di offrire un *output* indicativo della direzione della futura decisione in termini sintetici, nel tentativo di individuare il *trend* decisionale di massima. E dunque, come tale, tendente all'assimilazione delle differenze piuttosto che al loro distanziamento.

⁷³⁰ Sulla quale si sofferma, seppure ad altri fini e in un differente contesto, A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Mimesis, 2021, p. 72.

⁷³¹ B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 93.

⁷³² A. GARAPON, *La despazializzazione*, cit., p. 142.

⁷³³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 925

⁷³⁴ V. *infra*, IV.

⁷³⁵ V. *infra*, § 2.2.1.

poiché senz'altro condizionati alla restituzione verso l'esterno di un'immagine di coerenza istituzionale. Il peso delle statistiche potrebbe dunque implicare una conseguenza piuttosto critica per il sistema, e cioè il tendenziale ostacolo psicologico all'*overruling* necessario, ogniqualvolta l'orientamento da superare risulti scorretto, obsoleto o ingiusto.

Rispetto a ogni giudice, monocratico e collegiale, deve essere poi considerato il fenomeno del c.d. *anchoring* (letteralmente, ancoraggio), il quale indica il *bias* della tendenza a rimettersi fideisticamente al risultato algoritmico sebbene manchino adeguati riscontri scientifici, poiché il suddetto risultato appare necessitato, tra una parvenza di inevitabilità e una parvenza di correttezza⁷³⁶. Chiaramente, il rischio del menzionato approccio fideistico dipende dalle notevoli potenzialità dell'i.a.⁷³⁷, delle quali a suo tempo si è accennato, rispetto ad altri strumenti di documentazione elettronica ad oggi in uso, come le banche dati di giurisprudenza. In relazione a un ipotetico *tool* di profilazione, il giudicante potrebbe allora interrogare la macchina per beneficiare di un valore aggiunto, e in particolare della migliore conoscenza del proprio passato decisionale in relazione a una determinata classe di casi. E però, a causa del *bias* in discorso, egli potrebbe essere indotto ad ancorarsi – nei termini poc'anzi descritti – al relativo *output*, per esempio non mettendo in discussione la corretta rappresentazione delle proprie statistiche, quando invece teoricamente nulla assicura l'assenza di difetti in punto di elaborazione degli *individual precedents* d'interesse⁷³⁸ o degli altri dati ritenuti rilevanti.

Sulla scorta delle superiori riflessioni si può meglio comprendere la conclusione di una parte della dottrina, secondo cui, preponderante una dimensione quantitativa nella gestione della futura amministrazione della giustizia, «la *quantitas* diventa *auctoritas* e – forse – persino *veritas*»⁷³⁹. La portata dell'asserzione, sempre ragionando sull'impiego di un sistema profilatorio a fini predittivi, ancor meglio si coglie considerando l'effetto c.d. di autorealizzazione (o *self-fulfilling prophecy*), messo in luce dalle elaborazioni sociologiche e psicologiche, secondo cui «eventi predetti tendono a realizzarsi per il solo fatto che la previsione sia stata espressa»⁷⁴⁰. Anche questo è un fattore da prendere in esame, il quale a sua volta risulterebbe conseguenza della presenza stessa delle statistiche personali, che possono appunto valere come predizione della decisione futura, e che

⁷³⁶ Sul punto, anche se in relazione ai *tools* di valutazione del rischio di futura commissione di reati di cui si è detto *supra*, II, § 1, cfr. L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità*, cit., pp. 410-411.

⁷³⁷ Cfr. anche M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons*, cit., p. 15.

⁷³⁸ Come del resto è accaduto in Francia, in occasione della sperimentazione di “*Predictice*”, di cui si è fatto cenno *supra*, II, nt. 552.

⁷³⁹ A. ANDRONICO-T. CASADEI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, p. 7.

⁷⁴⁰ N. LETTIERI, *Contro la previsione*, cit., p. 92.

attiverrebbero quel circolo di c.d. spinte gentili (*nudging*)⁷⁴¹ capaci di sollecitare comportamenti – dunque, assumere decisioni conformi – «sotto la soglia della consapevolezza personale»⁷⁴².

La eventuale concretizzazione dei rischi del c.d. ancoraggio e del c.d. autoavveramento, si vorrebbe osservare, prescinderebbe dalle criticità direttamente afferenti ai sistemi d'i.a., a suo tempo considerate e che si aggiungono a quelle ora in discorso. Si pensi, ad esempio, alla questione dell'indipendenza del programmatore⁷⁴³ di un ipotetico sistema profilatorio, della comprensibilità delle meccaniche algoritmiche e della qualità dei relativi processi di elaborazione, *etc.*⁷⁴⁴. Se dunque ancoraggio e autoavveramento sono neutri, per dir così, rispetto all'*output* al quale ci si è ancora e che si autoavvera, ancora più urgente diviene, in prospettiva, la necessità di far fronte adeguatamente alle menzionate criticità.

I costi in termini di elevato rischio di dipendenza dalle statistiche, peraltro, non attengono solo all'evenienza dell'adeguamento acritico e generalizzato, ma pure all'evenienza di una dinamica di «reattanza» del giudice nei confronti dei risultati offerti da un sistema di profilazione⁷⁴⁵. La reattanza, nel significato conferitole dalle scienze psicologiche, indicherebbe una «forte reazione che scatta nell'individuo che si senta minacciato nella propria libertà d'azione, consistente nel rifiuto di prescrizioni percepite come costrizioni illegittime o immotivate»⁷⁴⁶. Dunque, paradossalmente, proprio tutte le riserve che abbiamo sinora avanzato in relazione alla deriva conformistica, potrebbero innescare nel giudice una reazione di aprioristica avversione alle statistiche, cioè al proprio profilo costruito dal sistema. Anche da un tale angolo visuale, allora, si può registrare il rischio di un indebito condizionamento, di un'altra forma di dipendenza psicologica, dovuta a una *auctoritas* stavolta negativamente direzionata, idonea a far decidere il giudice in senso ingiustificatamente difforme. Il rischio, insomma, di una sentenza altrettanto ingiusta⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ In relazione ai *tools* di profilazione del giudice, ne ha parlato B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 93.

⁷⁴² G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto*, cit., p. 30, sebbene con riferimento al c.d. *neuromarketing*.

⁷⁴³ La quale, secondo A. NATALE, *Introduzione*, cit., p. 15, è la condizione per garantire effettivamente l'indipendenza del giudice rispetto all'*output* del sistema. Al riguardo, non esclude che una società privata proprietaria del *software* possa avere interesse a favorire una determinata giurisprudenza, B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 209.

⁷⁴⁴ Di ciò, oltre alle implicazioni dell'affermazione del paradigma della predicibilità, si è detto *supra*, I, § 4.3.

⁷⁴⁵ Così anche B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 93.

⁷⁴⁶ È la definizione del termine presente in *Treccani online*.

⁷⁴⁷ Cfr. ancora B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 93.

2.1.3. (segue) *Deriva di uno stare decisis assoluto.*

La concretizzazione dei rischi afferenti al significativo condizionamento psicologico potenzialmente derivante dalla messa in opera di un sistema profilatorio, peraltro, comporterebbe un ulteriore ordine di costi da dover considerare.

Parrebbe difatti che, là dove il *vulnus* all'indipendenza psicologica del giudice si traducesse in un acritico adeguamento alle statistiche, e dunque gli *individual precedents* acquistassero *de facto* un valore altamente prescrittivo per la decisione dei casi a venire, si possa instaurare una prassi orientata allo *stare decisis* in senso stretto. Quei precedenti acquisterebbero, cioè, una decisa vincolatività, dal momento che il giudice, per rimanere coerente a sé stesso ovvero concordante con altro collega, si sentirebbe fortemente indotto a decidere in senso conforme.

Si tratterebbe, come è evidente, di una deriva fermamente da scongiurare: il vincolo positivo e incondizionato al precedente, nel nostro ordinamento, è senz'altro escluso – soprattutto per ciò che qui interessa – in forza del principio della soggezione del giudice alla sola legge *ex art. 101 comma 2 Cost.* nella sua «proiezione negativa»⁷⁴⁸; oltretutto, nella materia penale, dalla riserva di legge *ex art. 25 comma 2 Cost.* Nello stesso senso, a tacer d'altro, è previsto l'*art. 107 comma 3 Cost.*, il quale consente la distinzione dei magistrati esclusivamente per diversità di funzioni.

Ciò, si deve nel contempo rilevare, a giudizio di chi scrive non equivale neppure alla negazione di qualsivoglia vincolatività del precedente all'interno del sistema nazionale, dovendosi riconoscere efficacia precettiva all'*art. 65 ord. giud.*, che nell'indicare le «attribuzioni» della Corte di cassazione ne sancisce la funzione nomofilattica. E quest'ultima implica il dovere – istituzionale e giuridico – di assicurare l'uniforme interpretazione della legge determinando ufficialmente quale sia l'interpretazione migliore, al primario fine di garantire un accettabile grado di certezza del diritto in termini di prevedibilità della futura decisione giudiziaria⁷⁴⁹. Il dovere della Cassazione di fare nomofilachia va poi coordinato con il dovere immanente a tutti i giudici nazionali di promuovere la tendenziale stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, cioè di *jus dicere* in conformità del principio di prevedibilità della loro decisione. Decidere osservando il principio di prevedibilità, a sua volta, significa sostanzialmente riconoscere valore autoritativo, e non meramente persuasivo, ai

⁷⁴⁸ Lo si dice con le parole di P. FERRUA, *Indipendenza e imparzialità*, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, pp. 66-67.

⁷⁴⁹ Sui fondamenti del quale, v. *supra*, § 1.3.

precedenti giudiziari⁷⁵⁰; e a quelli della Cassazione, alla luce dell'art. 65 ord. giud. poc'anzi richiamato⁷⁵¹. Questi, oltreché conosciuti, vanno dunque seguiti non tanto in virtù di una direttiva metodologica comunemente condivisa, quanto in virtù di un sicuro dovere giuridico. Proprio perché uno *stare decisis* in senso stretto non è configurabile, si tratterebbe in ogni caso di un dovere giuridico tendenziale, come inevitabilmente conclude tutta la dottrina favorevole all'impostazione in discorso, cioè condizionato all'insussistenza di gravi ragioni di segno opposto⁷⁵². Queste ragioni, per giustificare il discostamento, debbono essere analiticamente indicate e argomentate. Queste ragioni, come ben si comprende, rappresentano la misura dell'autonomia interpretativa del giudice rispetto al precedente, la quale non può – non deve – essere integralmente neutralizzata ma debitamente bilanciata; e al contempo rappresentano il parametro di legittimazione giuridica e sociale della decisione difforme. Su queste basi non bisogna avere timore nel dire che esiste una gerarchia tra le interpretazioni, seppure non inderogabile. A livello sistematico, si badi, un tale assetto risulta oggi confermato anche dalla legislazione vigente, proprio alla luce degli istituti di devoluzione obbligatoria previsti in una pluralità di settori dell'ordinamento (penale, civile, amministrativo, contabile): sicuramente e formalmente, cioè, l'interpretazione della singola sezione del vertice giudiziario non vale come l'interpretazione del relativo massimo collegio. E *a fortiori* ciò deve valere pure per le interpretazioni del giudice di merito.

⁷⁵⁰ Una tale rilevanza giuridica del precedente, pure nel nostro sistema di *civil law*, è sostenuta da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 32 ss.; e prima da G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 4, al quale – come riportato dallo stesso A. – hanno aderito A. PIZZORUSSO, N. PICARDI, M. CAPPELLETTI, M. BIN, F. ROSELLI, citati *ivi*. Si sono aggiunti S. CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 123 ss.; V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, cc. 417 ss.; L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della nostra Cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica italiana*, in AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. I. *Gino Gorla: la figura e l'opera, le fonti, il precedente, la sentenza, la cultura del diritto*, Giuffrè, 1994, p. 293; V. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 88-89; S. EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, in *Foro it.*, 1999, VI, cc. 171 ss.; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità*, cit., pp. 62 ss.; M. GIALUZ, *L'Ufficio del massimario e la logica del precedente*, in A. MANNA-F. ALONZI (a cura di), *L'Ufficio del massimario e la forza dei precedenti*, Giuffrè, 2020, pp. 54 ss.

⁷⁵¹ Altro problema concerne l'insussistenza – pressoché radicale se si eccettuano le sentenze delle Sezioni unite – di un *habitat* concretamente adatto a una corte del precedente, come si usa dire, in grado di guidare sistematicamente la giurisprudenza successiva.

⁷⁵² Bisognerebbe peraltro riflettere sul come intendere, in modo sufficientemente condiviso e concreto, il parametro di una tale gravità: sul punto, volendo, può rinviarsi a F.M. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 3842 ss.

I rilievi appena articolati consentono dunque di constatare che, con la profilazione nominativa, il peso del precedente potrebbe eccessivamente aumentare⁷⁵³. La presenza stessa di determinate statistiche, indicando un certo risultato interpretativo coincidente col passato decisionale del giudice, senz'altro non ne agevolerebbe il discostamento motivato, almeno di regola, ma bensì sospingerebbe verso un generalizzato adeguamento agli *individual precedents*⁷⁵⁴. Il che, lo si è chiarito poc'anzi, non risulta accettabile neppure quando l'orientamento ripetuto nel tempo è un orientamento di legittimità. Inaccettabile, a più forte ragione, se l'*individual precedent* che va riapplicandosi consiste in un orientamento di merito. In tale ultima evenienza, peraltro, concretamente si affermerebbe un regime di *stare decisis* ancor più esteso e stringente rispetto a quello dei sistemi di *common law* in cui viene formalmente accolto, perché a divenire vincolanti sarebbero (anche) le decisioni di prima istanza, con la conseguenza che a divenire *de facto* vincolante sarebbe – indifferentemente – il formante giurisprudenziale tutto. Senza contare, come conseguenza della cristallizzazione nel tempo di un determinato risultato interpretativo e se la piattaforma di profilazione non contemplasse un'adeguata segnalazione delle fattispecie concrete sulle quali i precedenti si fondano, il tendenziale impedimento, o quantomeno la minore propensione, da parte del giudicante, a esercitare quel fisiologico e necessario *distinguishing* del caso da decidere rispetto a quelli già decisi.

2.1.4. (segue) *Immobilismo interpretativo*.

Il medesimo *vulnus* all'indipendenza psicologica e funzionale del giudice potrebbe generare, inoltre, una ricaduta pregiudizievole sul versante dello sviluppo interpretativo, e cioè del fisiologico divenire del diritto vivente.

Come in parte già rammentato⁷⁵⁵, e come in più occasioni ribadito pure nella giurisprudenza di Strasburgo⁷⁵⁶, talvolta nella pratica giudiziaria si rende infatti

⁷⁵³ Arriva a parlare di «dittatura del precedente», nell'ambito dei sistemi di giustizia predittiva in generale, B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 209.

⁷⁵⁴ Ciò, tra l'altro, acuirebbe un fenomeno patologico già in essere nel nostro ordinamento, quando ha luogo l'adeguamento generalizzato ai precedenti della Cassazione. Fenomeno favorito anche da come il sistema di massimazione delle sentenze è attualmente ancora governato: al riguardo, sia consentito il rinvio a F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente*, cit., pp. 203 ss. e 318.

⁷⁵⁵ *Supra*, I, §§ 1.1.2. e 3.3.

⁷⁵⁶ V., tra i vari arresti, Corte e.d.u., Grande camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Sahin and Perihan Sahin c. Turchia*, § 58; Corte e.d.u., sez. III, 10 maggio 2012, *Albu et al. c. Romania*, § 34; Corte e.d.u., Grande camera, 29 novembre 2016, *Lupeni Greek Catholic Parish et al. c. Romania*, § 116, lettera c).

necessario che le ragioni della stabilità cedano le armi alle ragioni del cambiamento⁷⁵⁷. Si tratta di una circostanza che sta nelle cose, questa, perché la funzione dell'interpretazione giudiziaria è sempre (anche) quella di decidere un caso concreto, la cui valenza risiede (anche) nel costituire un banco di prova della correttezza, attualità e giustizia dei c.d. precedenti. Se questi ultimi sono tecnicamente scorretti, obsoleti o ingiusti, vanno senz'altro superati in quanto – sebbene entro i confini della lettera della legge – «l'ordinamento» deve poter «rispond(ere), in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà»⁷⁵⁸ nella quale è inserito. Rimanere inflessibilmente sulle precedenti interpretazioni, al contrario, significa niente meno che costruire una potenziale «gabbia della ragione»⁷⁵⁹, assecondare in potenza la ingiustizia sistemica e non rimanere coerenti neppure con la natura del formante giurisprudenziale. La quale, oltre a concernere sempre il piano della decisione di un caso concreto, rende la suddetta decisione sprovvista di legittimazione democratica e dunque insuscettibile di detenere una vocazione alla stabilità analoga a quella della legge. Senza contare il come la decisione giudiziaria viene adottata: e cioè non potendo beneficiare di quel grado di ponderazione degli interessi in gioco di cui solo la sede parlamentare rimane garante, almeno in teoria.

La inevitabile e continua flessibilità del formante giurisprudenziale dunque giustifica, tra l'altro, la mancanza di piena equiparabilità tra lo stesso e il formante legale. Quest'ultimo, inteso come disposizione provvista di un nucleo indiscutibile di significati idonei a fungere da sbarramento alle interpretazioni non consentite, rimane soggetto a modifiche ed evoluzioni solo in virtù dell'intervento parlamentare.

Ebbene, per le ragioni appena articolate, un ipotetico sistema di profilazione non parrebbe promuovere il dinamismo del diritto vivente. Ma anzi, nel segno di una logica

⁷⁵⁷ Così, pressoché testualmente, S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 148. In argomento, cfr. altresì, tra gli altri, A. AZARA, *Necrologio di Mariano D'Amelio*, in *Riv. dir. priv.*, 1943, I, p. 265; C.M. BARONE, *Dottrina delle corti e funzione nomofilattica*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 186; V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, cit., p. 208; con specifico riferimento ai *judge profiling tools*, accenna alla questione B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 91; A. GAMBARO, *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, 2018, p. 190; M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, 1991, p. 96. Sulla c.d. storicità del diritto, che spinge verso «movimento e mutamento», v. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020, pp. 88-90.

⁷⁵⁸ In questi termini, Cass. civ., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> (§ 4.3).

⁷⁵⁹ G. BORRÈ, *La corte di cassazione oggi*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 1996, p. 157.

deterministica⁷⁶⁰, tenderebbe verosimilmente a concretizzare un rischio di immobilismo interpretativo⁷⁶¹.

Al riguardo, vanno ancora una volta considerati due distinti ambiti di riflessione. Da una parte, quello del rapporto tra il giudice di merito e le proprie statistiche; dall'altra, quello del rapporto, sempre con le proprie statistiche, del giudice di legittimità.

Quanto al primo, il disincentivo al mutamento causato dalla profilazione potrebbe tradursi in una particolare resistenza, da parte del giudice di merito, a decidere in contrasto rispetto agli *individual precedents* propri o altrui, ossia stabiliti da un collega di pari grado ritenuto particolarmente autorevole. Se così fosse, ciò si tradurrebbe in un ostacolo, e considerevole, a mettere in discussione precedenti soluzioni nonostante la loro eventuale scorrettezza, obsolescenza o ingiustizia. Divenendo, in ipotesi, conseguentemente ardua, almeno a livello di giurisprudenza di merito, la diffusione di indirizzi preferibili in quanto migliori rispetto al passato. Piuttosto, nel medio periodo, il verosimile effetto atteso di questa tendenza potrebbe essere uno *ius dicere* attestato in via generalizzata sull'opinione maggioritaria, la quale potrebbe divenire progressivamente dominante. Con ciò, ovviamente, non si vuole manifestare una ideologica avversione nei confronti dello scenario in cui il sistema penale divenga massimamente prevedibile in virtù di posizioni interpretative pressoché unanimi. Si vuole piuttosto mettere in luce una criticità in punto di metodo, e cioè che, alla suddetta unanimità, non è in ogni caso auspicabile giungere attraverso un adeguamento generalizzato alle posizioni della maggioranza senza esserne effettivamente persuasi, almeno in termini di mancanza di gravi ragioni di segno contrario.

Inoltre, la stessa resistenza a decidere in contrasto rispetto agli *individual precedents* propri o di altro collega di merito, potrebbe risultare particolarmente critica nell'ipotesi – frequentissima – in cui i suddetti precedenti siano a loro volta conformi ai precedenti della Cassazione. Così, resistere al mutamento significherebbe indirettamente rinunciare, in misura più significativa di quanto già non sia, a sottoporre a critica gli orientamenti di legittimità. Il che, spingendo come detto verso un regime di *stare decisis* in senso stretto, non rappresenterebbe solo una distorsione costituzionale e istituzionale dell'equilibrio dei poteri, ma pure – dall'angolo visuale ora d'interesse – una sistematica rinuncia all'articolazione di quelle gravi ragioni idonee a giustificare, quantomeno sul versante metodologico, il discostamento dai precedenti della Cassazione. E dunque

⁷⁶⁰ Cfr., tra gli altri, A. GARAPON-J. LASSEGUE, *Justice digitale*, cit., p. 181; R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria*, cit., p. 9.

⁷⁶¹ Del rischio di un tale «livellamento» fa menzione anche B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti"*, cit., p. 90. Pur senza specifico riguardo ai sistemi di profilazione, di una «ossificazione del diritto vivente» parla G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale*, cit., p. 83. Cfr. altresì C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 193.

all'articolazione di quelle ragioni capaci, in prospettiva, di spingere la stessa Cassazione a rivedere le proprie posizioni, nel quadro di una debita valorizzazione del ruolo propulsivo del giudice di merito rispetto al mutamento degli indirizzi di legittimità⁷⁶².

Il discorso, peraltro, interessa anzitutto il giudice del tribunale in composizione monocratica: sarebbe costui, infatti, a rimanere personalmente esposto nell'ambito di un sistema di profilazione. Ma, come si vedrà più oltre, non è neppure da escludere la profilabilità di un intero collegio⁷⁶³; e dunque i medesimi rischi di immobilismo interpretativo anche in relazione allo *jus dicere* dei giudici del tribunale collegiale e delle corti d'appello.

Sempre presupponendo la profilabilità del collegio, si può ora venire al secondo ambito di riflessione, cioè a quello del rapporto tra giudice di legittimità e proprie statistiche. Qui il rischio di immobilismo interpretativo, se dovesse concretizzarsi, ci spingerebbe addirittura oltre allo *stare decisis* in senso stretto, giacché una esasperata resistenza della Cassazione al mutamento implicherebbe il rinunciare al *revirement* dei propri precedenti nonostante la loro eventuale scorrettezza, obsolescenza o ingiustizia. Scenario, come visto, costituzionalmente e istituzionalmente inaccettabile, irragionevole e assiologicamente non auspicabile. Come del resto dimostra pure l'esperienza consolidata dei sistemi di *common law*, in cui vige il principio del precedente strettamente vincolante: oltremania e oltreoceano, infatti, le corti di vertice sono munite del potere e del dovere di cambiare giurisprudenza ogniqualvolta che ricorra una buona ragione per farlo⁷⁶⁴.

Non si può, in ultimo, trascurare come una situazione di immobilismo interpretativo, a qualunque livello della giurisdizione, possa verosimilmente incidere in concreto sul giudizio probabilistico volto ad anticipare segno e contenuti delle future decisioni. Volendo esplicitare l'ovvio, cioè, il ripetuto adeguamento ai propri *individual precedents* non può che rendere sempre meno probabile il futuro discostamento⁷⁶⁵, ossia la decisione difforme. Di una tale minore probabilità, domani, dovrà tenere logicamente conto l'uomo che si sforza in una anticipazione dell'esito del processo a partire dalle

⁷⁶² Su di un tale ruolo, cfr. R. RORDORF, *Nomofilachia e precedente giudiziario: il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 283. In tema, v. anche S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015, p. 9; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 5.; A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Giuffrè, 2021, p. 21.

⁷⁶³ *Infra*, § 2.2.1.

⁷⁶⁴ In argomento, sia consentito il rinvio a F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente*, cit., pp. 48 ss.

⁷⁶⁵ In questo senso, riferendosi più in generale ai sistemi di giustizia predittiva, A. NATALE, *Introduzione*, cit., p. 15.

statistiche restituite dal *judge profiling*; dopodomani, del medesimo dato terrà necessariamente conto la macchina, là dove in autonomia formuli la suddetta anticipazione in base al profilo del giudice. Accettare un tale scenario equivale ad accettare niente meno che un *software* di giustizia predittiva dotato di autorità diversa da quella della legge e che si fonda in larga parte su elementi dotati di autorità diversa da quella della legge (anzitutto, precedenti giudiziari) operi quale supremo strumento di «sistematizzazione»⁷⁶⁶ dei processi.

2.1.5. (segue) *Standardizzazione valutativa.*

Un secondo ordine di costi derivanti dalla profilazione fa concettualmente il paio con la deriva dell'immobilismo interpretativo e attiene al rischio, per dir così, di standardizzazione valutativa. Al quale si potrebbe andare incontro nel caso in cui un sistema di *judge profiling* fosse implementato pure allo scopo di restituire, e dunque tentare di rendere predicibili, le valutazioni probatorie del giudice di merito⁷⁶⁷. Anche a tale riguardo, il discorso può valere immaginando tanto una profilazione personale del giudice monocratico, quanto una profilazione plurale del giudice collegiale.

Dato che ogni processo è diverso dall'altro, perché non esistono due fatti da accertare tra loro identici e perché l'accertamento viene condotto in circostanze e modalità mai tra loro identiche, la maturazione di un affidamento molto forte sui risultati delle precedenti valutazioni di un determinato giudice potrebbe verosimilmente condurre costui verso l'adeguamento acritico alle statistiche. E dunque, se così fosse, verso la formulazione di giudizi valutativi automatici, ossia non sensibili alle particolarità della vicenda concreta, ma tendenzialmente ripetitivi dei giudizi già formulati in precedenza: in questi termini, cioè, standardizzati.

Il che risulterebbe non solo deontologicamente scorretto⁷⁶⁸, ma pure in radicale contrasto con il principio del libero convincimento, precisamente nella parte in cui esso va collegato a un valore di ragionevolezza immanente all'ordinamento giuridico: ragionevolezza implicante inderogabile valorizzazione delle differenze tra i casi da decidere, e nell'ambito ora d'interesse sicura «concretezza della valutazione probatoria»⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle*, cit., p. 632.

⁷⁶⁷ Le relative possibili applicazioni sono state ipotizzate *supra*, § 1.3.3.

⁷⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 89: «sesta regola della deontologia giudiziaria» per il giudice sarebbe, per l'appunto, «valutare e... comprendere, volta a volta, i connotati specifici e singolari dei fatti sottoposti al giudizio, in aggiunta alla loro prova fattuale e alla loro qualificazione giuridica».

⁷⁶⁹ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 14.

Inoltre, gli effetti dell'indebita *auctoritas*, nei confronti del giudicante, derivante dalle statistiche, si potrebbero avvicinare considerevolmente – in pratica –, a quelli derivanti da un sistema di prove legali, almeno a patto d'intendere quest'ultimo nei termini di un sistema che, acquisite determinate prove, ne prescriva i relativi risultati. Anche sulla scorta di un tale rilievo, dunque, la medesima e irrinunciabile valorizzazione delle differenze tra i casi da decidere, a fondamento del libero convincimento e del ripudio di mezzi di prova inderogabilmente vincolati nella loro significatività, rimarrebbe senz'altro frustrata. E se «è intollerabile la condanna fondata sul calcolo probatorio-legale, quando chi giudica non sia persuaso»⁷⁷⁰; *a fortiori* lo sarebbe quella fondata sul calcolo probatorio-algoritmico, viene da dire.

Ancora, qualora dovesse concretizzarsi lo scenario di un giudice che rimane fermo su come prove analoghe sono state precedentemente valutate, si potrebbe generare, in certa misura, una mortificazione del valore del contraddittorio per la formazione della prova. Se, ad esempio, il giudice tendesse a valutare in modo standardizzato le dichiarazioni dei testimoni, magari in base a una serie di elementi ricorrenti, sempre meno varrebbe lo sforzo delle parti nella conduzione del c.d. esame incrociato e in sede di formulazione delle conclusioni. Come pure, per le stesse ragioni, sempre meno varrebbe il contributo delle parti finalizzato all'ammissione e alla successiva assunzione della prova atipica *ex art. 189 c.p.p.*⁷⁷¹.

È da osservare, infine, come l'opinione di non ancorare il libero convincimento all'indipendenza del giudice, ma piuttosto alla ragionevolezza della legge e alla razionalità della giurisdizione⁷⁷², non significa che, riflettendo attorno all'ipotetica incidenza del *judge profiling*, non sia comunque – tra gli altri – un potenziale *vulnus* all'indipendenza di costui a rilevare. Poiché, come si è tentato di illustrare, verrebbe introdotto uno strumento dotato di una autorità diversa da quella della legge e significativamente incidente, sul convincimento del giudicante, in senso concretamente prescrittivo.

2.1.6. (segue) Parzialità del giudice e «inferiorità istituzionale» dell'imputato.

⁷⁷⁰ Così, nuovamente in relazione alle tesi del Filangieri, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 596-597.

⁷⁷¹ Sul rapporto tra questa disposizione e la c.d. prova scientifica, menzionata a suo tempo, v. M. CAIANIELLO, *L'ammissione della prova scientifica*, cit., pp. 192 ss.

⁷⁷² V. anche *supra*, nt. 684.

Essendo l'indipendenza condizione dell'imparzialità del giudice, aver rilevato più sopra i possibili *vulnera* all'indipendenza per conseguenza della profilazione induce a rilevare un ulteriore *vulnus* alla sua imparzialità⁷⁷³.

Quest'ultima garanzia, già chiaramente desumibile dagli artt. 3 e 24 e poi direttamente sancita nell'art. 111 comma 2 Cost.⁷⁷⁴, ai nostri fini assume soprattutto il significato di «mancanza di pregiudizi in relazione al *thema decidendi*»⁷⁷⁵ che derivino da fonti conoscitive o pseudoconoscitive diverse dal materiale su cui fondare la decisione⁷⁷⁶. Il condizionamento psicologico e funzionale esercitato dalle statistiche, come si comprende, se concretizzato determinerebbe un posizionamento del giudice in partenza – per dir così – incompatibile con la necessaria equidistanza e «indifferenza»⁷⁷⁷ rispetto alle tesi e agli interessi delle parti. La vicenda processuale, cioè, risulterebbe letteralmente pregiudicata; alla luce, appunto, della verosimile forza pressoria degli *individual precedents* sintetizzati dalla macchina. In tal senso, la profilazione può dunque costituire uno strumento non soltanto perturbativo del giudizio⁷⁷⁸, ma pure pregiudicante nei termini anzidetti.

Una tale valutazione in ordine all'ipotetica incidenza della profilazione sull'integrità del *modus iudicandi* del magistrato, va da sé, non attiene tanto al piano dell'imparzialità soggettiva. Ma bensì, per adoperare una distinzione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, al piano dell'imparzialità oggettiva. Non trattandosi, infatti, di indagare il foro interiore del soggetto giudicante in base al suo atteggiamento nell'ambito della vicenda processuale, ma piuttosto di guardare alla presenza di un

⁷⁷³ Anche a tale riguardo vediamo dunque che se per un verso la profilazione potrebbe registrare una capacità incrementale rispetto alla garanzia della pubblicità del processo, la quale costituisce – tra l'altro – strumento di verifica dell'imparzialità del giudice (v. *supra*, § 1.2.1.); per altro verso, la profilazione per la stessa imparzialità costituisce un fattore di rischio.

⁷⁷⁴ Come anche il Giudice delle leggi ha affermato a più riprese, *in parte qua* l'art. 111 Cost. detiene natura ricognitiva: cfr., tra le molte, C. cost., 2 maggio 2001, n. 112.

⁷⁷⁵ M. GIALUZ, sub art. 111, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *op. cit.*, p. 970, riportando la tesi di G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I. *Principi generali*, II ed., Utet, 2007, pp. 107-108.

⁷⁷⁶ Nel sistema convenzionale, come si sa, l'imparzialità del giudice è espressamente considerata uno degli elementi dell'«equo processo» ex art. 6 paragrafo 1 C.e.d.u. Al riguardo, si rinvia tra gli altri a F.R. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, pp. 1 ss.; M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità*, cit., pp. 249 ss.; L. PRESSACCO, sub art. 6, cit., pp. 177; G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, pp. 1 ss.

⁷⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 88, ricordando il Beccaria e il Muratori là dove guardavano al processo come all'«indifferente ricerca del vero».

⁷⁷⁸ V. le osservazioni articolate poco sopra, §§ 2.1.2.-2.1.5.

sistema profilatorio alla stregua di un elemento ontologicamente verificabile che agli occhi di un osservatore esterno appaia idoneo a giustificare il dubbio di un difetto di imparzialità⁷⁷⁹.

Vi è poi da considerare che, minando in tale misura la garanzia dell'imparzialità, si arrecherebbe un sistematico *deficit* di tutela sul piano del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., in particolare nel suo incompressibile corollario della c.d. parità delle armi tra accusa e difesa. Come noto, la suddetta parità va sempre rapportata alle peculiarità del processo penale e agli interessi di cui le parti sono portatori, secondo un canone di adeguatezza⁷⁸⁰. La posizione del pubblico ministero è difatti istituzionalmente diversa da quella dell'imputato e delle altre parti private eventuali, con tutto ciò che ne segue⁷⁸¹. Ma ciò non tocca la diversa questione della sicura illegittimità di fattori extragiuridici d'influenza idonei a determinare un preposizionamento del giudice per la tesi accusatoria o la tesi difensiva, a seconda del segno e del contenuto delle proprie statistiche. Ammettendosi questo, cioè la stessa presenza delle statistiche, si ammetterebbe un potenziale stato delle cose in cui una delle parti – a seconda degli *individual precedents* del giudicante d'interesse – soffrirebbe di una sistematica e aprioristica diminuzione delle proprie *chances* di successo processuale. Soffrirebbe, in altri termini, di una condizione di «inferiorità istituzionale»⁷⁸².

Ciò rappresenterebbe un'evenienza particolarmente critica allorquando fosse l'imputato a trovarsi in questa situazione di svantaggio. In concreto, difatti, il rischio dell'adeguamento forzato a precedenti condannatori si tradurrebbe in un'«acritica adesione all'*opinio delicti*» fatta propria dal pubblico ministero⁷⁸³, ossia in un pregiudizio sulla colpevolezza della persona accusata a prescindere dagli effettivi dati di contesto, e

⁷⁷⁹ V., anche per la giurisprudenza d'interesse, L. PRESSACCO, sub art. 6, cit., p. 178; G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice*, cit., pp. 5-6.

⁷⁸⁰ Cfr., tra gli altri, M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2001, p. 6; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Cedam, 2003, p. 98.

⁷⁸¹ In argomento, tra i molti, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1294; G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 256. Come ha ripetutamente affermato il Giudice delle leggi, è dunque legittima una certa asimmetria dei poteri processuali tra accusa e difesa: cfr., per esempio, C. cost., 27 gennaio 2004, n. 46.

⁷⁸² B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 209.

⁷⁸³ Cfr., nell'ambito dell'esame della garanzia convenzionale, F. CASSIBBA, sub art. 6, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 214; G. UBERTIS, *Principi*, cit., p. 89. Sull'intima relazione tra l'indipendenza, l'imparzialità e la presunzione d'innocenza, soprattutto in ambito euronitario, v. A. FALCONE, *Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un'effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza. Nota alla sentenza Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, procedimenti penali a carico di WB e altri*, in *Sist. pen.*, 2022, 6, pp. 153 ss.

quindi in una patente violazione della presunzione d'innocenza⁷⁸⁴ affermata nell'art. 27 comma 2 Cost.⁷⁸⁵. Un simile fenomeno distorsivo sarebbe destinato, con ogni evidenza, ad acuirsi nel momento in cui il caso *sub iudice* dovesse cagionare una eco mediatica di qualche rilevanza, la quale – è drammaticamente noto – non giova di certo all'osservanza delle garanzie e alla serenità della valutazione, ma la inquina sotto la spinta di pretese giustizialistiche e sostanzialmente deistituzionalizzanti⁷⁸⁶.

Di più: in quanto causativa di un pregiudizio sulla colpevolezza, l'indebita influenza dell'autorità delle statistiche equivarrebbe a una radicale neutralizzazione della presunzione in discorso. Essa, come è stato scritto, si giustifica proprio perché secondo l'*id quod plerumque accidit* la probabilità di colpevolezza dell'imputato è maggiore della probabilità dell'innocenza, servendo dunque a «bilanciare il pregiudizio negativo che deriva dal fatto stesso» della formulazione imputazione nei confronti di un determinato soggetto⁷⁸⁷. Appare insomma chiaro che, innescando un tale pregiudizio negativo attraverso l'implementazione del *judge profiling*, la presunzione d'innocenza, logicamente, sarebbe *tamquam non esset*.

⁷⁸⁴ Sulla quale, rimane insuperata l'opera di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., il quale tratta dei suoi possibili fondamenti, tra relative «basi pregiudiziali» e «valore politico», alle pp. 80 ss.

⁷⁸⁵ E intesa, in questo discorso, come «regola di giudizio» in base alla quale decidere sulla responsabilità dell'imputato. Sulla distinzione, al riguardo, tra regola di giudizio e «regola di trattamento», v. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 31 ss. e 96 ss.; ID., voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, pp. 3 ss.; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Giappichelli, 2009, pp. 119 ss.

⁷⁸⁶ Sul rapporto tra il c.d. processo mediatico e la presunzione d'innocenza come regola di giudizio, v. V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit., pp. 82 ss. Parla di funzione «formativa» più che «informativa» della comunicazione giudiziaria, mediante una vera e propria celebrazione di «processi mediatici paralleli», G.P. VOENA, *Processo pubblico e "mass media"*, cit., p. 159, il quale conclude affermando un «punto di non ritorno: da una prospettiva nobilitata dal rappresentare un modo, ancorché embrionale, di controllo del popolo sulla amministrazione della giustizia si è scivolati all'ambizione del popolo stesso a giudicare». La stessa pericolosa ambizione, seppure in relazione alla questione delle riprese audiovisive delle udienze e dei correlativi effetti sul convincimento del giudicante, è osservata da G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 670. Tra i vari contributi dedicati al tema dall'A., di recente, in ordine ai condizionamenti dei *media* sul singolo processo e in generale sul sistema giustizia, v. G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *Leg. pen.*, 17 settembre 2018, pp. 7 ss.

⁷⁸⁷ G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 523, il quale spiega pure che alla luce della sua *ratio* non se ne può affermare la natura di presunzione in senso tecnico, appunto perché con essa viene affermato un assunto non coerente ma contrario all'*id quod plerumque accidit*. Parrebbe dunque derogato un criterio di teoria generale del diritto, e che la deroga sia giustificata dalla «scelta politica», ossia da un'opzione di valore, «corrispondente all'esigenza di garantire che l'innocente non venga condannato. Per il comune sentire, infatti, la possibile condanna di un innocente è molto più grave e destabilizzante dell'assoluzione di un colpevole»: *ibid.*

2.2. Un esempio di costi accessori.

Se quelli finora trattati possono essere intesi alla stregua di costi strutturali, sempre alla luce della premessa articolata più sopra⁷⁸⁸ è ora possibile soffermarsi su di un esempio di costi accessori della profilazione.

Infatti, la combinazione di un'eventuale piattaforma di *judge profiling* con la disciplina dell'inammissibilità dell'appello e del ricorso per cassazione parrebbe idonea a incidere in senso significativamente limitativo sul diritto all'impugnazione. Più nel dettaglio, ci si appresta a riflettere sull'area applicativa di determinate cause di inammissibilità, che per effetto della profilazione potrebbe indirettamente subire un indebito ampliamento, e dunque provocare un contestuale indebito restringimento del diritto all'appello e al ricorso per cassazione.

Quest'ultimo, peraltro, essendo oggetto di tutela costituzionale, rende ancor più critiche le possibili implicazioni del *judge profiling*.

2.2.1. Ipotesi di incidenza della profilazione sul diritto all'impugnazione.

Consideriamo anzitutto gli oneri di specificità da assolvere nella formulazione dei motivi di appello o di ricorso per cassazione, rispettivamente discendenti dagli artt. 591 comma 1 lettera c e 581 c.p.p.⁷⁸⁹.

Per quanto riguarda l'appello, con la c.d. riforma Cartabia è stato aggiunto il comma 1-bis all'art. 581 c.p.p., a mente del quale esso «è inammissibile per mancanza di specificità dei motivi quando, per ogni richiesta, non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione». Come chiarito dallo stesso legislatore⁷⁹⁰, in armonia con la funzione dell'appello di *revisio prioris instantiae* si è dunque provveduto a codificare

⁷⁸⁸ § 2.

⁷⁸⁹ Su di un piano generale, può essere detto che – specie nel corso degli ultimi anni – tanto il legislatore quanto la giurisprudenza hanno inteso arginare il fenomeno delle impugnazioni meramente dilatorie attraverso la decisa valorizzazione del carattere specifico di cui il gravame e l'azione d'impugnazione debbono essere dotati a pena di inammissibilità. Cfr. A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2288.

⁷⁹⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»*, in *G.U.*, supplemento straordinario n. 5, serie generale n. 245, 19 ottobre 2022, p. 324.

l'orientamento consolidatosi a partire dalle Sezioni unite Galtelli⁷⁹¹ in tema di onere di specificità c.d. estrinseca dei motivi⁷⁹².

Ora, se è indubbio che la disposizione di nuovo conio abbia introdotto *per tabulas* una causa d'inammissibilità dell'appello fondata sull'aspecificità estrinseca dei motivi, ai fini del presente lavoro rimane invece dubbio il significato da attribuire alla «forma puntuale ed esplicita» che i motivi devono avere nella parte in cui si riferiscono alla decisione di primo grado. Si tratta di un interrogativo necessariamente conseguente all'indeterminatezza dei concetti in discorso, fonte di imprevedibilità in ordine al grado di specificità richiesto per la valida instaurazione del giudizio di seconde cure. Il problema, come si comprende, era già sorto a seguito dell'arresto delle sezioni unite

⁷⁹¹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, Galtelli, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2017, con nota di H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*; P. DELL'ANNO, *Specificità ed inammissibilità dell'atto di impugnazione a seguito della riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, pp. 4 ss.

⁷⁹² Già da tempo, infatti, secondo la giurisprudenza l'inidoneità dell'atto d'impugnazione a instaurare il secondo grado di giudizio non deriva solo da una mancanza di specificità c.d. intrinseca del suddetto atto, ossia da vizi inerenti al motivo isolatamente considerato. Si pensi, in proposito, all'ipotesi della vaghezza, indeterminatezza, o confusione nella formulazione del motivo, la quale impedisce al giudice di comprendere precisamente la doglianza e quindi di pronunciarsi al riguardo; alla totale laconicità del motivo, quando per esempio ci si limiti a enunciare il vizio della sentenza di prime cure senza apportare rilievi argomentativi; all'astrattezza del motivo, quando in ipotesi esso appaia formulato in modo tale da non apparire riferito a un determinato provvedimento. Elenca, in questi e ulteriori termini, l'aspecificità c.d. intrinseca, A. BASSI, *Impugnazioni. L'appello*, in A. BASSI-C. PARODI, *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Giuffrè, 2022, p. 275. Oltre appunto al motivo intrinsecamente privo di specificità, il massimo collegio della Cassazione aveva ritenuto altrettanto inammissibile il motivo formulato senza un adeguato collegamento con la decisione di primo grado. In particolare, era stata avallata la tesi della sostanziale omogeneità della valutazione sulla specificità intrinseca dell'appello e del ricorso. La tesi in discorso era stata sostenuta, tra le molte, già da Cass., sez. VI, 6 febbraio 2003, n. 13621, in *C.e.d. Cass.*, n. 227194. Sul contrasto interpretativo afferente dal quale era originato l'arresto delle sezioni unite, all'epoca chiamate a chiarire «se, e a quali condizioni e limiti, il difetto di specificità dei motivi di appello comporti l'inammissibilità dell'impugnazione», v. H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello*, cit., pp. 136-137. Essendo quella dell'inammissibilità una «categoria unitaria» (Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, Galtelli, cit., § 1.2, in diritto), le sezioni unite si erano espresse nel senso della necessità di una esplicita enunciazione e argomentazione dei «rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata» (§§ 6 ss., in diritto).

In definitiva, bisognava e bisogna – è perlomeno questo a essere confermato con l'introduzione dell'art. 581 comma 1-bis c.p.p. – che l'appellante si faccia carico di isolare e aggredire con precisione i singoli passaggi motivazionali relativi ai capi e ai punti oggetto di gravame, sì da attivare un reale ed effettivo confronto tra questi ultimi e l'atto di impugnazione. Parla di «dissezionar(e)» il provvedimento impugnato «nelle sue componenti logiche», A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione*, cit., p. 2289; cfr. altresì A. BASSI, *Impugnazioni*, cit., p. 275 e giurisprudenza ivi citata.

poc'anzi ricordato⁷⁹³; e non è stato appianato, ma pare anzi uscirne acuito in occasione della riforma, perché non risulta chiaro se il legislatore abbia riprodotto gli assunti giurisprudenziali *tout court* ovvero abbia almeno in parte innovato rispetto a questi ultimi, nel senso di un ulteriore restringimento del filtro degli appelli in entrata⁷⁹⁴. In dottrina non vi è chi non propenda per la prima soluzione⁷⁹⁵, sebbene appaia la seconda quella che più verosimilmente seguiranno i giudici, in virtù dell'argomento della «non ridondanza del legislatore»⁷⁹⁶ e soprattutto, nell'ottica di garantire un *surplus* di efficienza processuale in termini di riduzione dei carichi, valorizzando la maggiore capacità deflativa di una causa di inammissibilità a maglie più strette rispetto al passato⁷⁹⁷.

Posto ciò, al netto di una serie di perplessità afferenti al piano letterale e sistematico della nuova disposizione⁷⁹⁸, mette qui conto di registrare un rischio in particolare. Quello

⁷⁹³ Cfr., tra gli altri, A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione*, cit., p. 2289.

⁷⁹⁴ In argomento, J. DELLA TORRE, sub *art. 586*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit., t. III, p. 1295.

⁷⁹⁵ Tra gli altri, O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., pp. 17 ss., pur distinguendo tra specificità e puntualità; C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello (ex d.lgs. 150/2022)*, in *Giust. ins.*, 13 gennaio 2023, § 9.4.

⁷⁹⁶ J. DELLA TORRE, sub *art. 586*, cit., p. 1295.

⁷⁹⁷ V., per tutti, M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale*, cit., p. 24.

Rimane in ogni caso auspicabile, come già indicato dal massimo collegio della Cassazione in occasione dell'arresto ricordato poc'anzi, che in sede di vaglio preliminare la corte d'appello rapporti il grado di specificità richiesto alla specificità dei rilievi argomentativi contenuti nei punti della decisione impugnata, sì da non far calare la scure dell'inammissibilità in virtù del mancato raggiungimento di un livello di specificità in concreto inesigibile. Cfr., sul punto, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 77. Dovrebbe dunque imporsi, in questi termini, una verifica sensibile alle caratteristiche del singolo caso, anche perché qualora una tale verifica non avesse luogo è piuttosto probabile che l'ordinanza di inammissibilità verrebbe sistematicamente impugnata dinanzi alla Cassazione, con conseguente aggravio dei carichi di quest'ultima.

⁷⁹⁸ Per soddisfare un'esigenza di completezza, sia consentito osservare che una prima perplessità riguarda la summenzionata equiparazione tra appello e ricorso per cassazione: v., al riguardo, A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d'appello*, in *Parola alla difesa*, 2016, p. 33.

Una seconda perplessità riguarda il conseguente rischio di irragionevole «alterazione funzionale» del primo: M. CERESA-GASTALDO, *L'impugnazione inammissibile tra selezioni arbitrarie e vuoti formalismi*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, vol. III. *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, Giappichelli, 2023, § 5. L'A. condivisibilmente afferma la distonia – in termini di irragionevolezza – di una causa di inammissibilità fondata sulla specificità dei motivi rispetto al regime della cognizione del giudice d'appello non modificato in sede di riforma. Il giudice d'appello, infatti, non è vincolato al motivo proposto, come invece è vincolata la Corte di cassazione; di talché, «pretendere di sbarrare la strada alla domanda priva di elementi... irrilevanti ai fini della decisione...

cioè che, alla luce del nuovo assetto normativo e di quanto in parte già suggerito dalle Sezioni unite Galtelli⁷⁹⁹, il diritto vivente finisca per tramutare il vaglio di ammissibilità basato sulla specificità dei motivi in un vaglio di ammissibilità basato sulla «idoneità confutatoria» degli stessi, scivolando dunque verso una valutazione concettualmente molto vicina a – se non coincidente con – quella della non manifesta infondatezza⁸⁰⁰. In

significa operare una selezione disfunzionale rispetto alle caratteristiche del mezzo, e perciò insensata ed arbitraria». Rimangono in proposito valide le riflessioni, riprese dallo stesso A. (nt. 39), articolate all'indomani delle Sezioni unite Galtelli da H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello*, cit., p. 139, il quale sosteneva che la specificità dei motivi avrebbe dovuto essere intesa nei limiti dell'utilità a individuare precisamente i punti della sentenza ai quali i motivi si riferiscono. Se poi da una parte deve rimanere fermo l'ambito della cognizione della corte d'appello per come tutt'oggi delineato ex art. 597 comma 1 c.p.p., dall'altra il nuovo art. 581 comma 1-bis c.p.p. potrebbe sortire una conseguenza indiretta al riguardo, inducendo il giudice di seconde cure esercitare il proprio sindacato in misura ridotta, ossia più aderente ai motivi formulati dall'appellante. Cfr. F. MORELLI, *Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello*, in *Discrimen*, 23 maggio 2023, p. 22; nella medesima direzione, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 78. Considerato pure che la disciplina sull'ammissibilità è destinata almeno in parte a ripercuotersi sull'ambito della cognizione: v., tra gli altri, P. MAGGIO, *Nuove ipotesi d'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 164.

Una terza perplessità riguarda la formulazione letterale del comma 1-bis in discorso. Oltre alla difficoltà derivante dall'indeterminatezza del riferimento alla forma «puntuale ed esplicita» dei motivi, di cui si è detto, ci si riferisce ora alla necessità di articolare, nell'atto d'appello, «rilievi critici». Con riguardo alla ricostruzione del fatto desumibile dalla sentenza di primo grado, cioè, non è detto che l'appellante intenda dolersi di un errore. Eppure, in virtù del tenore letterale dell'art. 581 comma 1-bis c.p.p. sembrerebbe poter esserci spazio solo per un motivo fondato su di un errore del giudice di prime cure: cfr. P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021, pp. 4-5; M. CERESA-GASTALDO, *L'impugnazione inammissibile*, cit., § 5.

Una quarta perplessità riguarda la collocazione topografica della disposizione: in senso critico, tra gli altri, E.N. LA ROCCA, *L'inammissibilità dell'appello per aspecificità estrinseca dei motivi*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini Giuridica, 2022, p. 609.

⁷⁹⁹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, Galtelli, cit. (§ 7.3, in diritto): «i motivi, per indirizzare realmente al decisione di riforma, devono contenere, seppure nelle linee essenziali, ragioni idonee a confutare e sovvertire, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice»; per concludere che «solo attribuendo tali connotazioni al requisito di specificità dei motivi di appello, in definitiva, il giudice dell'impugnazione può dirsi efficacemente investito dei poteri decisori» relativi al secondo grado di giudizio.

⁸⁰⁰ M. CERESA-GASTALDO, *L'impugnazione inammissibile*, cit., § 5. Nel medesimo senso, tra gli altri, M. BARGIS, *Ripercorrendo le impugnazioni penali: dalla "riforma Bonafede" alla "riforma Cartabia"*, in A. BOLDRIN-M. BOLOGNARI-M. DANIELE-P.P. PAULESU-S. SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, 2022, pp. 148 ss.; G. CANESCHI, *L'inammissibilità delle impugnazioni: dalla Corte di Strasburgo argini antiformalistici a tutela dell'equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 802; J. DELLA TORRE, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, pp. 45 ss.; E.N. LA ROCCA, *L'inammissibilità*

concreto ciò significherebbe valutare preliminarmente le probabilità di accoglimento dell'appello⁸⁰¹, e dunque porsi senz'altro al di là delle operazioni interpretative consentite, data la vigenza del principio di tassatività in materia di invalidità degli atti processuali penali e la mancanza di una norma analoga a quella discendente dall'art. 606 comma 3 c.p.p.

Fermo quanto detto sinora a proposito dell'appello, riguardo al ricorso per cassazione – come prima si è accennato – sono richiesti analoghi oneri di specificità nella formulazione dei motivi⁸⁰², sempre ai sensi degli artt. 591 comma 1 lettera c e 581 c.p.p.⁸⁰³.

dell'appello, cit., p. 613; P. MAGGIO, *Nuove ipotesi d'inammissibilità*, cit., in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 161 ss.

⁸⁰¹ M. DANIELE, *La riforma Cartabia*, cit., p. 24.

⁸⁰² In argomento, tra gli altri, C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 223 ss.; G. ANDREAZZA, *Il ricorso per cassazione: casi, forme e preclusioni*, in G. CANZIO-R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019, pp. 453 ss. In relazione al vizio di motivazione, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, pp. 760 ss.

⁸⁰³ Anche a proposito dell'azione di impugnativa, dunque, il parametro in discorso risulta declinato dalla giurisprudenza in vario modo. Anzitutto, distinguendo la genericità intrinseca da quella estrinseca: quest'ultima può concernere le carenze della critica nei confronti della sentenza impugnata ovvero la mera ripetizione di motivi già formulati in sede di appello, il cui fondamento sia stato già destituito dal giudice di seconde cure. Sul tema, R. BRICCHETTI, *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto d'impugnazione*, in G. CANZIO-R. BRICCHETTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 142 ss. Più nel dettaglio, la specificità è stata per esempio intesa come mancanza di chiarezza e puntualità dei motivi; come mancanza di specificazione dell'asserito vizio di motivazione di cui ci si dolga; come mancanza di comprensibilità del ricorso a causa della tecnica espositiva utilizzata; *etc.* In caso di ricorso avverso una sentenza d'appello che abbia operato un *overturning* di quella di primo grado, è peraltro richiesto un «obbligo di specificità rafforzata» quando si denunci il vizio di motivazione della sentenza d'appello in relazione al confronto con le ragioni espresse nella sentenza di primo grado. Cfr., per le varie declinazioni della specificità dei motivi di ricorso, M. GIALUZ, sub *art. 606*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit., t. III, pp. 1887 ss. Bisogna nondimeno registrare una significativa differenza rispetto all'appello, e cioè che gli oneri di specificità qui sono maggiormente coerenti con la natura e la funzione del ricorso per cassazione. Esso, infatti, poiché mezzo d'impugnazione a critica pienamente vincolata, delimita tanto il *petitum* quanto l'ambito della cognizione della Corte, che non può decidere in base a motivi diversi da quelli formulati nell'atto introduttivo. Risulta allora complessivamente appropriata la soluzione di esigere una particolare precisione nella redazione del ricorso, sì da fugare eventuali margini di ambiguità in ordine al sindacato del giudice, nonché a fini di economia processuale, agevolando quest'ultimo a individuare celermente il punto della questione da decidere.

Alla luce della collocazione del già menzionato art. 581 comma 1-*bis* c.p.p., di recente conio, potrebbe peraltro sorgere il dubbio del se la disposizione possa o meno valere in qualche misura anche in relazione al ricorso per cassazione. Pur riguardando l'appello, il comma 1-*bis* è stato difatti inserito all'interno della disciplina generale delle impugnazioni. Di talché, ci si potrebbe domandare se esso possa assumere un significato ulteriore, ossia una valenza sistematica, alla luce della scelta topografica

Ebbene, nell'ottica della eventuale implementazione di un sistema di profilazione del giudice, le questioni di cui si è appena dato conto possono venire in rilievo a patto di considerare un ovvio presupposto, e cioè che ad essere implementato sia un sistema di profilazione dell'intero collegio giudicante. Solo per tale via, infatti, sarebbe possibile ipotizzare il monitoraggio e la conseguente predicibilità di decisioni di competenza esclusivamente collegiale, come sono appunto quelle afferenti all'ammissibilità dell'appello e del ricorso per cassazione. Deve dunque recuperarsi, sul punto, quanto in altra sede precisato in ordine alla profilabilità del collegio⁸⁰⁴, il quale non si può logicamente ritenere costituito dalla sommatoria dei profili dei singoli membri, dovendo piuttosto essere considerato l'organo unitariamente inteso, al più differenziando la profilazione in base alle diverse personalità che volta a volta lo compongono. Non si potrebbe infatti isolare lo specifico apporto del singolo membro sulla decisione finale⁸⁰⁵.

Chiarito un tale presupposto, la profilazione del giudice si rivelerebbe obiettivamente funzionale ad anticipare segno e implicite ragioni della decisione di

compiuta dal legislatore. In merito verrebbe a tutta prima da ritenere che il *surplus* di specificità richiesto per l'appello debba *a fortiori* sussistere pure con riguardo al ricorso per cassazione, essendo appunto quest'ultimo un rimedio impugnatorio a critica totalmente vincolata. Non si tratta, tuttavia, di un dubbio dalla reale consistenza: ancora una volta, essendo ogni forma d'invalidità prevista in termini tassativi, l'estensione analogica di una causa di inammissibilità letteralmente enunciata solo per l'appello è senz'altro da escludere. Piuttosto, «oltre la specificità» concettualmente si colloca la pretesa, ormai consolidata anche presso la giurisprudenza penale, della c.d. autosufficienza del ricorso: quando esso è formulato facendo richiamo a determinati atti processuali, a pena di inammissibilità deve essere allegato o interamente trascritto il contenuto dei suddetti atti – cfr. R. BRICCHETTI, *Il modello di motivazione*, cit., p. 143 –, onde evitare che la relativa ricerca venga a gravare sulla Corte di cassazione.

⁸⁰⁴ *Supra*, I, § 5.2.

⁸⁰⁵ Inoltre, una profilazione collegiale non risulterebbe efficace sul piano predittivo qualora si optasse per la indifferenziata commistione degli orientamenti del collegio unitariamente inteso con gli orientamenti dei singoli componenti riferiti al tempo in cui esercitavano funzioni di giudici monocratici, e cioè ad un tempo antecedente al loro ingresso in quel collegio. Infatti, per anticipare segno e contenuto della decisione del collegio bisognerebbe eventualmente considerare – tra l'altro – l'effetto-gruppo, vale a dire la consapevolezza dell'esistenza di dinamiche di gruppo suscettibili di condurre a decisioni diverse da quelle che ciascuno dei componenti avrebbe singolarmente adottato. Tanto più in un sistema quale il nostro, in cui non è previsto l'istituto della *dissenting* o *concurring opinion*, a mezzo delle quali si potrebbe invece tentare di desumere come e in che misura il posizionamento individuale di un singolo membro abbia inciso su quello dell'intero collegio.

Il discorso, come si comprende, non viene riportato nel corpo del testo poiché esula da un'ipotetica profilazione collegiale relativa agli orientamenti sull'interpretazione degli oneri di specificità dell'appello e del ricorso ex artt. 591 comma 1 lettera c e 581 c.p.p. L'interpretazione in parola, infatti, non può avere luogo ad opera di un giudice monocratico, ma solo di un giudice collegiale. Una tale riflessione è piuttosto pertinente con il tema della valutazione della prova, sul quale ci si è soffermati *supra*, § 1.3.3., giacché – tanto per dirne uno – il criterio alla stregua del quale una certa testimonianza è reputata attendibile può essere applicato tanto da un giudice monocratico quanto da un giudice collegiale.

inammissibilità dell'appello o del ricorso per cassazione *ex artt.* 591 comma 1 lettera c e 581 c.p.p.

Quanto all'appello, risulterebbe cioè funzionale ad anticipare come probabilmente verrà inteso da un determinato collegio il parametro della specificità estrinseca in rapporto alla critica «puntuale ed esplicita», che deve essere contenuta nell'atto d'impugnazione e che si presta a interpretazioni potenzialmente poco uniformi, e verosimilmente variabili rispetto ai carichi di lavoro dei diversi uffici giudiziari⁸⁰⁶. Ci si riferisce in prima battuta alle valutazioni della corte d'appello; ma pure alle valutazioni della Corte di cassazione, quando debba decidere sui ricorsi avverso le ordinanze d'inammissibilità del giudice di seconde cure esperiti ai sensi dell'art. 591 comma 3 c.p.p.

La medesima funzionalità della profilazione può essere registrata in relazione al sindacato sulla specificità dei motivi di ricorso, precisando però che le uniche valutazioni rilevanti sarebbero quelle della suprema Corte, non essendo impugnabile l'ordinanza di inammissibilità emessa da quest'ultima.

A fronte di un beneficio in termini di *surplus* di calcolabilità della futura decisione, occorre nondimeno segnalare tre ordini di costi dal rilievo altrettanto significativo, e di entità complessiva – parrebbe – addirittura superiore.

Un primo costo è stato già preso in esame più sopra, e consiste in quel tendenziale immobilismo interpretativo che abbiamo visto ontologicamente incompatibile rispetto all'essenza della funzione giurisdizionale. E comunque *contra constitutionem*, creando un *vulnus* all'indipendenza e all'imparzialità del giudicante⁸⁰⁷, nella misura in cui il suddetto immobilismo implica un adeguamento acritico e generalizzato ai precedenti giudiziari, sospingendo il collegio a rimanere fedele alla giurisprudenza propria o altrui. Ovvero, a seconda dei casi, nella misura in cui induca il collegio a prendere forzatamente le distanze, rispetto a una certa giurisprudenza propria o altrui, per spirito di opposizione o diciamo per lanciare un segnale.

Un secondo costo deriva sempre dalla profilazione come fattore di sclerotizzazione dell'ordinamento, ma si coglie con specifico riferimento all'appello e al ricorso per cassazione considerando che a rimanere indebitamente cristallizzate potrebbero essere interpretazioni eccessivamente restrittive del diritto a impugnare. Di quest'ultimo conseguirebbe insomma una indebita cronica limitazione, se ad invalere – anche per le summenzionate esigenze di efficienza processuale – fossero appunto interpretazioni eccessivamente restrittive.

⁸⁰⁶ Quest'ultimo punto è particolarmente evidenziato, in senso critico, da M. DANIELE, *La riforma Cartabia*, cit., p. 24.

⁸⁰⁷ V. *supra*, §§ 2.1.1. ss.

Ciò, da un canto, appare quantomeno problematico per l'appello, che è costruito quale diritto soggettivo all'interno del nostro sistema; e dunque, a legislazione invariata, deve poter essere esercitato senza sproporzionate difficoltà. Tralasciando inoltre come, per tale via, possano divenire ultraconsolidate pure interpretazioni scorrette, ad esempio quella già cennata per cui il nuovo art. 581 comma 1-bis c.p.p. sarebbe da intendere alla stregua di un vaglio sulla non manifesta infondatezza dei motivi d'appello.

D'altro canto, la medesima cronica limitazione appare inoltre costituzionalmente illegittima in relazione al ricorso per cassazione, il quale è previsto nella Carta all'art. 111 comma 7 e non può finire ulteriormente compresso dai filtri in ingresso.

Un terzo costo della profilazione si può registrare alla luce della recente giurisprudenza della Corte e.d.u. L'ultraconsolidamento di indirizzi tendenti a restringere le maglie del filtro delle impugnazioni in entrata, cioè, appare destinato a porsi in contrasto con quanto affermato dal giudice di Strasburgo sul diritto alla motivazione e all'accesso giurisprudenziale ex art. 6 paragrafo 1 C.e.d.u.

Sul versante della motivazione, stando all'indirizzo reputabile consolidato a livello europeo⁸⁰⁸, interpretare in maniera ingiustificatamente formalistica le disposizioni di diritto interno esaminate sopra potrebbe infatti generare una violazione sistematica della convenzione. Fermo, cioè, che «i tribunali non possono essere tenuti a dichiarare i motivi per respingere ogni singolo argomento sollevato da ciascuna parte»; è altrettanto vero che gli stessi «non sono esenti dall'esaminare e rispondere debitamente alle censure principali da essa sollevate». A più forte ragione nel caso in cui i motivi di gravame o di ricorso «si riferiscono a “diritti e libertà”» convenzionalmente garantiti, poiché in ipotesi siffatte vi è l'obbligo di esaminare i suddetti motivi «con rigore e particolare cura»⁸⁰⁹. Il diritto alla motivazione, in definitiva, si sostanzierebbe nel beneficiare, da parte dell'impugnante, «di una procedura» atta a garantire «un esame efficace» degli «argomenti» addotti, nonché la possibilità «di comprendere i motivi del rigetto»⁸¹⁰.

Dall'obbligo di motivazione come specificato dai *dicta* in discorso dovrebbe, dunque, teoricamente e praticamente conseguire la tendenza del legislatore e del giudice a contrarre – o quantomeno a limitare – l'ambito di applicazione delle cause di inammissibilità⁸¹¹. E strumenti del tipo della profilazione, nella misura in cui possono favorire una drastica cristallizzazione di interpretazioni estensive o analogiche di quelle

⁸⁰⁸ F.R. DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*, in Arch. pen., 2020, 1, p. 126.

⁸⁰⁹ C. e.d.u., sez. I, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia, § 24.

⁸¹⁰ C. e.d.u., sez. I, 6 febbraio 2020, cit., § 31.

⁸¹¹ Cfr. F.R. DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto*, cit., p. 124, per il quale «l'obbligo di motivazione determina necessariamente un restringimento dello spazio operativo dell'inammissibilità».

cause, certo non renderebbero un buon servizio alla garanzia della motivazione per come la si dovrebbe assicurare.

Sul versante dell'accesso giurisdizionale, del pari, in più d'una occasione la Corte e.d.u. ha chiarito come la promozione di letture eccessivamente formalistiche della disciplina nazionale può essere foriera di criticità⁸¹². Emblematica, in particolare, risulta una vicenda che ha riguardato direttamente il sistema processuale penale francese; la quale, va da sé, ha consentito di esprimere principi validi anche nel nostro ordinamento.

Nell'ambito del singolo processo, la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. è stata ritenuta derivare dall'art. 502 comma 3 *code du procédure pénal*, per come applicato dalla giurisprudenza di legittimità. Secondo la disposizione, cioè, la legittimazione ad appellare in materia di reati di gravità media (*matière correctionnelle*), tra cui rientrano quelli tributari, è riconosciuta in capo alla parte, al difensore o a un procuratore speciale; in quest'ultima evenienza, la procura deve essere allegata all'atto d'impugnazione. L'indirizzo prevalente della *Cour de cassation* al riguardo è nel senso che, se tale procura risulta mancante agli atti, la carenza di legittimazione non può essere in alcun modo sanata dall'appellante, non potendone fornire la prova in un momento successivo⁸¹³.

Ora, senz'altro – alla luce dei criteri forniti dalla stessa Corte in altra pronuncia⁸¹⁴ – il mezzo può dirsi proporzionato rispetto allo scopo per cui è previsto, in quanto la norma mira a soddisfare l'esigenza di una particolare certezza in ordine alla volontà dell'imputato di proporre appello⁸¹⁵. Anche nel sistema d'oltralpe, infatti, vige il divieto di *reformatio in peius*, ai sensi dell'art. 512 comma 2 *code du procédure pénal*, con tutto ciò che ne deriva⁸¹⁶. L'ambito operativo della causa d'inammissibilità, inoltre, poteva pure dirsi prevedibile in virtù dell'esistenza di un consolidato diritto vivente; e dunque soddisfare il secondo criterio impiegato dalla Corte per valutare il rispetto del diritto di accesso al giudice. Piuttosto, come si è anticipato, a essere censurato è stato l'eccessivo formalismo, nel linguaggio di Strasburgo, di quel diritto vivente. L'assenza, cioè, della possibilità di sanare *ex post* il difetto di legittimazione.

⁸¹² Corte e.d.u., sez. I, 28 ottobre 2021, Succi c. Italia; C. e.d.u., sez. V, 2 febbraio 2023, Rocchia c. Francia. Sulla prima, e in relazione alle possibili criticità derivante da interpretazioni oltremisura formalistiche dell'art. 581 comma 1-bis c.p.p., v. J. DELLA TORRE, sub *art. 586*, cit., p. 1295.

⁸¹³ Cass., 4.1.1988, *Bull. Crim. N. 1*; Cass., 25.5.2004, n. 04-85.037, *Bull. Crim. N. 25*; Cass., 9.3.1972, n. 70-91.390, *Bull. Crim. N. 92*; Cass., 25.5.2004, n. 03-86.245, *Bull. Crim. N. 315*.

⁸¹⁴ C. e.d.u., Grande camera, 5 aprile 2018, Zubac c. Croazia, §§ 87 ss.

⁸¹⁵ Cfr. anche G. CANESCHI, *L'inammissibilità delle impugnazioni*, cit., p. 800, nt. 8.

⁸¹⁶ S. GUINCHARD-J. BUISSON, *op. cit.*, pp. 1536 ss., cui si rinvia pure per la giurisprudenza ivi citata.

Dal diritto di accesso al giudice nella prospettiva della Corte e.d.u., dunque, dovrebbe affermarsi la medesima tendenza a contenere l'ambito dei filtri delle impugnazioni in entrata, della quale si è già detto poco sopra riguardo all'obbligo di motivazione⁸¹⁷. Anche qui, peraltro, veniamo a ripetere la perniciosità di un ipotetico sistema di profilazione, soprattutto guardando agli orientamenti giurisprudenziali che, per l'effetto, verrebbero a dominare sempre più.

Certo, sempre nell'ottica di Strasburgo bisogna dire che la stessa profilazione potrebbe aumentare considerevolmente i margini di prevedibilità – meglio, predicibilità – del diritto processuale, e così assecondare uno degli indicatori enucleati dalla giurisprudenza europea per ritenere legittima la limitazione dell'accesso giurisdizionale. Ma se a diventare assai predicibile è un'interpretazione eccessivamente formalistica, il *vulnus* alla garanzia sancita dall'art. 6 C.e.d.u. permarrebbe, anzi si cronicizzerebbe, giacché la soddisfazione dei suddetti indicatori non può essere gestita in virtù di una logica compensativa; come del resto dimostra il caso di cui abbiamo fatto poc'anzi cenno.

Tanto chiarito a proposito dell'inammissibilità dell'appello e del ricorso per aspecificità dei motivi, la potenziale incidenza, in senso limitativo, del *judge profiling* sul diritto al ricorso per cassazione può essere osservata anche per il tramite dell'art. 606 comma 3 c.p.p. Il quale, come si sa, dispone l'inammissibilità dell'azione di impugnativa quando i motivi che la sorreggono risultino «manifestamente infondati»⁸¹⁸.

⁸¹⁷ Si sofferma in termini critici sulla causa d'inammissibilità di cui all'art. 581 comma 1-bis c.p.p. in rapporto ai principi espressi dalla giurisprudenza di Strasburgo, G. CANESCHI, *L'inammissibilità delle impugnazioni*, cit., pp. 801 ss.

⁸¹⁸ Su di un piano descrittivo, è senz'altro assodata l'osservazione della natura ibrida, per dir così, della manifesta infondatezza: da collocare tra l'area dell'ammissibilità e quella dell'esame del merito del ricorso. In questo senso, A. SCILLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Giappichelli, 2006, p. 192; R. FONTI, *L'inammissibilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, 2015, p. 194. Allo scopo di verificare se sussistono le condizioni per decidere sulla domanda, il meccanismo infatti implica che debba giocoforza passarsi per una valutazione sulla fondatezza della stessa, seppure sommaria (O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, 2020, p. 196.) e su base prognostica (R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, 2008, p. 88). La constatazione di ciò – la quale s'impone per «insopprimibili esigenze logiche», come hanno affermato anche Cass., sez. un., 30 giugno 1999, n. 15, Piepoli, in *DeJure* – induce a ritenere preferibile il riconoscimento, nella decisione ex art. 606 comma 3 c.p.p., di un giudizio pienamente concernente il profilo della fondatezza, tramutato però dal legislatore in un giudizio di ammissibilità (cfr. anche O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., p. 195), che come tale deve dunque essere trattato. Per volontà di legge, cioè, il sindacato di legittimità sull'atto d'impugnazione nella sua dimensione fisiologica (sindacato concernente il se sia giuridicamente fondata la pretesa del ricorrente) si converte in un vaglio formalmente sfociante, almeno in potenza, nel provvedimento col quale viene dichiarata una patologia del suddetto atto. Che l'esame del merito del ricorso concerna la fisiologia di quest'ultimo, in rapporto alla conseguente distonia della manifesta infondatezza come causa di inammissibilità, è osservato da O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., p. 191. Nell'opinione dell'A., vi è infatti una differenza meramente «quantitativa» tra decisione di fondatezza e decisione di manifesta infondatezza,

Dell'istituto in esame, bisogna osservare, dovrebbe essere promossa una interpretazione senz'altro restrittiva, ossia limitata alle ipotesi di più macroscopica ed evidente erroneità o debolezza delle ragioni a sostegno dell'atto d'impugnazione. Una simile lettura s'impone non solo perché a dover essere applicata è una finzione⁸¹⁹, che in

rientrando pur sempre nell'area «dei motivi che non convincono il giudice». *Contra*, poiché sarebbe un criterio qualitativo a governare il discrimine tra i due tipi di pronunzie, si è espresso E. FRAGASSO, *Diritto al controllo di legittimità e inammissibilità dei ricorsi per manifesta infondatezza dei motivi, dichiarata all'esito dell'udienza pubblica*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, pp. 7 ss.

Si tratta dunque di una finzione: P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto 'vigente' e diritto 'vivente'*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3006. Un sindacato sulla fondatezza viene trattato come se fosse un sindacato sull'ammissibilità; il rapporto giuridico processuale d'impugnazione – che normalmente si instaurerebbe, in presenza di un esame nel merito del motivo – è come se non instaurasse. Di rapporto processuale, nella dottrina processualpenalistica, oggi si parla assai di rado. V. dunque al riguardo G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV ed., Jovene, 1928, pp. 89 ss.; V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, XII ed., Cedam, 1960, pp. 15 ss.; parlava di una pluralità di rapporti giuridici processuali, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in ID. (diretto da), *Trattato del processo civile*, Morano, 1958, p. 36. La relativa nozione è nondimeno tenuta in conto da chi scrive, poiché la giurisprudenza ne fa correntemente uso: si veda per esempio, nell'ambito ora d'interesse, Cass., sez. un., 27 maggio 2016, n. 693, Aiello *et al.*, in *C.e.d. Cass.*, n. 26896601. Fermo quanto precede in punto di natura giuridica, deve darsi conto di un arresto abbastanza recente della Cassazione, la quale – nel segno di una condivisibile esigenza di tipizzazione giurisprudenziale dell'istituto – si è fatta carico di enucleare le possibili cause di manifesta infondatezza. Ciò al dichiarato scopo di contenere i propri margini di discrezionalità, in sede di gestione del suddetto filtro in ingresso. Quest'ultimo, proprio in ragione della sua vaghezza, è giunto a essere denunciato come «territorio senza legge»: F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 809. Così, si è detto, il ricorso non può essere esaminato sulla base di due ordini di ragioni. Anzitutto, con riferimento ai motivi di cui all'art. 606 comma 1 lettera b e c c.p.p., se esso risulta affetto da «evidenti errori di diritto». L'errore di diritto evidente è stato esemplificato nelle ipotesi di richiamo a «una norma inesistente nell'ordinamento»; di disconoscimento dell'«esistenza o (del) senso assolutamente univoco di una determinata disposizione di legge»; di riproposizione di «una questione già costantemente decisa» dalle Sezioni unite «in senso opposto a quello sostenuto dal ricorrente, senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi»: Cass., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 9486, in *Ilpenalista.it*, 30 marzo 2018 (§ 5.1.8., in diritto). Inoltre, con riferimento ai motivi di cui all'art. 606 comma 1 lettera e c.p.p., deve essere ritenuto parimenti infondato – sempre che risulti specifico ai sensi degli artt. 591 comma 1 lettera c e 581 c.p.p., nei termini visti *supra*, § 2.2.1., come precisa lo stesso giudice di legittimità – il ricorso redatto sulla base di doglianze «sostanzialmente vuote di significato in quanto manifestamente contrastate dagli atti processuali», per esempio quando «il motivo... attribuisca alla motivazione della decisione impugnata un contenuto letterale, logico e critico radicalmente diverso da quello reale»: Cass., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 9486, cit. (§ 5.1.8., in diritto). Nonostante ciò, evidentemente sulla base dell'irrimediabile tasso di indeterminatezza di una disposizione destinata a operare in subordine al ritenuto carattere «manifesto» del vizio in discorso, la dottrina ha continuato ad auspicare l'affermazione, in questo ambito, di parametri maggiormente obiettivi di valutazione: v., tra gli altri, A. PULVIRENTI, *Le restrizioni ai casi e ai motivi di ricorso per cassazione*, in ID. (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018, p. 187.

⁸¹⁹ V. nt. precedente.

quanto tale genera una effettiva o potenziale scissione tra realtà umana o giuridica e qualificazione del legislatore⁸²⁰, e dunque è da arginare il più possibile secondo un basilare principio di realtà. Ma soprattutto perché si tratta di un limite posto al diritto di ricorrere per cassazione, sancito nell'art. 111 comma 7 Cost.⁸²¹: essendo una garanzia costituzionalmente tutelata, le relative compressioni, sempreché reputate legittime, devono rimanere massimamente circoscritte⁸²².

⁸²⁰ In relazione all'art. 606 comma 3 c.p.p., pare il caso di una scissione effettiva tra la qualificazione adoperata dal legislatore (come causa di inammissibilità) e la realtà giuridica della disposizione, ossia la sua natura reale (causa di infondatezza).

⁸²¹ Nel senso di una lettura restrittiva della manifesta infondatezza, in quanto finzione *in malam partem*, P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso*, cit., p. 3007.

⁸²² Esclusa la possibilità di un'interpretazione estensiva, *a fortiori* naturalmente si esclude quella analogica. Quest'ultima non può essere praticata, tra l'altro, poiché in materia di invalidità degli atti processuali penali vige il già richiamato principio di tassatività; beninteso, ove si concordasse con l'includere l'inammissibilità all'interno del suddetto *genus*. In forza di ciò, O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., pp. 188 ss. argomenta in senso critico l'orientamento di legittimità che ammette una declaratoria di inammissibilità parziale del ricorso, quando solo alcuni dei motivi appaiano manifestamente infondati. Il riferimento è a Cass., sez. un., 27 maggio 2016, n. 693, Aiello *et al.*, cit. A livello pratico, l'esigenza di attuare un'esegesi volta alla minimizzazione dell'area operativa della disposizione deriva inoltre dall'indirizzo giurisprudenziale oramai consolidato per cui la manifesta infondatezza deve annoverarsi tra le cause d'inammissibilità c.d. originarie. Eccezion fatta per la rinuncia, anche tutte le altre cause sono originarie, nel senso che precludono *ab origine* l'instaurazione del giudizio di impugnazione e dunque l'avvio di una fase processuale. Se il ricorso viene dichiarato manifestamente infondato, quindi, non si versa in alcun «grado del processo» rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 129 c.p.p.; e così l'eventuale causa di proscioglimento, pur astrattamente sussistente e verificata, non può essere dichiarata, dovendo prevalere la pronunzia d'inammissibilità. L'orientamento è stato consacrato da Cass., sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Foro it.*, 2001, II, cc. 341 ss., con nota di G. DI CHIARA, cui si rinvia anche a proposito dell'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto alla decisione del massimo collegio. Nel medesimo senso aveva argomentato la dottrina, antecedentemente all'arresto delle sezioni unite: si veda V. GREVI, *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 1170-1171. Conf., da ultimo, Cass., sez. III, 27 maggio 2020, in *C.e.d. Cass.*, n. 279424. Sul tema, v. L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2008, pp. 299 ss.; nonché M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bononia University Press, 2012, pp. 120-121, il quale spiega il criticabile indirizzo giurisprudenziale, tra l'altro, alla luce della teoria c.d. del pregiudizio effettivo. In senso critico, anche R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., p. 114; L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Giappichelli, 2005, pp. 141 ss.; C. SANTORIELLO, *Inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria immediata di cause di non punibilità: una giurisprudenza elusiva del giusto processo*, in G. CERQUETTI-C. FLORIO (a cura di), *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002, p. 260. Anche per la gravità delle conseguenze discendenti dal ritenere l'azione di impugnativa manifestamente infondata (inapplicabilità dell'art. 129 c.p.p.) ovvero solo, per dir così, infondata (applicabilità dell'art. 129 c.p.p.), una interpretazione particolarmente restrittiva dell'art. 603 comma 3 c.p.p. dovrebbe dunque invalere. Pure in giurisprudenza era stata registrata la gravità della questione nei termini descritti. V. Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, Cresci, in *C.e.d. Cass.*, n. 19990301: «il discrimine tra manifesta infondatezza

Le criticità non sono dunque da rinvenire nelle ragioni giustificative dello strumento⁸²³, ma piuttosto in come lo stesso sia stato congegnato a monte⁸²⁴ e in come lo stesso sia applicato a valle. Volendoci soffermare su tale ultimo profilo – che maggiormente interessa ai fini della presente trattazione –, si consideri anzitutto l’elevatissimo numero delle declaratorie d’inammissibilità da parte della Cassazione. Almeno a partire dagli ultimi vent’anni, sono stati dichiarati inammissibili più del 60% dei ricorsi presentati; e il *trend* è in aumento, risultando così definiti il 70,6% dei procedimenti nell’anno 2022⁸²⁵. Anche se non sono disponibili dati concernenti quali siano le cause più frequentemente rilevate, in passato non è mancato chi ha indicato proprio nella manifesta infondatezza quella più comune⁸²⁶. Naturalmente, neppure è critico l’elevato numero delle inammissibilità in quanto tale, ma bensì la crescente espansione in via interpretativa dell’ambito di applicazione dell’art. 606 comma 3 c.p.p., a fronte della contrapposta lettura restrittiva che andrebbe invece affermata.

e (semplice) infondatezza dei motivi è incerto e pone il giudice di fronte a una scelta talvolta opinabile, che però agli effetti pratici non è fonte di conseguenze radicalmente diverse se concerne solo l’alternativa tra inammissibilità e rigetto del ricorso, mentre diventerebbe assai impegnativa se l’inammissibilità per manifesta infondatezza dovesse considerarsi preclusiva di un proscioglimento a norma dell’art. 129 c.p.p.». Auspicano un’interpretazione particolarmente restrittiva, anche alla luce dell’indirizzo giurisprudenziale appena richiamato, P. FERRUA, *L’inammissibilità del ricorso*, cit., p. 3007; F. CAPRIOLI, sub art. 606, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *op. cit.*, p. 2997; A. SCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità*, cit., pp. 192 ss.; E. TURCO, *L’impugnazione inammissibile. Uno studio introduttivo*, Cedam, 2012, p. 147. L’orientamento appena considerato, risalente a Cass., sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, cit., deriva comunque dal contenuto della finzione su cui l’art. 606 comma 3 c.p.p. si fonda, risultando tutto sommato coerente con la qualificazione della manifesta infondatezza in termini di vizio invalidante del ricorso fin dal momento della sua presentazione. Cfr., su quest’ultimo punto, V. GREVI, *Un “caso clinico”*, cit., p. 1170. Il legislatore può certamente creare finzioni, giustificate dal perseguimento di determinati obiettivi e nei limiti della ragionevolezza. Qui, in particolare, è comprensibile intervenire sui filtri dei ricorsi in ingresso per arginare le possibilità di impugnazioni meramente dilatorie, nel segno di quella «cultura dell’inammissibilità» (O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., p. 185) che abbiamo visto sottesa anche all’evoluzione giurisprudenziale e alle modifiche normative riguardanti gli oneri di specificità dei motivi d’appello e di ricorso. Come ricorda F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1152, la manifesta infondatezza non era prevista nel codice di rito del 1913, mentre lo era all’art. 524 comma 3 c.p.p. 1930 per contrastare fin d’allora le «mosse dilatorie». L’istituto, successivamente, era stato abrogato con la l. 18 giugno 1955, n. 517 e infine reintrodotta con la l. 29 novembre 1962, n. 1652. In argomento, v. tra gli altri pure E.M. CATALANO, *L’abuso del processo*, Giuffrè, 2004, pp. 244 ss.

⁸²³ V. nt. precedente.

⁸²⁴ Cfr. al riguardo M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria*, cit., p. 121, là dove osserva che la commistione tra una valutazione di merito e la qualificazione dell’invalidità provoca necessariamente «disfunzioni».

⁸²⁵ Il dato è riportato dall’Ufficio di statistica della suprema Corte, *Cassazione penale – Annuario statistico 2022*, 16 gennaio 2023, consultabile su *Cortedicassazione.it*.

⁸²⁶ G. CANZIO-G. LATTANZI, *Quando l’informazione disorienta*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2941.

In particolare, sebbene si tratti di una prassi discutibile, è un dato di realtà quello per cui l'azione d'impugnativa viene dichiarata manifestamente infondata quando i motivi promuovano una interpretazione delle disposizioni rilevanti diversa rispetto all'indirizzo consolidato della Cassazione⁸²⁷. E dunque, in buona sostanza, quando venga riconosciuta una bassa probabilità di accoglimento della domanda⁸²⁸.

⁸²⁷ Cfr., tra gli altri, F.M. IACOVIELLO, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. V a cura di ID., Utet, 2009, p. 662, il quale si pronunzia in senso conforme e argomenta conseguentemente.

⁸²⁸ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 812. Ciò avviene nonostante nel sistema processuale penale manchi una norma analoga a quella discendente dall'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c., secondo cui «il ricorso è inammissibile... quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»⁸²⁸. È dell'avviso per cui se il ricorso non offre elementi tali da giustificare la conferma o il mutamento del precedente consolidato, oltre che inammissibile sarebbe comunque infondato, dovendo essere rigettato in ossequio al medesimo precedente, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, Giappichelli, 2010, p. 502. Sulla previsione dell'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c. come indice di una *intentio legis* nel senso della riaffermazione di una Cassazione prioritariamente volta alla tutela del *jus constitutionis*, in luogo del *jus litigatoris*, cfr. U. MORCAVALLO, *Il precedente*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, II ed., Giuffrè, 2010, pp. 8-9; sul tenore della disposizione in parola, nel quadro dell'istituto della inammissibilità del ricorso per cassazione civile, v. *ex multis* P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, ivi, pp. 142 ss. Presso l'articolazione civile della Cassazione si è tentato, peraltro, di conferire una qualche consistenza al riferimento alla «giurisprudenza» di legittimità, che come si afferma, ai fini della declaratoria d'inammissibilità, è di cardinale rilevanza. Le linee guida per il funzionamento della sesta sezione civile (consultabili su *Csm.it.*), cioè, hanno inteso il sintagma nel senso di «una decisione delle sezioni unite»; «un orientamento consolidato delle sezioni semplici»; «poche sentenze delle sezioni semplici, se convergenti»; «una sola sentenza», ma solo «se ritenuta convincente». In argomento, si è soffermato A. DI PORTO, *L'importanza della massimazione delle sentenze nel «nostro stare decisis»*, nota introduttiva a L. NAZZICONE, *La massimazione delle sentenze*, Cedam, 2021, pp. XII ss., al quale si rinvia anche la giurisprudenza ivi citata. Ebbene, allo scopo di posizionare adeguatamente la questione della legittimità dell'applicazione della norma processualciviltistica in ambito processualpenalistico, bisogna soffermarsi – sebbene *per incidens* – sul rapporto tra sindacato d'ammissibilità e precedenti giudiziari. Se infatti, in materia civile come in materia penale, l'adeguamento della sentenza di merito alla giurisprudenza pregressa può arrivare a impedire la messa in discussione della suddetta sentenza, allora è evidente il riconoscimento, nei precedenti, di un valore formalmente vincolante. Riconoscimento avvenuto *ex lege* in ambito civile e a livello interpretativo in ambito penale. Non si tratta, peraltro, di un vincolo meramente negativo analogo a quello derivante dagli artt. 374 comma 3 c.p.c. e 618 comma 1-bis c.p.p.: lì, alla sezione semplice che non condivide il principio di diritto espresso dalle sezioni unite, è impedito di decidere in senso difforme; non è fatto obbligo di decidere in senso conforme alla giurisprudenza del massimo collegio. Qui, cioè ai sensi dell'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c., le cose stanno diversamente. Il giudice di legittimità è infatti sostanzialmente obbligato a decidere in senso conforme al precedente, dovendo dichiarare l'inammissibilità (e facendo così acquistare autorità di giudicato alla sentenza impugnata) del ricorso che solleciti una decisione difforme. Certo, si tratta di un vincolo positivo ma pur sempre condizionato, nel senso che è fatta salva l'ipotesi del giudizio di ammissibilità del ricorso «quando l'esame dei motivi... offre elementi per... mutare l'orientamento della stessa». Può anche darsi, sempre secondo la lettera dell'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c., che il ricorso venga dichiarato

Premesso ciò, analogamente a quanto prospettato in relazione agli oneri di specificità dell'appello e del ricorso, anche il rapporto tra profilazione e giudizi di manifesta infondatezza dovrebbe muovere dal presupposto della profilabilità del collegio. E del pari, un ipotetico *judge profiling* in questo ambito arrecherebbe un beneficio analogo a quello registrato in relazione ai suddetti oneri di specificità, poiché si rivelerebbe funzionale ad anticipare segno e implicite ragioni della decisione di inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 606 comma 3 c.p.p.

È indubbia cioè la funzionalità di un simile strumento rispetto all'anticipazione di come la manifesta infondatezza verrà probabilmente intesa da un determinato collegio. Si tratterebbe, peraltro, di uno strumento finalizzato alla formulazione di una valutazione probabilistica di secondo grado, per dir così. Non si dimentichi infatti che, in concreto, il vaglio sulla manifesta infondatezza del ricorso si risolve in una valutazione, da parte della Corte, sulle probabilità di quest'ultimo di essere accolto o meno⁸²⁹. Con la profilazione,

ammissibile in quanto «offre elementi per confermare» la giurisprudenza di legittimità. È quindi opportunamente fatta salva la possibilità di ribadire il precedente per le ragioni più varie: fugare un dubbio sull'ambito di operatività del principio di diritto, modificare in senso ampliativo o limitativo il suddetto ambito, chiarire o arricchire o correggere le ragioni a sostegno del principio, *etc.* Tali elementi debbono però appunto provenire necessariamente dalle ragioni dell'impugnante, sicché il giudice rimane obbligato a dare seguito al precedente pure se – in ipotesi – non lo condivida per una ragione diversa da quella prospettata tramite il ricorso. Questo nella sostanza introduce nel nostro sistema una forma molto vicina allo *stare decisis* in senso stretto, poiché si finisce per far applicare al giudice di legittimità un precedente nonostante l'eventuale sussistenza di gravi ragioni di segno contrario. Proprio nella misura in cui l'istituto in discorso comprime fino a tal punto lo spazio di manovra esegetica del magistrato, deve dubitarsi della legittimità costituzionale della disposizione in forza degli argomenti richiamati *supra*, §§ 2.1.1. ss. In ogni caso, ove cioè la si considerasse legittima, senz'altro essa non potrebbe essere applicata analogicamente – come in concreto avviene in ambito penale –, avendo natura eccezionale. Per il tramite dell'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c., infatti, si deroga al fondamentale principio dell'autonomia interpretativa del giudice; introducendosi, inoltre, un limite al diritto costituzionale al ricorso per cassazione. Senza contare, ancora una volta, che se si concorda nell'inquadrare l'inammissibilità nell'alveo della invalidità, la formulazione tassativa delle relative ipotesi impedisce in ogni caso la loro applicazione analogica. Argomenta, nondimeno, nel senso della possibilità di intendere l'art. 606 comma 3 c.p.p. alla luce dell'art. 360-bis comma 1 n. 1 c.p.c., A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 67. Auspica l'applicazione di quest'ultimo anche in ambito processualpenalistico, ma preferibilmente a seguito di un intervento legislativo *ad hoc*, M. BARGIS, *La declaratoria di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse impedisce l'enunciazione del principio di diritto* (nota a Cass., sez. un., 27 ottobre 2011, n. 6624), in *Cass. pen.*, 2013, p. 124. *Contra*, nel senso che per dichiarare l'inammissibilità non ci si può arrestare alla mera constatazione della difformità dei motivi rispetto alla giurisprudenza della Corte, P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso*, cit., p. 3007; nonché C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2299.

⁸²⁹ In termini analoghi si porrebbe la profilazione del giudice in base a come viene applicato il criterio della «ragionevole previsione di condanna» ex art. 425 comma 3 c.p.p., di cui si è detto *supra*, § 1.3.3.; e più in generale, la profilazione in base a come vengono formulati tutti i giudizi prognostici prodromi a base probabilistica.

precisamente, si tenterebbe di desumere la probabilità di una improbabilità, ragionando cioè su quante probabilità ci sono che il giudice ritenga improbabile l'accoglimento dell'impugnazione.

L'esigenza di calcolabilità processuale al riguardo deriva, come si comprende, non solo dall'irrimediabile vaghezza del tenore letterale della causa d'inammissibilità in esame. Ma anche dalla circostanza della consueta applicazione decentralizzata, e perciò non uniforme, della medesima. Secondo le statistiche ufficiali, infatti, solo il 62,4% delle inammissibilità viene dichiarata dalla c.d. sezione filtro, mentre il restante 37,6% viene dichiarato dalle altre sezioni a seguito di (provvisoria) regolare instaurazione del giudizio d'impugnazione⁸³⁰.

Certo, come già si è osservato in altra sede⁸³¹, allorquando – più in là nel tempo – dovessero invalere sistemi d'i.a. atti ad agevolare il giudice nel calcolo delle (im)probabilità di accoglimento del ricorso in virtù di criteri *standard*, e dunque superando le disformità applicative dei singoli collegi, la profilazione di questi ultimi perderebbe di rilevanza pratica, almeno a fini predittivi. Non ci sarebbe infatti più ragione di profilare allo scopo di sistematizzare e razionalizzare i diversi orientamenti dei soggetti profilati, poiché una tale diversità non esisterebbe; o comunque esisterebbe a un livello molto meno significativo. In quell'ottica, al più, il *judge profiling* potrebbe conservare una limitata utilità al fine di individuare, e quindi anticipare, i casi di discostamento del giudice dall'*output* della macchina, posto che dovrebbe essere sempre salvaguardato il relativo potere⁸³².

Fuori dei rilievi appena articolati, a fronte dei benefici in termini di *surplus* di calcolabilità processuale, un'ipotetica profilazione comporterebbe nel contempo i medesimi tre ordini di costi considerati sopra, in relazione agli oneri di specificità dell'appello e del ricorso.

Qui, dunque, non ci si ripeterà (i) sui rischi concernenti la deriva dell'immobilismo interpretativo e il *vulnus* alle garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice; né (ii) sull'indebita cristallizzazione di interpretazioni assai restrittive del diritto costituzionale al ricorso per cassazione, e dunque sulla cronica limitazione che quest'ultimo sarebbe destinato a subire; né (iii) sulle criticità, per non dire incompatibilità, di letture

⁸³⁰ *Annuario statistico 2022*, cit.

⁸³¹ V. *supra*, §§ 1.3.2. ss.

⁸³² Questo, bisogna riconoscere, in qualche misura già accade in ambito civile per effetto dell'archivio di massime ufficiali denominato «*Certalex*». In cui confluiscono appunto le massime degli arresti di legittimità già ritenuti sufficientemente consolidati *ex art. 360-bis* comma 1 n. 1 c.p.c. L'archivio costituisce, inutile contestarlo, non solo ineludibile punto di riferimento per le parti e per i giudici; ma anche una fonte di interpretazione autentica dei termini in cui la «giurisprudenza» di Cassazione vada intesa.

eccessivamente formalistiche rispetto al sistema C.e.d.u., e in particolare rispetto alle garanzie di motivazione dei provvedimenti e di accesso giurisdizionale.

Bisogna piuttosto precisare alcuni tratti caratterizzanti i rischi *sub i* e *ii*, nella specifica area in cui ci troviamo.

Se difatti la manifesta infondatezza, pure nell'ambito penale, si presta a essere in concreto dichiarata sulla base del disposto dell'art. 360-*bis* comma 1 n. 1 c.p.c., profilare il collegio a tale riguardo significa individuare i suoi orientamenti su come debba intendersi la «giurisprudenza» di Cassazione, a seconda degli ambiti e dei casi volta a volta pendenti. Significa insomma individuare quali sono i principi ritenuti da un determinato collegio consolidati al punto da dover pronunciare l'inammissibilità del ricorso, e quali sono le ragioni delle parti non ritenute *prima facie* convincenti ai fini della conferma o del superamento del precedente.

Ora, appare indubbio che la profilazione possa – *in parte qua* – costituire un ulteriore disincentivo all'evoluzione interpretativa o comunque alla dovuta valorizzazione delle particolarità del singolo caso e processo. Nel momento, cioè, in cui dalle statistiche risulti che un determinato collegio (della sezione filtro o di altra sezione) ha precedentemente optato per la manifesta infondatezza in quanto si è mantenuto aderente alla summenzionata «giurisprudenza» di legittimità, reputando quindi non convincenti le ragioni di segno contrario prospettate dal ricorrente, quel collegio risulterà ancora meno propenso ad ammettere l'azione d'impugnativa per rimeditare il proprio indirizzo, o comunque per distinguere il caso di specie da quelli decisi dalla medesima «giurisprudenza» pregressa.

Ovviamente, una simile tendenza all'immobilismo sul medio e lungo termine si renderebbe ben visibile, per dir così, nelle statistiche dei singoli collegi profilati. E dunque potrebbe determinare un effetto di progressivo e continuo irrigidimento degli indirizzi e delle opinioni. Interrogato il sistema di profilazione a fini predittivi, risulterebbe sempre meno probabile la possibilità di evoluzione, mutamento o adeguato esercizio del *distinguishing*; con conseguente sempre maggiore condizionamento, da parte delle statistiche, nei confronti dei giudici.

Peraltro, un tale condizionamento – quando spinga verso l'ossequio per le statistiche e non per l'ingiustificata opposizione alle stesse – potrebbe risultare indirettamente e pericolosamente giustificato nel nome del principio di efficienza processuale. Giacché, constatando una elevata (im)probabilità di accoglimento dell'atto di impugnazione, i collegi di Cassazione potrebbero essere tentati dal reputare superflua la celebrazione del giudizio, finendo così per arroccarsi su interpretazioni sempre più ampliative dell'ambito di operatività dei filtri in ingresso e sempre più restrittive del diritto al ricorso.

Anche sulla scorta delle precedenti argomentazioni, si possono dunque registrare ordini di costi della profilazione, rispetto ai benefici, altrettanto significativi; e probabilmente di entità complessiva addirittura superiore.

IV

PROFILAZIONE DEL GIUDICE A FINI DI MONITORAGGIO DELLE *PERFORMANCES* E DI CONTROLLO. BENEFICI E COSTI

Sommario: *SEZIONE I* — 1. Latitudine del beneficio del controllo. Ulteriore capacità incrementale della profilazione. — 1.1. Valutazioni di professionalità. — 1.1.1. Il c.d. fascicolo personale delle *performances*. — 1.2. Responsabilità disciplinare. — 1.2.1. Violazione dei doveri di diligenza, laboriosità e riserbo. Relative modalità di indagine e accertamento. — 1.3. Responsabilità civile. — 1.3.1. Possibili margini di «colpa grave» nell'attività interpretativa a seguito della legge 27 febbraio 2015, n. 18 e relative modalità di accertamento. — 1.4. Responsabilità sociale. — 1.4.1. L'esposizione personale come necessario presupposto per la legittimazione del potere giudiziario. *SEZIONE II* — 2. Standardizzazione dei profili e ulteriori effetti pratici pregiudizievoli della sovraesposizione informatica. — 2.1. Costi accessori. — 2.1.1. Quantitativismo giudiziario. — 2.2. Costi strutturali. — 2.2.1. Personalizzazione della giustizia. Rinvio. — 2.2.2. Pericoli per il giudice. Rinvio.

SEZIONE I

1. Latitudine del beneficio del controllo. Ulteriore capacità incrementale della profilazione.

L'impianto teorico che ha informato l'analisi poc'anzi offerta, in ordine a benefici e costi sistemici di una ipotetica profilazione del giudice a fini predittivi, può essere reimpiegato — ora — per riflettere su di una ipotetica profilazione del giudice a fini di monitoraggio delle *performances* e di controllo.

Anche qui, cioè, in una prima fase⁸³³ si constaterà la non necessarietà dello strumento profilatorio, dandosi nel contempo atto dei benefici in termini di sua capacità incrementale⁸³⁴ rispetto all'esercizio di determinati diritti fondamentali. In una seconda

⁸³³ V. *infra*, §§ 1.1. ss.

⁸³⁴ Come intesa *supra*, II, § 4.

fase⁸³⁵, si evidenzieranno poi i costi strutturali e accessori⁸³⁶ in termini di verosimili effetti pratici pregiudizievoli che dall'implementazione del *judge profiling* potrebbero derivare.

Dato che il concetto di controllo – sull'amministrazione della giustizia in generale e sull'operato dei giudici in particolare – rischia di suonare piuttosto indeterminato, se ne dovrà determinare via via la latitudine, attraverso la delimitazione: delle aree in cui il controllo può essere effettuato e di quale tipologia di controllo si tratti; dei limiti che il controllo incontra in ciascuna delle aree considerate, ossia fin dove il controllo si può spingere.

A quest'ultimo riguardo, ancora sul versante metodologico è doveroso chiarire che di regola i limiti non verranno osservati in generale e in astratto ma bensì in particolare e in concreto, cioè in rapporto agli ipotetici impieghi della profilazione volta a volta discussi. Detto altrimenti, i limiti verranno trattati alla luce di un criterio di pertinenza; coerentemente con l'obiettivo del presente lavoro, a suo tempo esplicitato⁸³⁷.

1.1. Valutazioni di professionalità.

Cominciando dall'ambito delle valutazioni di professionalità⁸³⁸, l'ordinamento – per vero – oggi già prevede uno strumento ufficiale idoneo alla profilazione dei magistrati. Si tratta del c.d. fascicolo personale delle *performances*, di recente istituito dalla l. 17 giugno 2022, n. 71.

⁸³⁵ V. *infra*, §§ 2.1. ss.

⁸³⁶ Come intesi *supra*, III, § 2.

⁸³⁷ *Supra*, Rilievi introduttivi, § 2.

⁸³⁸ Sul quale v., tra gli altri, V. BARONCINI, *Le modifiche del sistema di funzionamento dei Consigli giudiziari e delle valutazioni di professionalità*, in G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, 2023, pp. 57 ss.; G. BORRÈ, *La professionalità dei magistrati*, in L. PEPINO (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, 2001, pp. 1 ss.; M.G. CIVININI, *Valutazioni di professionalità e qualità della giustizia*, in *Quest. giust.*, 7 gennaio 2015; O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Quest. giust.*, 16 settembre 2022; D. CAPPUCCIO-R. MAGI, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Quest. giust.*, 2022, 2-3, pp. 77 ss.; F. CARUSO, *Tra standard di rendimento e carichi esigibili. L'inafferrabile misura del lavoro dovuto dal magistrato indipendente*, in *Quest. giust.*, 16 marzo 2016; P. MORABITO, *Valutazioni di professionalità e standard medi di rendimento: la misurazione del lavoro dei magistrati e della organizzazione degli uffici*, in *Giust. ins.*, 13 giugno 2020; P. PETRELLI, *Giudizi e pregiudizi*, in *Quest. giust.*, 2022, 2-3, pp. 108 ss.; G. SCARSELLI, *Note de iure condito e de iure condendo sulla valutazione di professionalità dei magistrati*, in *Giust. ins.*, 8 marzo 2021; P. SERRAO, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati. Parte Prima. Inquadramento storico ed eurounitario. La valutazione d'idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Giust. ins.*, 22 settembre 2020; ID., *Le valutazioni di professionalità dei magistrati. Parte Seconda. I nodi problematici: le fonti di conoscenza, il rapporto con il disciplinare, gli sfasamenti temporali, le modalità espressive*, *ivi*, 23 settembre 2023.

L'art. 3 comma 1 lettera *h* l. cit., in particolare, ordina al legislatore delegato di attuare «l'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato, contenente, per ogni anno di attività, i dati statistici e la documentazione necessari per valutare il complesso dell'attività svolta, compresa quella cautelare, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, nonché ogni altro elemento richiesto ai fini della valutazione».

Nelle intenzioni del delegante, dunque, all'interno del fascicolo dovrebbero confluire tutti i dati utili per la formulazione delle valutazioni di professionalità, alle quali come noto procede il Consiglio superiore della magistratura allo scopo di «ricostruire con completezza le qualità del magistrato». È conseguentemente necessaria una «conoscenza dettagliata» delle relative «caratteristiche professionali, del tipo di lavoro effettivamente svolto e delle reali attitudini» di costui, dall'esito delle valutazioni dipendendo gli avanzamenti di carriera, «il tramutamento di funzioni», il conferimento degli incarichi di c.d. dirigenza giudiziaria, «il conferimento delle funzioni di legittimità»⁸³⁹. Anzitutto ai sensi dell'art. 105 Cost., del resto, è il C.s.m. ad avere competenza, tra l'altro, sulle «assegnazioni», i «trasferimenti» e le «promozioni» dei magistrati⁸⁴⁰.

Non è questa la sede adeguata per ricostruire organicamente la materia delle valutazioni di professionalità; devono tuttavia essere offerte alcune basilari coordinate per poter seguire nella trattazione di nostro interesse, e in particolare per comprendere la misura della funzionalità del *judge profiling* alla gestione del sistema valutativo.

⁸³⁹ Art. 2 capo II parte I circolare del C.s.m. 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*” (d'ora in avanti “circ. n. 20691/2007”). Quando accenna alla ricostruzione delle qualità del magistrato, la disposizione si riferisce espressamente all'oggetto dei pareri che devono essere forniti al C.s.m., per la formulazione delle valutazioni, da parte dei Consigli giudiziari – sui quali v. A. GHELARDINI, *I Consigli giudiziari*, in G. FERRI-A. TEOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 137 ss.; C. CASTELLI, *Consigli Giudiziari: paure, potere, funzionalità*, in *Giust. ins.*, 26 maggio 2022; M. BASILICO, *Le funzioni dei consigli giudiziari dopo la riforma Cartabia*, in *Giust. ins.*, 11 luglio 2022 – e del Consiglio direttivo della Corte di cassazione.

⁸⁴⁰ Sulle conseguenti criticità del procedimento di valutazione, v. G. FERRI, *Ordinamento giudiziario e Costituzione*, in G. FERRI-A. TEOLDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 45 ss.; ID., *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *Riv. AIC*, 2017, 4, pp. 38 ss.

Bisogna allora rammentare che quadriennalmente⁸⁴¹ – fino al conseguimento, da parte del magistrato, della settima e ultima valutazione – il C.s.m. provvede a verificare, attraverso l’emissione di un giudizio «positivo», «non positivo» o «negativo»⁸⁴², la «capacità», la «diligenza», la «laboriosità» e l’«impegno» di coloro che amministrano la giustizia con funzioni giudicanti o requirenti (art. 11 comma 2 d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160). Volendoci concentrare sempre, in armonia con i contenuti del presente lavoro, sui giudici, la stessa legge precisa poi come la capacità si riferisca, «oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento», pure «al possesso delle tecniche di argomentazione», da esaminare tra l’altro «in relazione all’esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio» (lettera *a*). La laboriosità è invece da intendere come «produttività», in termini di «numero» e di «qualità» degli «affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all’eventuale attività di collaborazione svolta all’interno dell’ufficio, tenuto anche conto degli *standard* di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni» (lettera *b*). La diligenza, dal canto suo, deve essere valutata sul piano dell’«assiduità e puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti», nonché avuto riguardo «al rispetto dei termini per la redazione, il deposito di provvedimenti o comunque per il compimento di attività giudiziarie», come pure «alla partecipazione alle riunioni previste dall’ordinamento giudiziario per la discussione e l’approfondimento delle innovazioni legislative» e «per la conoscenza dell’evoluzione della giurisprudenza» (lettera *c*). L’impegno, da ultimo, attiene alla «disponibilità per sostituzioni di magistrati assenti e alla frequenza di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura», nonché alla «collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico» (lettera *d*).

Il carattere tanto generico dei parametri di valutazione appena riportati ha peraltro imposto che il C.s.m. intervenisse per declinarli in indicatori maggiormente specifici, pur senza escludere un certo margine di elasticità comunque sussistente. La portata, per fare

⁸⁴¹ Con la precisazione che «se il giudizio è “non positivo”, il Consiglio superiore della magistratura procede a nuova valutazione di professionalità dopo un anno, acquisendo un nuovo parere del consiglio giudiziario...» ex art. 11 comma 10 d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160; se poi «il giudizio è “negativo”, il magistrato è sottoposto a nuova valutazione di professionalità dopo un biennio...» ex art. 11 comma 11 d. lgs. n. 160/2006.

⁸⁴² Ai sensi dell’art. 11 comma 9 d. lgs. n. 160/2006, il giudizio «è “positivo” quando la valutazione risulta sufficiente in relazione a ciascuno dei parametri» di valutazione, dei quali si sta subito per dire nel testo; «è “non positivo” quando la valutazione evidenzia carenze in relazione a uno o più dei medesimi parametri»; «è “negativo” quando la valutazione evidenzia carenze gravi in relazione a due o più dei suddetti parametri o il perdurare di carenze in uno o più dei parametri richiamati quando l’ultimo giudizio sia stato “non positivo”».

uno dei possibili esempi, della «chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti giudiziari, in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, nonché dalla loro congruità rispetto ai problemi processuali... affrontati» o della «complessità dei procedimenti e dei processi trattati, in ragione del numero delle parti e delle questioni giuridiche affrontate» (indicatori utili per la valutazione della capacità) rimane necessariamente lasciata, in buona parte, alla discrezionalità del valutatore⁸⁴³.

⁸⁴³ Oltre i due indicatori poc'anzi menzionati, ex art. 2 capo V parte I circ. n. 20691/2007, sempre in relazione alla capacità sono previsti quelli dell'«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... e provvedimenti non confermati..., rapporto da valutarsi altresì avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati ed alla evoluzione giurisprudenziale». Sulla resistenza dei provvedimenti nelle successive fasi e gradi di giudizio è peraltro intervenuto l'art. 3 comma 1 lettera g l. n. 71/2022, ai sensi del quale il delegato dovrà prevedere che 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 o del giudizio». Al riguardo v., tra gli altri, V. BARONCINI, *op. cit.*, pp. 67-69; D. CAPPUCCIO-R. MAGI, *op. cit.*, pp. 83-84. Ulteriori indicatori da considerare, sempre ai fini della valutazione della capacità, sono quelli delle «modalità di gestione dell'udienza in termini di corretta conduzione..., nel rispetto dei diritti delle parti, accertata dall'esame dei verbali acquisiti a campione nonché prodotti dell'interessato, dal rapporto dei dirigenti degli uffici o da eventuali segnalazioni del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati»; del «livello dei contributi in camera di consiglio»; dell'«attuazione d'interventi efficaci, di natura organizzativa, relazionale, formativa, in sede di controllo sull'esecuzione della pena, ai fini del potenziamento del percorso di rieducazione della persona»; dell'«attitudine del magistrato ad organizzare il proprio lavoro»; delle «conoscenze informatiche applicate alla redazione dei provvedimenti ed all'efficace gestione dell'attività giudiziaria»; delle «conoscenze interdisciplinari possedute, di possibile rilievo nello svolgimento dell'attività giudiziaria e per il suo più responsabile e razionale esercizio»; dell'«aggiornamento dottrinale e giurisprudenziale dimostrato anche attraverso le pubblicazioni di provvedimenti giudiziari o di altri contributi aventi rilievo scientifico e le relazioni a convegni giuridici, inserite o comunque inseribili nel fascicolo personale del magistrato, e che abbiano comportato un arricchimento del lavoro giudiziario»; delle «modalità di assolvimento di compiti e funzioni di direzione amministrativa dell'ufficio, con riferimento tra l'altro alla gestione delle risorse umane, all'amministrazione di mezzi e presidi strumentali». In relazione al parametro della laboriosità sono previsti i seguenti indicatori: «numero di procedimenti e processi definiti per ciascun anno in relazione alle pendenze del ruolo, ai flussi in entrata degli affari, e alla complessità dei procedimenti assegnati e trattati, verificati sulla base delle statistiche e dei dati forniti dai capi degli uffici ed eventualmente dai magistrati in valutazione»; dal «rispetto degli *standard* medi di definizione dei procedimenti, determinati annualmente da (l C.s.m.) e comunicati, tramite una scheda individuale, ai magistrati in valutazione, ai capi degli uffici ed ai Consigli giudiziari nel termine» previsto dalla presente circolare e «individuati... anche dalla media statistica della produzione dei magistrati dell'ufficio di cui il magistrato sottoposto a valutazione fa parte ed assegnati a funzioni, sezioni, gruppi di lavoro omogenei a quest'ultimo». Al riguardo si precisa altresì che i suddetti «*standard* medi vanno, comunque, valutati unitamente ed alla luce: della complessiva situazione organizzativa e strutturale degli uffici; dei flussi in entrata degli affari; della

La *ratio* ultima del monitoraggio delle *performances*, bisogna avere altresì chiaro, interessa pur sempre una dimensione per così dire esterna all'ordine giudiziario, ossia la dimensione della tutela dei diritti e degli interessi dei consociati. Per ciò, in apertura di una circolare esplicativa del C.s.m., è stato espressamente dichiarato che «costituiscono imprescindibili condizioni per un corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali l'indipendenza, l'imparzialità e l'equilibrio»⁸⁴⁴, confermandosi come tutta la disciplina valutativa sia orientata alla verifica e alla promozione di un adeguato grado di qualità dell'amministrazione della giustizia nel rispetto di queste tre fondamentali garanzie. Garanzie della cui finalizzazione sociale, in termini di massimizzazione ed effettività dei diritti, si è già detto⁸⁴⁵.

Ma come a suo tempo abbiamo inteso che la richiesta sociale di prevedibilità deve essere sistematicamente bilanciata, tra l'altro, con la necessità di una piena indipendenza

qualità degli affari trattati, determinata in ragione del numero delle parti o della complessità delle questioni giuridiche affrontate; dell'attività di collaborazione alla gestione dell'ufficio ed all'espletamento di attività istituzionali; dello svolgimento di incarichi giudiziari ed extragiudiziari di natura obbligatoria; di eventuali esoneri dal lavoro giudiziario; di eventuali assenze legittime dal lavoro diverse dal congedo ordinario». Sempre attinenti alla laboriosità sono gli indicatori del «rispetto di tempi di trattazione dei procedimenti e dei processi, accertato, attraverso i rapporti dei dirigenti degli uffici, le segnalazioni eventualmente pervenute dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente per territorio, le informazioni esistenti presso la Prima Commissione e presso la Segreteria della Sezione Disciplinare del Consiglio superiore, quelle inserite nel fascicolo personale del magistrato, nonché mediante la verifica della insussistenza di eventuali rilievi di natura contabile o di giudizi di responsabilità civile»; della «collaborazione prestata per il buon andamento dell'ufficio, anche su richiesta del dirigente o del coordinatore della posizione tabellare o del gruppo di lavoro, e da questi segnalata»; della «diversa attività, anche di direzione amministrativa dell'ufficio eventualmente svolta dal magistrato». In relazione al parametro della diligenza sono previsti i seguenti indicatori: «rispetto degli impegni prefissati e dal numero di udienze tenute, in relazione a quanto stabilito dagli organi competenti, verificati sulla base dei dati forniti dai dirigenti degli uffici ed eventualmente dai magistrati in valutazione»; «rispetto dei termini per la redazione e il deposito dei provvedimenti, o comunque per il compimento di attività giudiziarie, accertato mediante l'esame dei prospetti statistici comparati o attraverso le indicazioni dei dirigenti degli uffici, da valutarsi alla luce della complessiva situazione degli uffici»; «dalla costante partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza»; «dalla puntualità e tempestività nello svolgimento di compiti di direzione amministrativa dell'ufficio». In relazione al parametro dell'impegno, infine, sono previsti i seguenti indicatori: «disponibilità alle sostituzioni, in quanto riconducibili alle applicazioni e supplenze, previste dalle norme di legge e dalle direttive del Consiglio superiore»; «numero di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura... per i quali il magistrato abbia dato la disponibilità a partecipare o ai quali abbia effettivamente partecipato»; «consistenza della collaborazione prestata su richiesta del dirigente dell'ufficio o del coordinatore della posizione tabellare o del gruppo di lavoro, in ordine alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico, segnalata dai dirigenti degli uffici».

⁸⁴⁴ Art. 1 capo III parte I circ. n. 20691/2007.

⁸⁴⁵ *Supra*, III, § 2.1.1.

del soggetto giudicante; così la tensione con la medesima indipendenza torna a dover essere gestita quando la richiesta sociale di controllo sul medesimo soggetto venga in rilievo. E ciò, si badi, nonostante il controllo sia di per sé volto proprio ad assicurare un elevato grado di qualità della giustizia a partire da un elevato grado di indipendenza delle persone che l'amministrano.

Pure a livello europeo – al dichiarato fine di gestire adeguatamente una tale tensione – è stato raccomandato che la valutazione avvenga in base a criteri oggettivi e trasparenti, valorizzando il versante qualitativo del lavoro del giudice oltre a quello quantitativo. Inoltre, che tra i criteri non venga annoverato il grado di consenso del pubblico nei confronti delle decisioni, in quanto esso può dipendere da informazioni incomplete o da incomprensioni anche gravi sulla natura, i presupposti e gli obiettivi delle funzioni giudicanti. Ancora, che rimanga sempre garantito il diritto al contraddittorio e il diritto all'impugnazione giurisdizionale del provvedimento emesso all'esito della valutazione⁸⁴⁶.

Abbiamo peraltro appena constatato, menzionando alcuni degli indicatori di capacità del magistrato, come il richiamo all'oggettività vada preso con discernimento. Residuando inevitabilmente margini di apprezzamento anche cospicui in capo al valutatore, bisognerebbe più propriamente parlare di criteri afferenti al piano del metodo di lavoro e della legittimità delle decisioni; giammai, invece, al piano del merito delle stesse.

1.1.1. *Il c.d. fascicolo personale delle performances.*

Ebbene, il terreno sul quale si anima la dialettica implicita tra controllo e indipendenza può risultare sensibilmente inciso da sistemi di *judge profiling*. In premessa si accennava infatti al fascicolo delle *performances* del magistrato, di recente istituzione e in attesa di attuazione pratica.

⁸⁴⁶ Cfr. M.G. CIVININI, *Valutazioni di professionalità*, cit. La CCJE, Opinion n. 17 (2014), si è pronunciata chiarendo che «*the fundamental rule for any individual evaluation of judges must be that it maintains total respect for judicial independence. When an individual evaluation has consequences for a judge's promotion, salary and pension or may even lead to his or her removal from office, there is a risk that the evaluated judge will not decide cases according to his or her objective interpretation of the facts and the law, but in a way that may be thought to please the evaluators. Therefore, any evaluation of judges by members of the legislative or executive arms of the state is especially problematic. However, the risk to judicial independence is not completely avoided even if the evaluation is undertaken by other judges. Judicial independence depends not only on freedom from undue influence from external sources, but also requires freedom from undue influence internally, which might in some situations come from the attitude of other judges, including presidents of courts*» (§ 6).

La presenza di un tale strumento andrà peraltro coordinata con il c.d. fascicolo personale tenuto presso il C.s.m.: che nel nostro ordinamento – in forma digitale – è realtà operativa già dal 2018 e che costituisce, tra l'altro, una delle fonti di conoscenza utili ai fini delle valutazioni di professionalità⁸⁴⁷. Come chiarisce lo stesso organo di autogoverno⁸⁴⁸, «la funzione fondamentale del fascicolo personale digitale è quella di garantire al Consiglio Superiore della Magistratura la disponibilità delle informazioni relative alla carriera dei magistrati in ordine ai quali deve assumere le proprie deliberazioni, nel rispetto delle esigenze di tutela della *privacy* degli interessati, nonché di parità di trattamento fra tutti i magistrati». Al suo interno, oltre a una «scheda anagrafica contenente una schematica descrizione della carriera del magistrato, sulla base delle delibere plenarie che ne hanno scandito la carriera a far data dal decreto di nomina», confluiscono gli «atti e provvedimenti della carriera»; la «documentazione a supporto della carriera del magistrato»; la «documentazione relativa all'attività scientifica e professionale del magistrato» (art. 1). Vengono tassativamente indicati gli organi e le autorità abilitati all'inserimento degli atti rilevanti nel *database*, anche su richiesta dell'interessato (art. 3)⁸⁴⁹, come pure le singole tipologie di atti suscettibili di inserimento

⁸⁴⁷ Fermo il divieto di utilizzare «fonti anonime o voci correnti», le ulteriori fonti di conoscenza cui è senz'altro possibile fare ricorso sono indicate, in modo non tassativo, dall'art. 1 capo VII parte I circ. n. 20691/2007. Vi si annoverano, in particolare, i rapporti dei dirigenti degli uffici, il rapporto informativo annuale del capo dell'ufficio relativamente all'andamento generale dell'ufficio; le segnalazioni pervenute al Consiglio giudiziario o ai dirigenti degli uffici dal Consiglio dell'ordine degli avvocati competente per territorio; i verbali di audizione del magistrato; i verbali di seduta del Consiglio giudiziario; eventuali atti che si trovino nella fase pubblica di uno dei processi trattati dal magistrato in valutazione, acquisiti su specifica richiesta di un componente del Consiglio giudiziario; la relazione del magistrato interessato illustrativa del lavoro svolto; le informazioni esistenti presso la Prima Commissione del Consiglio superiore della magistratura; le informazioni disponibili presso la Segreteria della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura; le informazioni disponibili presso il Ministero della giustizia e contenute nelle relazioni ispettive. Alle suddette fonti vanno aggiunte quelle di cui al successivo art. 2. Sono inoltre fonti di conoscenza tutti i dati cui si riferiscono gli indicatori dei parametri di valutazione, dei quali si è detto *supra*, nt. 843 L'elencazione non è tassativa perché, in virtù della disposizione in discorso, a fini valutativi «è altresì consentita l'utilizzazione di ogni altro atto o documento che fornisca dati obiettivi e rilevanti relativi all'attività professionale e ai comportamenti incidenti sulla professionalità del magistrato».

⁸⁴⁸ Nella circolare del C.s.m. del 14 marzo 2018 “*Circolare in tema di tenuta del fascicolo personale dei magistrati*” (d'ora in avanti “circ. 2018”).

⁸⁴⁹ A mente della disposizione citata, si tratta del Comitato di Presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura; delle Commissioni del Consiglio Superiore della Magistratura, ognuna per gli atti di propria competenza; della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; della Segreteria Generale del Consiglio Superiore della Magistratura; del Consiglio di amministrazione del Ministero della Giustizia; del Consiglio Direttivo della Corte di Cassazione; dei Consigli Giudiziari; del Procuratore Generale della Corte di Cassazione; dei Capi degli Uffici giudiziari di appartenenza.

(artt. 6-10), nonché i soggetti abilitati all'accesso oltre al magistrato cui il fascicolo si riferisce (art. 13⁸⁵⁰).

Ora, e nuovamente in forza delle riflessioni articolate a suo tempo⁸⁵¹, ben si può afferrare che, mediante l'ausilio di una i.a. debitamente addestrata, tutti gli altri dati d'interesse per la valutazione – destinati a confluire, come detto, nel nuovo fascicolo delle *performances* – potrebbero anzitutto essere più rapidamente e più efficacemente catalogati e sistematizzati. Inoltre, almeno in teoria essi potrebbero divenire oggetto di ulteriore elaborazione da parte della macchina, sì da giungere ad assistere il valutatore nella formulazione dei giudizi di professionalità.

Quest'ultimo punto deve essere adeguatamente discusso, a partire dalla chiarificazione di che cosa «assistere il valutatore nella formulazione dei giudizi di professionalità» possa voler dire. Potrebbero difatti delinearsi, tra le varie, due prospettive in particolare; entrambe ispirate dall'ambizione di valutare più efficacemente ed efficientemente l'attività giudiziaria svolta nel suo complesso.

Una prima prospettiva è quella dell'implementazione di un sistema profilatorio intelligente idoneo a ospitare i dati rilevanti per la valutazione nella loro completezza. Oggi i valutatori sono esclusivamente umani, perciò la fattibilità della formulazione dei giudizi nei confronti di tutti i magistrati ordinari in servizio è dipesa e dipende da una selezione dei dati in parola. È stato per esempio necessario prevedere che la chiarezza, la completezza e la capacità di sintesi dei provvedimenti redatti⁸⁵² non venga valutata su base totale, ma solo in relazione ai provvedimenti isolati a campione e a quelli prodotti volontariamente dal magistrato. Lo stesso è stato disposto con riguardo ai verbali d'udienza, al fine di verificare la sua corretta conduzione⁸⁵³. Pressoché lo stesso, ancora a mo' di esempio, è stato di recente disposto in via legislativa con riguardo alla rilevazione a campione della sorte del provvedimento del giudice d'interesse nelle successive fasi o gradi di giudizio, allo scopo di individuare le «gravi anomalie» nello *jus dicere* del soggetto valutato⁸⁵⁴.

⁸⁵⁰ A mente della disposizione citata, si tratta della Presidenza della Repubblica; dei componenti e magistrati addetti alla Segreteria e all'Ufficio Studi del Consiglio Superiore della Magistratura e personale di segreteria addetto; del personale di segreteria dei Consigli Giudiziari; del Comitato Direttivo della Corte di Cassazione; del Consiglio di amministrazione del Ministero, solo esclusivamente in relazione a quanto di loro competenza; dei Capi degli Uffici di appartenenza del magistrato; dei componenti della Commissione tecnica ex art. 12 comma 13 d. lgs. n. 160/2006, previa autorizzazione della commissione competente; dei Segretari dei Consigli Giudiziari.

⁸⁵¹ *Supra*, I, §§ 4 ss.; II.

⁸⁵² Si tratta di alcuni degli indicatori di «capacità» del magistrato, di cui si è detto *supra*, nt. 843.

⁸⁵³ V. nt. precedente.

⁸⁵⁴ Cfr. art. 3 comma 1 lettera g l. n. 71/2022, di cui si è detto sempre *supra*, nt. 843.

Com'è evidente, un giudizio basato sugli indicatori appena riportati detiene solo in misura ridotta carattere quantitativo e invece in misura significativa carattere qualitativo, conseguentemente richiedendo tempo e risorse tali per cui la relativa fattibilità passa giocoforza attraverso una selezione. Altrettanto evidente, e rimanendo sugli indicatori di cui si è detto, dovrebbe apparire che a mezzo dell'i.a. potrebbe costituire oggetto di analisi la totalità dei provvedimenti redatti dal magistrato; la totalità dei verbali d'udienza; *etc.*

Ebbene, *nulla quaestio* per quanto concerne il limitato carattere quantitativo del suddetto giudizio. Risulta difatti ragionevole che, nel valutare la professionalità, venga riconosciuta una qualche rilevanza a evidenze numeriche di cui un sistema profilatorio intelligente potrebbe dare conto. Un numero assai elevato di periodi grammaticali incidentali rilevati in ogni provvedimento redatto dal giudice in rapporto a un determinato numero di pagine, ragionevolmente potrebbe incidere sul giudizio di «chiarezza» degli atti; un numero assai elevato di pagine rilevato per ogni provvedimento redatto, a prescindere quindi dal livello di complessità dei singoli fascicoli trattati, ragionevolmente potrebbe incidere sul giudizio di «sinteticità» dei medesimi atti. Circa l'indicatore della gestione dell'udienza, ragionevolmente potrebbero incidere sul giudizio di sua corretta conduzione le statistiche degli interventi del giudice per esempio nell'esercizio del potere *ex art.* 506 comma 2 c.p.p. di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone imputate in un procedimento connesso o di un reato collegato. Quanto all'indicatore della sorte dei provvedimenti del giudice nei successivi gradi di giudizio, ragionevolmente potrebbe incidere sul giudizio di capacità l'assai elevato numero di volte in cui i provvedimenti non risultino confermati, e perciò sussista una sorta di «smentita seriale» del giudice intesa quale «macrofenomeno oggettivo»⁸⁵⁵.

Le evidenze numeriche che precedono, va detto con chiarezza, non possiederebbero una significatività in quanto tali, cioè di per sé non proverebbero nulla sul piano della professionalità del magistrato. Esse sarebbero nondimeno idonee a illuminare in vario modo il giudizio del valutatore, che potrebbe beneficiare di informazioni aggiuntive rispetto a quelle attualmente disponibili, contando su di un'ampia panoramica del lavoro del soggetto valutato a più livelli.

In ogni caso, sarebbe necessario osservare determinati limiti nella raccolta dei dati rilevanti. Seppure tecnicamente possibile, raccogliere tutti i dati rilevanti in nome della completezza della valutazione, come si può intendere, equivarrebbe a introdurre un sistema di sorveglianza costante e totale⁸⁵⁶. E senz'altro illegittimo, per esempio nella misura in cui venisse violata la segretezza della fase di deliberazione collegiale *ex art.*

⁸⁵⁵ Impiegano tali locuzioni, D. CAPPUCCIO-R. MAGI, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁵⁶ V. *supra*, nt. 843 circa l'ampiezza e la trasversalità degli indicatori di valutazione decisi dal C.s.m.

125 comma 4 c.p.p., al fine di valutare la «capacità» del giudice sulla base del «livello dei contributi in camera di consiglio»⁸⁵⁷, in ipotesi facendone analizzare le registrazioni vocali integrali da parte della macchina.

Un tale rischio, comunque, almeno con riguardo alle opinioni dissenzienti di determinati membri del collegio giudicante, sembra di fatto scongiurato a monte dallo stesso legislatore. Di recente, cioè, si è disposto *ex art.* 125 comma 5 c.p.p. che il verbale con l'indicazione del dissenziente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei relativi motivi è redatto «in forma di documento analogico»; espressamente precisando, inoltre, l'inapplicabilità degli artt. 110 comma 4 e 111-*ter* comma 3 c.p.p. Chiaro dunque che, in mancanza di creazione o conversione informatica del documento, lo stesso risulta inidoneo, almeno in via tendenziale, a essere oggetto di analisi sistematica e automatizzata.

Altro limite fondamentale da osservare nella raccolta dei dati rilevanti in ottica valutativa, analogamente conseguente alla illegittimità di un sistema di sorveglianza costante e totale, sarebbe per esempio quello della registrazione integrale e successiva analisi automatizzata del comportamento del giudice durante la celebrazione delle udienze.

Qualora s'intendesse realizzare ciò allo scopo di esaminare la «capacità» di costui attraverso la corretta conduzione o meno delle stesse, dovrebbe infatti tenersi in debito conto la verosimile compressione della sua indipendenza e della relativa serenità di giudizio che potrebbe sistematicamente derivarne. È del resto una conclusione d'intuitiva evidenza che quanto più si rende capillare il controllo, tanto più divengono concrete le possibilità che il suddetto controllo scivoli dal piano del metodo a quello del merito delle funzioni giurisdizionali, il quale dovrebbe naturalmente rimanere *in toto* insindacabile.

Senso, opportunità e legittimità di strumenti penetranti di controllo della magistratura giudicante, insomma, dovranno essere oggetto di profonda attenzione da parte del regolatore futuro. Potendo sin d'ora ribadire, nondimeno, un ineludibile dato di realtà. Se si mette il giudice sotto una lente d'ingrandimento ne conseguirà verosimilmente una duplice alterazione: del suo comportamento e delle grandezze dei fenomeni osservati, le quali appariranno diverse da quelle reali. Il primo rimarrebbe giocoforza condizionato dal timore di ripercussioni negative. Le seconde rimarrebbero giocoforza sovradimensionate, in virtù del grado di dettaglio suscettibile di essere offerto da un sistema profilatorio d'i.a.

Seguitando a ragionare sull'eventuale incidenza di quest'ultimo, posto quanto precede in ordine alla prospettiva della completezza della valutazione e dei necessari limiti eventualmente da contemplare, è verosimile che le questioni maggiormente critiche

⁸⁵⁷ V. ancora *supra*, nt. 843.

sorgerebbero in relazione alla seconda possibile prospettiva da considerare: quella della profilazione come strumento di controllo della qualità del lavoro del giudice.

Al riguardo bisognerebbe muovere dal presupposto per cui il ricorso a *software* avanzati d'i.a. potrebbe concretamente fare la differenza, in materia, se potesse garantirsi il risultato di un controllo automatico, per esempio, sulla totalità dei provvedimenti adottati dal giudice. Ma così come si è constatato che a tutt'oggi non paiono sussistere le condizioni per un adeguato *robojudging* – e che, in ogni caso, il *robojudging* non rappresenta una frontiera auspicabile⁸⁵⁸ –, allo stesso modo bisognerebbe concludere in merito al *roboevaluating*; cioè a una ipotetica valutazione della professionalità interamente automatizzata, condotta dalla macchina in sostituzione del valutatore umano.

Quest'ultima consapevolezza, e dunque la preferibilità di un sistema fondato su di una verifica a campione e umanamente governata, tuttavia, non dovrebbe implicare la chiusura all'analisi dei contenuti della totalità dei provvedimenti da parte di una i.a. Tornando a ragionare, per volerci soffermare su di una delle possibili applicazioni, in ordine all'indicatore della capacità del giudice fondato sull'assenza di gravi anomalie in relazione al grado di resistenza dei suoi provvedimenti nelle successive fasi o gradi del procedimento, la macchina potrebbe assistere il valutatore in forma di motore di ricerca sintattico e soprattutto concettuale.

Posto cioè che il valutatore sarebbe pur sempre chiamato a effettuare controlli a campione, mancando appunto di fattibilità il controllo di tutti i provvedimenti, un sistema profilatorio intelligente potrebbe essere interrogato allo scopo di valorizzare il versante qualitativo dell'attività giurisdizionale. In pratica, allo scopo di individuare più agevolmente i provvedimenti che nel successivo grado di giudizio non solo risultino “non confermati”, ma pure basati, nell'opinione del giudice dell'impugnazione, su di una interpretazione normativa tecnicamente scorretta. Nella valutazione di professionalità, infatti, è decisivo appurare per quali ragioni le decisioni del giudice siano state riformate in appello o annullate in Cassazione. Una ripercussione negativa sulla valutazione, cioè, dovrebbe reputarsi giustificata sempre e solo da un errore di diritto; errore, va da sé, considerato tale in sede d'impugnazione prima e in sede di valutazione poi. *A fortiori*, peraltro, si dovrebbe attribuire rilevanza al risultato interpretativo che abbia costituito illecito disciplinare⁸⁵⁹ per «grave violazione di legge determinata da ignoranza o

⁸⁵⁸ V. necessariamente i rilievi articolati *supra*, I, §§ 4 ss.

⁸⁵⁹ Importante, a tale riguardo, rammentare l'art. 3 comma 1 lettera i n. 4 l. n. 71/2022 là dove ha condivisibilmente chiarito che «i fatti accertati in via definitiva in sede di giudizio disciplinare siano oggetto di valutazione ai fini del conseguimento della valutazione di professionalità successiva all'accertamento, anche se il fatto si colloca in un quadriennio precedente, ove non sia già stato considerato ai fini della valutazione di professionalità relativa a quel quadriennio».

negligenza inescusabile» ex art. 2 comma 1 lettera g d. lgs. 23 febbraio 2006 n. 109⁸⁶⁰; ovvero che abbia costituito illecito civile per «colpa grave» nell'attività interpretativa ex art. 2 comma 3 l. 13 aprile 1988, n. 117⁸⁶¹. Ogni altra operazione esegetica, conformemente ai principi generali⁸⁶² e all'art. 11 comma 2 d. lgs. n. 160/2006, rimane insindacabile.

Chiaramente, l'*output* della macchina – costituito dalla rilevazione di uno o più provvedimenti che questa riconosce tecnicamente errati nell'opinione del giudice dell'impugnazione – andrebbe sempre verificato dal valutatore in virtù di una autonoma analisi. Quest'ultimo, come si è inteso, non dovrebbe giudicare in automatico negativamente neppure la c.d. smentita seriale. Che in ipotesi potrebbe essere semplicemente dovuta alla ripetizione, in sede di impugnazione, dell'orientamento maggioritario, senza con ciò tacciare di scorrettezza quello minoritario propugnato dal giudice del grado precedente. A tal proposito, dovrebbe tendenzialmente escludersi, pure dalla parte della macchina, l'errore di diritto ogniqualvolta il giudice del grado successivo riformi o annulli la sentenza impugnata motivando mediante il mero rinvio al precedente della Cassazione senza significativamente argomentare in senso contrario rispetto al diverso orientamento.

1.2. Responsabilità disciplinare.

Oltreché per l'effettuazione delle valutazioni di professionalità, un sistema di *judge profiling* potrebbe risultare funzionale – meglio, provvisto di capacità incrementale – allo scopo di indagare ed eventualmente accertare determinati fatti costituenti illecito disciplinare ai sensi del d. lgs. 23 febbraio 2006 n. 109.

Prima di soffermarci su di una tale prospettiva, corre l'obbligo di premettere che, su di un piano assiologico prima che giuridico, qualsivoglia riflessione in ordine alla responsabilità dei magistrati deve muovere dalla presunzione dell'esercizio diligente, laborioso e in buona fede dei poteri conferiti. Questo potrebbe apparire scontato ma non lo è, dato il posizionamento di buona parte dell'opinione pubblica anche a causa dell'emersione di certe vicende di cronaca che hanno messo in seria discussione non soltanto l'integrità e la credibilità di alcuni esponenti del corpo magistratuale, ma pure del corpo magistratuale tutto, almeno nella percezione comune. Lo spirito dei rilievi a

⁸⁶⁰ Su cui si tornerà *infra*, § 1.2.1.

⁸⁶¹ Di cui si dirà *infra*, § 1.3.1.

⁸⁶² V. *supra*, III, § 2.1.3.

seguire, dunque, non è affatto d'invocare la materia disciplinare⁸⁶³ (e, al medesimo fine, l'impiego della profilazione), assecondando i summenzionati qualsivoglia, per effettuare un più efficace ed efficiente *detecting* di gravi irregolarità senz'altro già compiute ovvero da compiersi⁸⁶⁴. Piuttosto bisogna considerare che la correttezza nell'esercizio dei poteri non può essere presunta *iuris et de iure*: il *quomodo* dell'amministrazione della giustizia deve essere monitorato, al primario fine di verificare la rispondenza di essa ai propri scopi immanenti, nel segno dell'osservanza della sovranità popolare.

Nel contempo, come si desume dalle intenzioni dei *conditores* poi confluite nella Costituzione⁸⁶⁵, si è dovuta predisporre una disciplina capace di assicurare un adeguato equilibrio tra l'esigenza di responsabilizzazione e la garanzia d'indipendenza dei membri del potere giudiziario⁸⁶⁶. Il controllo sui magistrati attraverso il sistema disciplinare non può difatti finire per tradursi in una leva di pressione idonea a influenzare l'esercizio fisiologico delle funzioni. Del resto, sarebbe pure un grave controsenso che una tale responsabilizzazione – fondamentalmente finalizzata a presidiare che lo *jus dicere* e lo *jus dare* avvenga in modo corretto: cioè indipendente⁸⁶⁷ e quindi autenticamente idoneo

⁸⁶³ Tra i lavori monografici più recenti sul tema, v. G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Giappichelli, 2018; A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati. Vigilanza ministeriale, CSM, procedimento disciplinare e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche italiane, 2020.

⁸⁶⁴ La suddetta materia disciplinare, anche per come verrà trattata nelle pagine a seguire, deve ritenersi comprensiva tanto della disciplina afferente alla «riconducibilità della condotta contestata ad una delle fattispecie tipiche di illecito disciplinate dalla legge», quanto al «procedimento disciplinare», quanto più in generale ai «presidi posti dall'ordinamento per prevenire situazioni idonee a sfociare nella commissione di un illecito disciplinare»: così, M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 125. L'A. precisa inoltre che i presidi appena menzionati includono le valutazioni di professionalità: *ivi*, p. 126. La nostra riflessione su queste ultime – v. *supra*, § 1.1. – si rivela dunque funzionale pure nell'ottica della materia disciplinare.

⁸⁶⁵ Dà puntualmente conto del dibattito avvenuto in Assemblea costituente, P. GAETA, *La titolarità dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2023, pp. 6 ss.

⁸⁶⁶ Cfr., per esempio, E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida. Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 25.

⁸⁶⁷ Anche nell'apparenza, dovendosi appunto alimentare il sentimento di fiducia della collettività in un potere giudiziario indipendente e imparziale. Cfr., pure per la menzione della giurisprudenza costituzionale sul punto, G. RAIMONDI, *Il patrimonio e l'impatto della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul giudizio disciplinare dei magistrati*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 95.

a rendere effettivi⁸⁶⁸ i diritti e gli interessi dei consociati⁸⁶⁹ – giungesse a costituire, per quella medesima indipendenza, un *vulnus*.

Così, all'art. 105 Cost. è stabilita la competenza esclusiva del C.s.m. per quanto riguarda, tra l'altro, i provvedimenti disciplinari. Il che rappresenta un corollario di quell'autonomia strumentale, ancora una volta, all'indipendenza dell'ordine⁸⁷⁰. L'art. 107 comma 2 Cost., dal canto suo, assegna la facoltà di promuovere la relativa azione al Ministro della giustizia⁸⁷¹: costui ne risulta dunque il titolare, insieme al Procuratore generale presso la Corte di cassazione⁸⁷², come si desume a partire dall'art. 10 comma 1 n. 3 l. 24 marzo 1958 n. 195. Sebbene da un tale angolo visuale «ancipite», comunque, il sistema non contempla la piena equiparazione delle prerogative dei due organi, l'esercizio dell'azione spettando solo al Procuratore generale⁸⁷³. Il dato risulta confermato pure dalla disciplina positiva, essendo stabilito dall'art. 14 d. lgs. n. 109/2006 che il promovimento di cui sopra, da parte del Ministro, debba avvenire «mediante richiesta di indagini al

⁸⁶⁸ Di «democrazia “effettiva”», intesa come «credibilità della giustizia» nella giurisprudenza della Corte e.d.u., fa cenno M. SERIO, *Azione disciplinare nei confronti dei magistrati e libertà dell'attività interpretativa e valutativa: una prospettiva transnazionale*, in *Quest. Giust.*, 12 giugno 2023, § 6.

⁸⁶⁹ Così, di recente, anche M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari*, cit., p. 127. Connette il sistema disciplinare al presidio di «uno degli aspetti fondamentali della vita democratica e della realizzazione dello stato di diritto», M. SERIO, *Azione disciplinare*, cit., § 6; così già R. ROMBOLI, *La responsabilità dei magistrati nel quadro dei principi e dei valori costituzionali*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 15 ss. Come già ricordato *supra*, III, § 2.1.1., indipendenza, imparzialità e corretto funzionamento della giustizia sempre strumentali al rispetto dei diritti individuali e collettive: in relazione al sistema disciplinare, lo ha espresso D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011, pp. 5 ss.; v. pure M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari*, cit., p. 126.

⁸⁷⁰ Cfr., su questo, G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 527.

⁸⁷¹ In argomento, v. diffusamente A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati*, cit., pp. 9 ss.

⁸⁷² Al riguardo, v. P. GAETA, *La titolarità dell'azione disciplinare*, cit., pp. 13 ss.

⁸⁷³ Si tratta di una opinione pacifica: cfr., tra i molti, E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare*, cit., p. 26, la quale precisa che del Procuratore generale è dunque pure la rappresentanza in giudizio, avanti al C.s.m.; e alla quale appartiene la locuzione tra virgolette. Deve nondimeno rammentarsi che il Ministro detiene il potere di avviare il procedimento cautelare direttamente innanzi alla sezione disciplinare del C.s.m., richiedendo il trasferimento provvisorio ad altra sede o la destinazione provvisoria ad altre funzioni allorquando siano ipotizzabili «addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonimento (e) ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza»: art. 13 comma 2 d. lgs. n. 109/2006; richiedendo la sospensione dalle funzioni e dallo stipendio e il collocamento fuori dal ruolo organico del magistrato già incolpato «sottoposto a procedimento penale, nei cui confronti sia stata adottata una misura cautelare personale»: art. 21 comma 1 d. lgs. n. 109/2006. In questi ultimi casi, peraltro, il C.s.m. «sospende...» e «colloca...», trattandosi dunque di provvedimenti d'urgenza obbligatori. Sono invece facoltativi i medesimi provvedimenti, adottabili anche prima dell'incolpazione, di cui all'art. 22 comma 1 d. lgs. n. 109/2006. Sul tema cautelare, cfr. A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati*, cit., p. 4, nt. 10.

Procuratore generale»⁸⁷⁴. A mente dell'art. 95 comma 2 Cost., il Ministro è a sua volta responsabile «individualmente», dinanzi al Parlamento, degli atti del proprio dicastero⁸⁷⁵; tra i quali rientrano, appunto, quelli afferenti all'iniziativa disciplinare.

La notizia di un illecito, si consideri, può derivare da una pluralità di fonti. Tra di esse, nella pratica sembrano rilevare maggiormente le attività di vigilanza ministeriale, i rapporti dei dirigenti degli uffici giudiziari, le denunce dei privati⁸⁷⁶ riportate alla Procura generale. Se dall'attività di vigilanza emerge la notizia di un illecito e quindi il Ministro promuove l'azione sollecitando il Procuratore generale, peraltro, seguono anche – come

⁸⁷⁴ Si legga, per necessaria completezza, il disposto dell'art. 15 comma 1 d. lgs. n. 109/2006, a mente del quale «(l)'azione disciplinare è promossa entro un anno dalla notizia del fatto, della quale il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha conoscenza a seguito di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia»; con la precisazione che «(l)a denuncia è circostanziata quando contiene tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare. In difetto di tali elementi, la denuncia non costituisce notizia di rilievo disciplinare». Come rammenta A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati*, cit., p. 4, nt. 10, il Ministro promuove l'azione disciplinare anche esercitando la facoltà di richiedere al Procuratore generale, nel corso delle indagini da quest'ultimo svolte, l'estensione dell'azione disciplinare ad altri fatti: art. 14 comma 3 d. lgs. n. 109/2006. Lo stesso Procuratore generale può autonomamente «contestare fatti nuovi nel corso delle indagini, anche se l'azione è stata promossa dal Ministro»: art. 14 comma 5 d. lgs. n. 109/2006.

A seguire, bisogna tener presente che ex art. 16 comma 5-bis d. lgs. n. 109/2006 «(i)l Procuratore generale presso la Corte di cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15 comma 1 ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso». L'istituto di cui all'art. 3-bis d. lgs. n. 109/2006 ricorda quello della non punibilità per particolare tenuità del fatto: fa cenno a come esso venga interpretato dalla giurisprudenza, E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare*, cit., p. 27.

Una volta archiviato, il relativo provvedimento «è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'inculpazione. Sulla richiesta si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 dell'articolo 17 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto». Il provvedimento di archiviazione, dunque, «acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare». Se invece il Procuratore generale esercita l'azione, ne dà notizia – «con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede» – al C.s.m., al Ministro (art. 14 comma 3 d. lgs. n. 109/2006) e al magistrato incolpato. Quest'ultimo, diversamente, non riceve comunicazione in ipotesi di archiviazione.

⁸⁷⁵ Alla inscindibilità della sfera dei poteri da quella della responsabilità, in questo ambito, fa cenno A. AMBROSI, sub art. 95, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *op. cit.*, p. 864.

⁸⁷⁶ C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare dei magistrati: una cosa seria*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1, p. 122.

si è accennato poc'anzi – ulteriori indagini di quest'ultimo⁸⁷⁷ al fine di verificare la fondatezza dell'ipotesi d'incolpazione⁸⁷⁸.

Il Ministro, in quanto deputato all'«alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del pubblico ministero» ai sensi dell'art. 13 r.d. lgs. 31 maggio 1946 n. 511, deve appunto procedere, normalmente avvalendosi dell'Ispettorato generale⁸⁷⁹, alle «ispezioni in tutti gli uffici giudiziari allo scopo di accertare se i servizi procedono secondo le leggi, i regolamenti e le istruzioni vigenti». Tali ispezioni c.d. periodiche, almeno sulla carta, «hanno di norma cadenza triennale, salvo il potere del capo dell'Ispettorato generale di ordinare che esse siano ripetute entro un termine minore negli uffici ove siano state riscontrate irregolarità o per i quali vengano segnalate deficienze o irregolarità» (art. 7 commi 1 e 2 l. n. 1311/1962). Il Ministro ha inoltre la facoltà, «in ogni tempo, quando lo ritiene opportuno, (di) disporre ispezioni negli uffici giudiziari», potendo «altresì disporre ispezioni parziali al fine di accertare la produttività dei medesimi, nonché l'entità e la tempestività del lavoro dei singoli magistrati» (art. 7 comma 3 l. n. 1311/1962). Queste ultime vengono indicate, a seconda dei casi, come ispezioni c.d. occasionali o mirate.

Al termine delle ispezioni, deve essere redatta apposita relazione dall'ispettore, in cui egli «menziona succintamente le eventuali irregolarità riscontrate e le lacune nei servizi, e formula le proposte atte ad eliminarle». Viene poi precisato che gli ispettori «riferiscono» anche «sull'entità e sulla tempestività del lavoro eseguito dai magistrati, nonché sulla capacità, operosità e condotta dei funzionari addetti all'ufficio ispezionato» (art. 9 commi 1 e 2 l. n. 1311/1962).

Infine, al Ministro competono le c.d. inchieste amministrative «sul personale appartenente all'ordine giudiziario e su qualsiasi altra categoria di personale dipendente» (art. 12 comma 1 l. n. 1311/1962), le quali – bisogna ricordare – hanno tuttavia per oggetto, a differenza delle ispezioni di cui sopra, la «verifica di fatti ed episodi concreti

⁸⁷⁷ Per le quali viene fatto espresso rinvio alla disciplina processualpenalistica, con i dovuti adattamenti: art. 16 d. lgs. n. 109/2006.

⁸⁷⁸ Vigilanza ministeriale e indagini del Procuratore generale afferiscono a quella che usa denominarsi fase predisciplinare, la quale è ritenuta detenere natura prevalentemente amministrativa, a differenza della fase successiva all'esercizio dell'azione che pare detenere invece natura giurisdizionale: cfr., anche per le dovute problematizzazioni e la giurisprudenza d'interesse, E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare*, cit., pp. 26 ss.

⁸⁷⁹ Ufficio «alla dipendenza diretta del ministro Guardasigilli», cui sono assegnati magistrati ordinari collocati fuori ruolo e destinati presso il ministero. Cfr. artt. 1 e 2 comma 1 l. 12 agosto 1962, n. 1311, nonché 196 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

già individuati», cioè già ipotizzati a seguito dell'attività ispettiva periodica, occasionale o mirata ovvero di un esposto⁸⁸⁰.

1.2.1. Violazione dei doveri di diligenza, laboriosità e riserbo. Relative modalità di indagine e accertamento.

È ora possibile soffermarci su alcuni illeciti disciplinari – nei termini in cui sono delineati nel sistema vigente⁸⁸¹, a seguito della l. n. 71/2022⁸⁸² intervenuta anche sul d. lgs. n. 109/2006 – per osservarne, come anticipato, l'interazione con un ipotetico sistema di *judge profiling*.

A tal proposito, le condotte di principale interesse sembrano quelle a mezzo delle quali ha luogo una violazione dei doveri di diligenza, laboriosità e riserbo, già genericamente previsti ai sensi dell'art. 1 d. lgs. n. 109/2006.

Quanto alla diligenza, potrebbe principalmente rilevare il c.d. illecito interpretativo, in virtù del combinato disposto dell'art. 2 commi 1 lettera *g* e 2 d. lgs. n. 109/2006. La menzionata lettera *g*, infatti, sanziona «la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile»; il menzionato comma 2, a seguire, precisa che «(f)ermo quanto previsto da(l) comm(a) 1 lettera *g*..., l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare». Di talché, la giurisprudenza⁸⁸³ ha concluso in più occasioni che il risultato esegetico non costituisce, per il C.s.m., una zona *in toto* affrancata dal vaglio disciplinare. Ferma la regola generale dell'insindacabilità, invece, esso può – deve – essere sindacato quando la legge sia stata applicata, e cioè previamente interpretata, in modo gravemente scorretto. Quando, cioè, l'attività decisoria del giudice incolpato non

⁸⁸⁰ Così si è espresso il C.s.m., in sede di risposta al quesito del 28 aprile 1998, *Modalità di esercizio delle funzioni ispettive e compatibilità con le stesse della formulazione di direttive da parte del capo di gabinetto*, consultabile su *Csm.it*.

⁸⁸¹ Sul sistema previgente, cioè *ante* riforma del 2006, v. C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare*, cit., pp. 118 ss. V. altresì, anche in prospettiva storica, P. GAETA, *La titolarità dell'azione disciplinare*, cit., pp. 1 ss.

⁸⁸² Sulle tappe che hanno condotto alla riforma c.d. Cartabia del 2022, cioè sui lavori della commissione c.d. Scotti, della commissione c.d. Vietti – in merito alla quale si può rinviare a M. VIETTI, *Mettiamo giudizio. Il giudice tra potere e servizio*, Bocconi University Press, 2017 –, v. G. CAMPANELLI, *La responsabilità disciplinare e i connessi profili organizzativi*, in G. FERRI (a cura di), *op. cit.*, pp. 98 ss.

⁸⁸³ Contro le sentenze della sezione disciplinare del C.s.m. è esperibile il ricorso dinanzi alle Sezioni unite civili della Cassazione; termini e forme sono però quelli previsti nel codice di procedura penale: art. 24 d. lgs. n. 109/2006.

solo sia ritenuta tecnicamente errata⁸⁸⁴, ma tradisca scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sulla sua credibilità o sul prestigio dell'ordine giudiziario⁸⁸⁵. In assenza di queste condizioni, la decisione in punto di diritto non può essere considerata fonte di responsabilità⁸⁸⁶.

Posto ciò, una parte della dottrina è condivisibilmente giunta a ritenere vigente il principio generale dell'incensurabilità dell'errore interpretativo salva la sua gravità e la negligenza inescusabile ascrivibile al giudice che l'ha compiuto⁸⁸⁷. Peraltro, vedremo tra breve⁸⁸⁸ come ad analoghe conclusioni debba pervenirsi pure alla luce della disciplina sulla responsabilità civile dello Stato per un atto del magistrato. Bisogna quindi riconoscere un dato ineludibile, che per l'ordinamento l'autonomia interpretativa del giudice non solo non è inderogabile⁸⁸⁹, ma è senz'altro sanzionabile quando si ponga macroscopicamente al di là del limite consentito dalle disposizioni di legge. Certo, del summenzionato art. 2 comma 1 lettera *g* d. lgs. n. 109/2006 va prescelta una lettura particolarmente restrittiva: la soglia della grave negligenza deve rimanere, cioè, sempre piuttosto alta. Altrimenti si rischia una perniciosa eterogenesi dei fini in forza della quale lo strumento della responsabilità disciplinare diventa strumento di controllo nel merito sulle decisioni del potere giudiziario, a detrimento dell'indipendenza e della serenità di

⁸⁸⁴ Lo precisa S.F. VITELLO, *Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 66. Del resto, per una interpretazione tecnicamente scorretta sono già previsti i mezzi d'impugnazione delle sentenze, esauriti i quali non è più possibile mettere in discussione la decisione nei relativi contenuti; né la sezione disciplinare del C.s.m. può essere sviata dalle proprie funzioni, venendo adita come giudice di una ulteriore impugnazione non prevista dalla legge.

⁸⁸⁵ Cass. civ., sez. un., 2 maggio 2019, n. 11586, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

⁸⁸⁶ Lo si ribadisce in occasione di Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2015 n. 12311, in *DeJure*. V. poi M. SERIO, *Azione disciplinare*, cit., nt. 16, ove riporta la sentenza del C.s.m. n. 157/2021, con la quale si è esclusa la responsabilità disciplinare per grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile in capo al giudice che, presiedendo due collegi, abbia adottato due ordinanze conducenti a diverse soluzioni in punto di termini di durata massima della misura cautelare. I provvedimenti sono risultati, infatti, ampiamente motivati; non si è trattato di grossolana ed inescusabile negligenza causata da superficialità o approssimazione.

⁸⁸⁷ Così, S.F. VITELLO, *Il quadro degli illeciti disciplinari*, cit., p. 66.

⁸⁸⁸ *Infra*, § 1.3.

⁸⁸⁹ V. quanto osservato *supra*, III, § 2.1.3. Inoltre, come si sa, ciò trova conferma sul piano legislativo, in virtù dei meccanismi di rimessione obbligatoria del ricorso alle sezioni unite; in ambito penale, ex art. 618 comma 1-bis c.p.p. Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2015, n. 16048, in *DeJure*, ha peraltro mostrato un'apertura riguardo alla configurabilità dell'illecito disciplinare in discorso, nell'ipotesi in cui la sezione semplice violi il medesimo obbligo di rimessione previsto dall'art. 374 comma 3 c.p.c.

giudizio⁸⁹⁰ del magistrato giudicante⁸⁹¹, conseguentemente alimentando quella cultura della c.d. giurisprudenza difensiva, e quindi del conformismo decisionale, verso cui a livello istituzionale si è ancora di recente manifestata preoccupazione⁸⁹².

In questa prospettiva, è piuttosto ovvio osservare come una piattaforma di profilazione dei giudici possa costituire uno strumento funzionale all'analisi periodica del contenuto delle loro decisioni, sì da poterne monitorare l'attività decisoria ed eventualmente accertare interpretazioni gravemente scorrette dovute a ignoranza o negligenza inescusabile.

Ora, il suddetto monitoraggio dovrebbe essere qualificato come attività ispettiva del Ministro della giustizia ovvero come attività di indagine del Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Ma se così è, nonostante l'ipotetica disponibilità di risultanze algoritmiche nominative e dettagliate⁸⁹³, e dunque di uno strumento verosimilmente capace di sopperire almeno in parte a quella scarsità di mezzi d'ispezione e d'indagine disciplinari da più parti denunciata⁸⁹⁴, la consultazione della piattaforma di profilazione dovrebbe poter avere luogo solo entro i confini oggettivi e soggettivi dell'ispezione ministeriale o dell'indagine della Procura volta a volta avviate⁸⁹⁵. Come

⁸⁹⁰ In questo senso, di recente v. anche C.g.u.e., Grande camera, 15 luglio 2021, *Commissione Europea c. Repubblica di Polonia*. Quanto alla Corte di Strasburgo, v. C. e.d.u., 9 marzo 2021, *Eminagaoglu c. Turchia*. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza europea, v. M. SERIO, *Azione disciplinare*, cit., § 9. Sulla giurisprudenza di Strasburgo si concentra il contributo di V. MANES, *L'illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2023, pp. 3 ss.

⁸⁹¹ Gravido di criticità, da questo punto di vista, il recente caso "Artem Uss": v. al riguardo M. SERIO, *Azione disciplinare*, cit., § 7; ID., *Riflessioni critiche sulla iniziativa disciplinare del Ministro della giustizia nel caso Artem Uss*, in *Quest. Giust.*, 20 aprile 2023.

⁸⁹² Si leggano le dichiarazioni rese dall'Associazione nazionale magistrati, al presente [link: https://www.associazionemagistrati.it/doc/3969/iniziativa-disciplinare-del-ministro-della-giustizia-lanm-convoca-lassemblea-generale.htm](https://www.associazionemagistrati.it/doc/3969/iniziativa-disciplinare-del-ministro-della-giustizia-lanm-convoca-lassemblea-generale.htm).

⁸⁹³ Ciò che risponderebbe anche all'esigenza, resa palese dalla *nota circolare* dell'Ispettorato generale alle dipendenze del Ministro della giustizia datata 15 maggio 2012, di «potenziare la fase preispettiva di raccolta e di elaborazione dei dati tratti dai registri informatici (da cui partire per la verifica e messa a raffronto dei dati reali); accrescere la capacità della struttura e degli Ispettori di lavorare quanto più possibile "da remoto" sui dati acquisiti mediante interrogazioni degli applicativi; incentivare a tal fine la comunicazione e la collaborazione, anche per via telematica, del Corpo ispettivo con gli Uffici ispezionati e con la Direzione generale di statistica e la Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati».

⁸⁹⁴ Per esempio, da parte di C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 130.

⁸⁹⁵ Nelle forme di cui s'è fatto cenno *supra*, § 1.2.

infatti ha avuto modo di chiarire il C.s.m.⁸⁹⁶, il singolo magistrato non può rimanere soggetto a controllo continuativo e globale. Altrimenti si rischia, con ogni evidenza, di turbarne la serenità di giudizio, dando modo a un potere diverso da quello giudiziario (quello esecutivo) di effettuare uno *screening* costante delle relative attività: vi è una idea di separazione tra poteri pur sempre da preservare, al netto di una limitata vigilanza dell'uno sull'altro.

Oltreché strumento d'indagine, la profilazione potrebbe inoltre verosimilmente divenire strumento di accertamento dell'illecito, a disposizione della sezione disciplinare del C.s.m. chiamata a decidere sulla contestazione. Analogamente a quanto si rileverà in tema di responsabilità civile dello Stato⁸⁹⁷, infatti, il passato decisionale del giudice incolpato si presterebbe a illuminare la vicenda concreta fornendo dati conoscitivi altrimenti ricavabili in tempi molto più lunghi e modi molto più gravosi. Beninteso, è vero che ad essere *sub iudice* deve rimanere solo il fatto oggetto di contestazione disciplinare e non già l'intero passato decisionale del magistrato. Ma in taluni casi gli *individual precedents* potrebbero (indirettamente) condurre all'accertamento di un elemento costitutivo della fattispecie (direttamente) rilevante ai fini del caso da decidere.

Volendo fare uno dei possibili esempi, se la dichiarazione di responsabilità del giudice per grave violazione di legge si giocasse sulla sussistenza o meno della «ignoranza» della stessa, sarebbe difficile trascurare le risultanze algoritmiche che, alla luce delle passate decisioni, dimostrassero la conoscenza, da parte del giudice, della disposizione legislativa che quest'ultimo avrebbe dovuto applicare. Lo stesso varrebbe, allorquando la dichiarazione di responsabilità per grave violazione di legge si giocasse sulla valutazione di «negligenza inescusabile», nell'ipotesi in cui dall'interrogazione del sistema la sentenza oggetto di contestazione disciplinare apparisse nettamente distonica rispetto al passato decisionale del giudice, cioè rispetto ai suoi orientamenti interpretativi in casi analoghi.

Naturalmente quando parliamo di passato decisionale dovremmo sempre riferirci alle passate interpretazioni giuridiche in rapporto a determinate fattispecie concrete, e quindi a una determinata classe di casi. Se dunque dal sistema emergesse una distonia – come intesa poc'anzi – solo apparente, perché l'algoritmo ha sintetizzato male le fattispecie concrete dei vari precedenti considerati, il giudice potrebbe esercitare il diritto alla prova contraria, chiarendo che non sussiste una catena di precedenti realmente pertinenti di cui tenere conto, e quindi che i risultati delle sue statistiche non

⁸⁹⁶ In sede di risposta al quesito del 28 aprile 1998, *Modalità di esercizio delle funzioni ispettive*, cit., adesivamente a V. TENORE, *I limiti della potestà ispettiva del Ministero di Grazia e Giustizia sul pool "mani pulite" al vaglio del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, p. 994.

⁸⁹⁷ V. *infra*, § 1.3.1.

potrebbero essere considerati a suo sfavore. *Ex art. 18 comma 4 d. lgs. n. 109/2006*, durante il dibattimento disciplinare si devono infatti applicare le norme del codice di procedura penale in quanto compatibili; e non si rinvergono ostacoli nel riconoscere l'operatività dell'art. 495 comma 2 c.p.p. Già antecedentemente all'esercizio dell'azione disciplinare, peraltro, il giudice sottoposto alle indagini del Procuratore generale potrebbe depositare la documentazione difensiva comprovante ciò ovvero chiedere di essere interrogato per le necessarie precisazioni.

Fermo quanto appena osservato circa il dovere di diligenza, l'ipotetica incidenza di un sistema di *judge profiling* si può cogliere anche in rapporto al dovere di laboriosità cui il giudice è chiamato. In particolare, ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera q d. lgs. n. 109/2006, costituisce illecito disciplinare «il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni»; con una presunzione semplice di non gravità del ritardo che non ecceda «il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto»⁸⁹⁸.

Chiaro dunque che la profilazione dei giudici potrebbe comportare, tanto in sede di ispezioni ministeriali (più spesso) che di indagini del Procuratore generale (meno spesso) che di accertamento dell'illecito da parte della sezione disciplinare del C.s.m., una facilitazione del lavoro, soprattutto in termini di speditezza nella valutazione di determinati indici qualitativi – oltreché quantitativi – di cui bisogna tener conto, almeno stando alla giurisprudenza più recente.

Sul piano quantitativo, difatti, sarebbe per esempio possibile avere a disposizione una panoramica di tutte le cause conosciute dal giudice, unitamente all'indicazione dell'avere o meno, da parte di costui, obiettivamente rispettato i termini massimi di deposito delle motivazioni delle sentenze. Ci si sta riferendo non al termine massimo di legge, ma al più ampio termine rilevante sul piano disciplinare, richiamato poco sopra. A differenza, peraltro, di quanto detto a proposito della vigilanza ministeriale sui contenuti delle decisioni – non ipotizzabile in modo continuativo –, qui è invece da riconoscere che un monitoraggio continuativo da parte del Ministro sarebbe legittimo. Avere contezza dei tempi di ciascun giudice dovrebbe essere un corollario necessario delle competenze ministeriali sull'«organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» stabilite in Costituzione, all'art. 110. Pure rispetto all'esercizio di tali competenze, inoltre, il Ministro risponde individualmente, a mente del già ricordato art. 95 comma 2 Cost.

Sul piano qualitativo, poi, l'incidenza di un sistema di profilazione si potrebbe cogliere considerandone la funzionalità rispetto alla valutazione delle cause di

⁸⁹⁸ Sul tema del ritardo disciplinarmente rilevante, anche in prospettiva storica, v. il lavoro di R. BIANCHI RIVA-C. SPACCAPELO, *Eccessiva durata del processo e responsabilità disciplinare dei magistrati: il ritardo nel deposito dei provvedimenti fra storia e attualità*, in *It. Rev. Leg. Hist.*, 2021, pp. 485 ss.

giustificazione del ritardo⁸⁹⁹; alla luce, lo si è anticipato, del diritto vivente sul punto. Premessa cioè la configurabilità di casi in cui un ritardo obiettivamente sussistente può dirsi giustificato e dunque privo di rilevanza disciplinare, la Cassazione a sezioni unite ha mutato il proprio precedente indirizzo, particolarmente rigoroso⁹⁰⁰, per venire a concludere che la significativa produttività del giudice incolpato, il numero di pendenze comunque diminuito, la gravosità della situazione pregressa alla sua presa di servizio, la durata media delle cause da costui trattate entro un limite ragionevole (anche rispetto alla durata media delle cause trattate dai colleghi del medesimo ufficio), le buone pratiche organizzative seguite⁹⁰¹, costituiscono elementi idonei ad assolvere dall'addebito contestato⁹⁰². Ne discende per conseguenza che, qualora i suddetti elementi fossero contemplati dal sistema profilatorio, le statistiche del giudice incolpato potrebbero avere una significatività scriminante, la quale dovrebbe essere tenuta in debito conto dal C.s.m. in sede di decisione; ma anche, ancor prima, dal Ministro in sede di ispezione e dal Procuratore generale in sede di indagini, giacché le risultanze algoritmiche potrebbero condurre gli organi inquirenti all'inazione⁹⁰³. Per tale via, in definitiva, la profilazione fungerebbe da strumento atto non solo a individuare e accertare più efficacemente ed efficientemente i ritardi; ma anche, dovendosi per la giurisprudenza attribuire rilievo agli indicatori appena riportati, a valorizzare la dimensione qualitativa dell'esercizio delle funzioni.

⁸⁹⁹ Le quali, come da regola generale, devono essere provate dal magistrato imputato in base a elementi dotati di «pregnanza», «conferenza», «oggettività», «idoneità concreta ad escludere il ritardo»: lo ha affermato Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 2012, n. 528, in *DeJure*.

⁹⁰⁰ Si sofferma, tra l'altro, sulle pronunzie di quell'indirizzo, S.F. VITELLO, *Il quadro degli illeciti disciplinari*, cit., pp. 67 ss.

⁹⁰¹ Sul fronte prettamente organizzativo è peraltro da segnalare che, a seguito della l. prevedendo 11 l. 17 giugno 2022 n. 71, si è aggiunta la lettera *q*-bis all'art. 2 comma 1 d. lgs. n. 109/2006, la quale sanziona «l'omessa collaborazione del magistrato nell'attuazione delle misure di cui all'art. 37 comma 5-bis d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con motivazioni, dalla l. 15 luglio 2011 n. 111»; e inoltre «la reiterazione, all'esito dell'adozione di tali misure, delle condotte che le hanno imposte, se attribuibili al magistrato». Costituisce cioè illecito disciplinare il mancato rispetto delle nuove misure relative all'efficienza degli uffici e allo smaltimento dell'arretrato. V., per una prima riflessione sulla novella *in parte qua*, S. PERELLI, *L'impatto della riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in *Quest. giust.*, 19 settembre 2022, pp. 4-5.

⁹⁰² Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2948, in *DeJure*. Al riguardo, v. G. GILARDI, *Un ulteriore passo verso una nuova giurisprudenza disciplinare*, in *Quest. Giust.*, 8 marzo 2016; C. CASTELLI, *Ancora il caso Minniti: verso il tramonto di una stagione punitiva per i ritardi*, in *Quest. Giust.*, 20 dicembre 2016; nonché C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare*, cit., pp. 128-129.

⁹⁰³ Precisamente – come si è chiarito sopra –, le risultanze in discorso potrebbero condurre il Ministro a scegliere di non promuovere l'esercizio dell'azione disciplinare, ossia a non richiedere al Procuratore generale di svolgere le indagini; e potrebbero condurre quest'ultimo a non esercitare l'azione, poiché è appunto solo quest'ultimo a poterla esercitare.

Da ultimo – ma senza nutrire alcuna pretesa di esaustività – sull’ipotetica incidenza della profilazione si può ragionare in rapporto al dovere di riserbo. La cui violazione fonda gli illeciti di cui all’art. 2 comma 1 lettere *u*⁹⁰⁴, *v* e *aa* d. lgs. n. 109/2006, i quali individuano il limite entro il quale la libertà di espressione del magistrato deve arrestarsi⁹⁰⁵. Ai nostri fini interessa in particolare la lettera *v*, ove si sanziona il rilascio di «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui»; nonché la lettera *aa*, ove si sanziona «il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l’utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati».

Un sistema di *judge profiling*, al riguardo, potrebbe risultare funzionale nella misura in cui – sulla scia di qualche esperienza nordamericana⁹⁰⁶ – contemplasse al proprio interno una sezione in cui confluiscono tutte le dichiarazioni pubbliche rese dal giudice, eventualmente anche via *social networks*, allo scopo di monitorarne la legittimità disciplinare. Certo un tale monitoraggio non avrebbe alcuna finalità organizzativa; dunque, rientrerebbe nell’attività ispettiva o investigativa degli organi a ciò deputati, con tutti i limiti che ne derivano, analogamente a quanto si è detto poco sopra in relazione all’illecito interpretativo.

1.3. Responsabilità civile.

Veniamo, quindi, all’area della responsabilità civile del giudice, cioè alla possibilità che costui debba riparare i danni patrimoniali o non patrimoniali conseguenti a un «comportamento», un «atto» o un «provvedimento» compiuto con dolo o colpa grave nell’esercizio delle funzioni, come si esprime l’art. 2 comma 1 l. 13 aprile 1988, n. 117 (c.d. legge Vassalli) a seguito della modifica della l. 27 febbraio 2015, n. 18⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Sanzionando la «divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui».

⁹⁰⁵ Sul rapporto tra libertà di espressione e illecito disciplinare, nel quadro della giurisprudenza europea, V. MANES, *L’illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2023, pp. 9 ss.

⁹⁰⁶ V. *supra*, II, § 2.

⁹⁰⁷ Salvo il dolo, peraltro, la somma che il magistrato può essere condannato a pagare è limitata alla misura prevista dalla legge: art. 8 comma 3 l. cit. In senso critico, sul punto, A. MANTOVANO, *Intervista di T. Montesano*, 22 ottobre 2009, accessibile al presente [link: https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/interview/Interv](https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/interview/Interv)

L'ordinamento prevede una responsabilità indiretta del giudice⁹⁰⁸, poiché l'asserito danneggiato, dopo aver esperito tutti gli altri rimedi previsti dalla legge, ha l'onere di esercitare l'azione di danni avverso lo Stato nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 4 commi 1 e 2 l. cit.). Trattandosi di una ipotesi di illecito ricalcante il modello di cui all'art. 2043 c.c. ed avente natura aquiliana, sarà naturalmente l'attore a dover provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie per come specificati dalla disciplina in discorso (art. 2 l. cit.). Per ciò che qui più interessa, il giudice può trovarsi a sopportare personalmente la riparazione nel caso in cui, in sede di giudizio di rivalsa dello Stato nei suoi confronti, si dimostri che abbia operato con «negligenza inescusabile» nel violare manifestamente la legge ovvero nel travisare il fatto o le prove (art. 7 comma 1 l. cit.).

Prima di soffermarci sulle evenienze appena richiamate, conviene chiarire la ragione per cui il tema della responsabilità civile viene contemplato in questa parte della trattazione: seguire nella determinazione della latitudine del beneficio del controllo sulla magistratura giudicante. In particolare, viene qui in rilievo una forma di controllo operata mediante un sindacato di tipo giurisdizionale, essendo il tribunale ordinario a doversi pronunciare⁹⁰⁹ sulla responsabilità. Il comportamento o l'atto del giudice può dunque divenire oggetto di accertamento ed eventualmente essere messo in discussione nei relativi contenuti, sebbene il tribunale non detenga il potere di modificare una decisione-fonte di danno già adottata. Il limite di un tale sindacato, e quindi di un controllo siffatto, in rapporto all'impiego che della profilazione s'ipotizzerà⁹¹⁰, è quello della discrezionalità interpretativa. La quale rimane incompressibile salvi i casi più macroscopicamente patologici⁹¹¹; patologici al punto da tradursi in fallimenti del c.d. servizio giustizia, per avvalerci ancora una volta delle elaborazioni giurisprudenziali d'oltremania⁹¹².

iste/_sottosegretario_xprecedenti/2100_501_sottosegretario_mantovano/0071_2009_10_22_intervista_a_Libero.html_86475457.html. Da quelle dichiarazioni, comunque, la normativa è mutata *in pejus*: ne dà conto L. LA GRECA, *La responsabilità civile dei magistrati. Prime riflessioni a margine della recente riforma*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 8.

⁹⁰⁸ Salva l'ipotesi del danno conseguente a un reato, che rende ammissibile l'azione risarcitoria direttamente contro il magistrato in sede civile o penale; lo Stato assume quindi la veste di responsabile civile: art. 13 l. cit.

⁹⁰⁹ *Ex* art. 4 comma 1 l. cit., la competenza di quest'ultimo è determinata ai sensi dell'art. 11 c.p.p.

⁹¹⁰ V. sempre quanto premesso *supra*, § 1.

⁹¹¹ V. *infra*, § 1.3.1.

⁹¹² Così, in relazione alla responsabilità civile indiretta dei magistrati in Francia, Cass., ass. plén., n. 99-16.165, in *Dalloz*, 2001, pp. 1752 ss. Sul tema v., altresì, E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridiques*, cit., pp. 296 ss.

Questo stato delle cose, che vi sia cioè un tribunale col potere di sindacare l'esercizio delle funzioni giudicanti e che una sentenza o un altro provvedimento possa giuridicamente essere fonte di danno, non deve apparire scontato. Si tratta, nella sostanza, della manifestazione di una concezione antipositivistica del diritto⁹¹³, presa a suo tempo in esame⁹¹⁴. L'atto giudiziario non è più, difatti, considerato necessaria, automatica, oggettiva, impersonale espressione della legge, dunque della sovranità popolare, e perciò giocoforza «giusto» ai sensi dell'art. 2043 c.c.

La soggettività di ciascun giudice⁹¹⁵, piuttosto, risulta necessariamente decisiva sul piano contenutistico di qualunque atto adottato: la giustizia è amministrata da persone, ed è quindi fondamentalmente irragionevole postulare l'irresponsabilità dello Stato e limitare quella del magistrato al dolo, come voleva l'opinione tradizionale prerepubblicana. In quella visione, la rimproverabilità del magistrato a titolo di dolo si spiegava in base alla finzione per cui soltanto al ricorrere di una tale evenienza – cioè nella patologia del sistema – la soggettività della persona fisica poteva riconoscersi, poiché il magistrato smetteva di essere tale e tornava uomo⁹¹⁶. A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, si giunse così all'assetto legislativo attuale⁹¹⁷, prevedendosi non solo la responsabilità diretta dello Stato ma pure che l'illecito giudiziario possa commettersi per colpa grave, ossia malgrado non venga dimostrata la volontà del magistrato di arrecare il danno lamentato dall'attore.

Gli antecedenti rilievi dovrebbero essere dunque valse, per il momento, a rilevare la funzionalità dello studio della responsabilità civile, almeno sotto certi aspetti, all'analisi del beneficio del controllo sull'amministrazione della giustizia. Si può inoltre anticipare sin d'ora, per le ragioni di cui ci appresta a dire tra breve, la verosimile funzionalità di un ipotetico sistema profilatorio allo svolgimento del sindacato giurisdizionale in discorso.

E dunque, se non una necessità, una verosimile capacità incrementale della profilazione rispetto all'accertamento della pretesa risarcitoria del danneggiato, la quale

⁹¹³ A contrario, lo osserva anche F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, p. 165.

⁹¹⁴ Per spiegare il superamento del paradigma formalistico della previsione: v. *supra*, I, §§ 3 ss.

⁹¹⁵ A tal proposito, in rapporto al tema della responsabilità, v. N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1284.

⁹¹⁶ «La responsabilità comincia là dove il giudice finisce», affermava per esempio S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Vallardi, 1966, p. 211.

⁹¹⁷ Ripercorre, tra l'altro, le previgenti discipline, F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile*, cit., pp. 166-167; nonché E. TIRA, *La responsabilità civile dei magistrati: evoluzione normativa e proposte di riforma*, in *Riv. AIC*, 2011, 4, pp. 1-4.

peraltro è ben suscettibile di fondarsi sulla lesione di diritti fondamentali⁹¹⁸. E conseguentemente, rispetto alla esigenza di rendere effettivo il disposto di cui all'art. 28 Cost.; pur costituendo, quello di cui alla legge Vassalli, un regime speciale ai sensi della norma costituzionale⁹¹⁹. E, ancora, rispetto al principio del buon funzionamento della giustizia in ottica di controllo sociale: il quale richiede anche un puntuale sindacato e monitoraggio, da parte degli stessi organi dello Stato, del buon andamento, della trasparenza e nuovamente dell'indipendenza dei magistrati.

Quanto al piano del buon andamento, non è chiaramente accettabile che una sentenza produca danno risarcibile, e se questo è stato prodotto, il danneggiato deve essere ristorato del pregiudizio sofferto. Quanto al piano della trasparenza, il sindacato sulla responsabilità civile implica pur sempre d'indagare su quanto avvenuto nel corso di una determinata vicenda procedimentale. Quanto al piano dell'indipendenza, il sindacato sulla responsabilità civile può far emergere che un comportamento o un atto sia stato frutto di una indebita pressione esterna; e, nel contempo, la stessa responsabilità civile promuove l'indipendenza del giudice, ché dinanzi a un'eventuale pressione esterna costui potrà obiettare di non potervi obbedire, in quanto ne dovrà poi rispondere personalmente.

1.3.1. Possibili margini di «colpa grave» nell'attività interpretativa a seguito della legge 27 febbraio 2015, n. 18 e relative modalità di accertamento.

A livello pratico, l'impiego di un ipotetico sistema profilatorio può costituire oggetto di riflessione – principalmente – se veniamo a ragionare in ordine alla configurabilità di una responsabilità civile del giudice nell'esercizio dell'attività d'interpretazione normativa e di valutazione della prova.

Sulla base dell'odierno assetto, dovuto alla già menzionata l. n. 18/2015, si è infatti notato che in determinate circostanze il giudice può trovarsi a rispondere personalmente del danno cagionato, allorquando lo Stato sia stato previamente

⁹¹⁸ Coerentemente si prevede l'espressa risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2 comma 1 l. cit., come di recente rimaneggiato da C. cost., 15 settembre 2022, n. 205.

⁹¹⁹ Si vedano, in argomento, C. cost., 14 marzo 1968, n. 2; C. cost., 18 gennaio 1989, n. 18; C. cost., 5 novembre 1996, n. 386. Sulle questioni di costituzionalità afferenti alla responsabilità civile indiretta dei magistrati, A. BONOMI, *Profili di costituzionalità della responsabilità civile del magistrato con particolare riferimento ad un'ipotesi di riforma e alcuni cenni sui profili di costituzionalità della responsabilità disciplinare*, in *Forum Quad. Cost.*, 26 ottobre 2012, pp. 2 ss.; con specifico riguardo agli aspetti processuali della disciplina, v. G. ZAMPETTI, *Osservazioni su alcuni aspetti processuali della nuova disciplina sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: profili costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2016, 3.

condannato. Ebbene, la negligenza inescusabile⁹²⁰ di cui al citato art. 7 comma 1 si deve riferire – tra l’altro – all’attività mediante la quale il giudice sia incorso in una «violazione manifesta della legge» ovvero in un «travisamento del fatto o delle prove». Si deve trattare, cioè, delle ipotesi di «colpa grave» descritte, per ciò che qui più interessa, all’art. 2 comma 3 l. cit.⁹²¹.

Ora, per quanto la giurisprudenza di legittimità si sforzi nel tentativo piuttosto artificioso di negare che le attività interpretativa e valutativa siano sindacabili ai sensi della legge Vassalli⁹²², alla luce del dettato normativo oggi vigente parrebbe doversi giungere alla conclusione contraria.

In primo luogo, infatti, ammettere la responsabilità per colpa grave a seguito di violazione manifesta della legge implica giocoforza sindacare una interpretazione di quella legge, seppure macroscopicamente scorretta. Una siffatta colpa grave, non a caso, ex art. 2 comma 2 l. cit. è oggi richiamata in termini di eccezione alla regola generale per cui «non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione»⁹²³ di

⁹²⁰ La quale, dunque, pure a seguito delle modifiche apportate con la l. n. 18/2015, continua ad assumere centrale rilevanza nel giudizio di responsabilità del magistrato. Ha esaminato la scarsa giurisprudenza sviluppata sulla nozione di «negligenza inescusabile» in materia, C.M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché) inesistente applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 294 ss. V. anche la giurisprudenza da noi citata più oltre.

⁹²¹ Secondo una parte della dottrina, per la elasticità della relativa formulazione lessicale, non potremmo comunque parlare di vera e propria tipizzazione: cfr. M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 4.

⁹²² Di recente, v. per esempio Cass. civ., sez. III, 11 ottobre 2023, n. 34089 (§§ 4.1. ss., in diritto), consultabile su https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/12/07/34089.pdf. La pronunzia riguarda un caso regolato dalla disciplina legislativa ante riforma del 2015; ma la Corte, sia pure *per incidens*, relativamente all’insindacabilità dell’attività interpretativa e valutativa ha affermato la continuità dell’attuale assetto rispetto al passato. Nel medesimo senso dell’insindacabilità, una parte della dottrina: cfr., tra gli altri, E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell’interprete*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, pp. 177 ss., il quale argomenta al fine di «stabilire una netta cesura fra interpretazione di norme di diritto e valutazione del fatto o delle prove ed i casi di colpa grave»; P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 894 ss. *Contra*, R. MARTINO, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giust. civ. - riv. trim.*, 2016, n. 3, § 3.

⁹²³ Il medesimo rapporto regola-eccezione, del resto, è espressamente contemplato, nell’ambito del Consiglio d’Europa, dal § 66 della *Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*, adottata il 17 dicembre 2010, in *Giust. ins.*, 2011, 1-2, p. 211, trad. non ufficiale, a mente del quale «(l’)interpretazione della legge, l’apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave».

norme di diritto»⁹²⁴; si tratta della c.d. clausola di salvaguardia, volta per l'appunto a preservare l'indipendenza funzionale della magistratura giudicante⁹²⁵.

Proprio perché l'applicazione della legge non può aver luogo senza la sua interpretazione, una errata applicazione presupponendo una errata interpretazione, è da notare che già prima dell'intervento riformatore del 2015 – a cui si deve il restringimento dell'area di irresponsabilità di cui all'art. 2 comma 2 (prima della novella era previsto che l'opera interpretativa non potesse dar luogo a responsabilità civile *tout court*) – la Cassazione aveva dovuto fare i conti con il diritto vivente, ossia con il suo ruolo integrativo della disposizione di legge. In merito alla configurabilità della fattispecie di danno cagionato dall'aver deciso, da parte del giudice, difformemente dall'indirizzo consolidato, la Corte aveva concluso nel senso dell'illiceità della condotta del giudice sostanziantesi in una simile opzione esegetica quando essa, «tenuto conto delle ragioni» indicate nella parte motiva della sentenza, «non trovi alcun aggancio nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale né abbia, in mancanza di detti referenti, una qualsiasi plausibile giustificazione sul piano logico»; ravvisando in ciò, per l'appunto, una forma di negligenza inescusabile⁹²⁶.

Alla luce di quanto affermato sotto la vigenza della legge n. 117 del 1988 *ante* riforma, a seguito della modifica *in pejus* di cui all'art. 2 comma 2 l. cit. dovrebbe a più forte ragione seguire a reputarsi illecito civile il decidere in contrasto rispetto al precedente giudiziario espressione di giurisprudenza consolidata, senza sul punto dare conto pur implicitamente dei motivi, e allorquando la diversa soluzione non sia logico-giuridicamente giustificabile⁹²⁷.

Più di recente la Corte, confermando una tale prospettiva, ha *a contrario* stabilito che l'ingiustificato discostamento dall'orientamento maggioritario non confortato da un aggancio effettivo alla lettera della legge può dar luogo a responsabilità civile, quando

⁹²⁴ Si leggano congiuntamente, dell'art. 2 l. cit., i commi d'interesse: «2. Fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»; «3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

⁹²⁵ Cfr. F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile*, cit., p. 167.

⁹²⁶ Così, Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2001, in *Arch. pen.*, 2001, 1, pp. 3557 ss. (in diritto).

⁹²⁷ Senza contare che, in virtù del disposto di cui all'art. 618 comma 1-bis c.p.p. introdotto con l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), il decidere da parte della sezione semplice della Cassazione in senso difforme al principio di diritto delle Sezioni unite potrebbe integrare, nei casi più macroscopici, una manifesta violazione di legge ai sensi dell'art. 2 comma 3 l. n. 117/1988. Cfr. sul punto, se del caso, F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente*, cit., pp. 233 ss.

cioè la motivazione sia mancante o apparente e i precedenti pertinenti non vengano citati. A questo proposito, lo si è anticipato, i giudici di legittimità hanno parlato di «scelta solo apparentemente interpretativa»⁹²⁸. Ma in realtà a rilevare – e ad essere sindacata – è pur sempre una interpretazione delle disposizioni richiamate, ritenuta gravemente scorretta; e irricevibile⁹²⁹, come talvolta si è detto, a mezzo della motivazione.

Se dunque, per un verso, rimane indubbio che la difformità dai precedenti in quanto tale non può costituire fonte di alcuna responsabilità⁹³⁰; per altro verso, emerge anche il dato per cui la medesima difformità può esporre a un tale rischio, se l'interpretazione non risulta detenere autonoma tenuta, non risultando giustificata in base al testo di legge. Quest'ultimo rilievo parrebbe allora implicare che il richiamo, in motivazione, di un precedente, sia sufficiente a escludere un addebito nei termini anzidetti⁹³¹.

A ragionare così, e prescindendo dal grado di condivisibilità del diritto vivente sulla questione, si può comprendere la funzionalità di un ipotetico sistema profilatorio all'accertamento dell'illecito giudiziario in esame. Similmente a quanto osservato in tema di responsabilità disciplinare *ex art. 2 comma 1 lettera g d. lgs. n. 109/2006*⁹³²,

⁹²⁸ Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, in *C.e.d. Cass.*, n. 654029-02 (§ 14.3, *in diritto*).

⁹²⁹ Questa irricevibilità, che nella giurisprudenza riecheggia anche in termini di inspiegabilità o incomprensibilità, è peraltro evocata al fine di riempire di contenuti la nozione di «negligenza inescusabile», già contemplata nel dettato della versione previgente dell'art. 2 comma 3 l. cit. e oggi – come detto – comunque rilevante in sede di rivalsa dello Stato avverso il giudice. S'intendeva, in particolare, chiarire il *quid proprium* della negligenza inescusabile rispetto alla più generica formula della «colpa grave» *ex art. 2236 c.c.* Ma al di là del perdurante interesse a stabilire il significato della prima, può ben sussistere solo la seconda – cioè una forma di colpa grave senza arrivare alla negligenza inescusabile – per condannare al risarcimento lo Stato senza la contestuale sussistenza degli estremi per la condanna del giudice in sede di rivalsa. A rigore, dovrebbero essere dunque enucleate ulteriori ipotesi di colpa grave nell'attività interpretativa di quest'ultimo al di sotto della soglia della suddetta irricevibilità. Consapevoli nondimeno che la disciplina in discorso necessita di una lettura costituzionalmente orientata, con particolare riferimento al principio di indipendenza della magistratura giudicante, nel corso della presente trattazione si è continuato e si continuerà a trattare della colpa grave nei termini della negligenza inescusabile, conformemente allo stato attuale del diritto vivente.

⁹³⁰ Il che, del resto, deve rappresentare un punto fermo nel nostro ordinamento. In argomento deve rinviarsi a quanto s'è accennato *supra*, III, § 2.1.3.

⁹³¹ Il punto è suscettibile di essere discusso, anche se non è questa la sede appropriata a tal fine: può veramente dirsi in automatico esente da responsabilità il giudice che decida in senso conforme a un precedente giuridicamente scorretto, manifestamente violando così la legge? E all'inverso: può veramente dirsi in automatico esente da responsabilità il giudice che decida in senso difforme a un precedente per il solo fatto che l'abbia citato e sottoposto a critica, se la diversa interpretazione si risolve in una manifesta violazione della legge non risultando logico-giuridicamente giustificabile?

⁹³² V. *supra*, § 1.2.1.

dovendosi verificare la colpa grave o meno del giudice-danneggiante, rimarrebbe infatti difficile ignorare le risultanze algoritmiche attinenti agli *individual precedents* di costui. Soprattutto nei casi più dubbi, vale a dire nei casi in cui l'analisi della motivazione della sentenza-fonte di danno non appaia decisiva per qualificare la condotta del magistrato, decisivo può invece apparire l'esito dell'analisi dei suoi orientamenti in punto di diritto. Perché se ad esempio la scelta interpretativa dalla quale sono derivate le asserite conseguenze dannose risulta un elemento distonico rispetto agli *individual precedents*, ciò potrebbe essere ritenuto un indizio ai fini della dimostrazione della colpa grave del giudice: la scelta, divergendo nettamente dal passato decisionale di costui, rimarrebbe ancor meno giustificabile.

Naturalmente – e di nuovo in senso analogo ai rilievi articolati in tema di responsabilità disciplinare –, quando parliamo di passato decisionale dovremmo sempre riferirci alle passate interpretazioni giuridiche in rapporto a determinate fattispecie concrete, e quindi a una determinata classe di casi. Se dunque dal sistema emergesse una distonia – come intesa poc'anzi – solo apparente, perché l'algoritmo ha sintetizzato male le fattispecie concrete dei vari precedenti considerati, il giudice potrebbe intervenire nel procedimento adducendo elementi a propria difesa⁹³³, chiarendo che non sussiste una catena di precedenti realmente pertinenti di cui tenere conto, e quindi che i risultati delle sue statistiche non possono essere considerati a suo sfavore.

Le medesime risultanze algoritmiche, peraltro, sarebbero suscettibili di valere anche come indizio a discarico, per dir così, del magistrato. Nel senso che, nei casi più dubbi per come indicati sopra, esse potrebbero rendere più giustificabile la decisione asseritamente dannosa. Ciò, si badi, non equivale affatto a prospettare in via generale la rilevanza delle statistiche in ottica d'integrazione della motivazione patologicamente carente di contenuti. A ciò vi osta senz'altro l'art. 111 comma 6 Cost. Ma qui, ossia in relazione alla valutazione della responsabilità civile del giudice, l'oggetto del processo non riguarda il rispetto o meno della garanzia della motivazione, quanto piuttosto il rispetto o meno di un adeguato grado di diligenza richiesta dall'esercizio delle funzioni

⁹³³ Intervento nel procedimento contro lo Stato ex art. 6 l. cit. ovvero in sede di rivalsa. L'art. 6 in discorso, in particolare, significativamente così dispone: «(i)l magistrato il cui comportamento, atto o provvedimento rileva in giudizio non può essere chiamato in causa ma può intervenire in ogni fase e grado del procedimento, ai sensi di quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 105 del codice di procedura civile. Al fine di consentire l'eventuale intervento del magistrato, il presidente del tribunale deve dargli comunicazione del procedimento almeno quindici giorni prima della data fissata per la prima udienza». Al comma 2 viene poi precisato che «(l)a decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato non fa stato nel giudizio di rivalsa se il magistrato non è intervenuto volontariamente in giudizio», né «fa stato nel procedimento disciplinare». Per concludere, al comma 3, «(i)l magistrato cui viene addebitato il provvedimento non può essere assunto come teste né nel giudizio di ammissibilità, né nel giudizio contro lo Stato».

pubbliche cui il magistrato giudicante è chiamato. Ed è proprio su quest'ultimo fronte, precisamente sulla verifica della sussistenza della colpa grave, che i risultati di un sistema profilatorio potrebbero ragionevolmente incidere.

1.4. Responsabilità sociale.

La funzionalità di un ipotetico sistema profilatorio non sarebbe verosimilmente circoscritta ad un più efficace ed efficiente monitoraggio (di talune) delle *performances* del giudice; né ad una più efficace ed efficiente attività di indagine e accertamento (di talune) delle condotte rilevanti sul piano disciplinare e civile⁹³⁴. Risulterebbe infatti senz'altro valorizzata anche la sfera della c.d. responsabilità sociale di costui, nei confronti delle parti e più in generale della collettività⁹³⁵.

Per coloro che ne ammettono una qualche consistenza, è subito da dire, la responsabilità sociale del giudice ad oggi non beneficia di una teoria organica, come neppure di una definizione unanimemente condivisa. Volendo nondimeno accoglierne una, al fine di seguire nel discorso con maggiore concretezza, si può muovere dal presupposto per cui il giudicare – attuandosi sempre attraverso la decisione di una opzione tra una pluralità di alternative – è sempre un esporsi. E perciò sempre un atto di responsabilità verso le persone direttamente (come parti) o indirettamente (come collettività) destinatarie di quella decisione.

Una tale responsabilità è detta sociale poiché sociale è – tra l'altro – la funzione di cui il giudice appare investito⁹³⁶; nella misura in cui, come a suo tempo inteso⁹³⁷, la cifra della soggettività dell'interpretazione giuridica si coglie nella discrezionalità in forza della quale una scelta di valore viene assunta ovvero il conflitto di valori viene sciolto⁹³⁸.

⁹³⁴ *Supra* è peraltro emerso, tanto con riguardo alle valutazioni di professionalità (§§ 1.1. ss.), quanto con riguardo agli illeciti disciplinari (§§ 1.2. ss.) e civile (§§ 1.3. ss.), che le risultanze di un sistema profilatorio potrebbero altrettanto valere in ottica difensiva, a favore del giudice.

⁹³⁵ Chiaramente, la pubblicazione dei profili dei singoli giudici dovrebbe in ipotesi essere limitata alle informazioni suscettibili di pubblicazione. Da escludere, cioè, l'apertura al pubblico di tutte le informazioni menzionate *supra*, §§ 1.1. ss., disponibili solo per il C.s.m. o l'autorità giurisdizionale, oltreché per il diretto interessato.

⁹³⁶ Riconosce la suddetta funzione, di recente, B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 211.

⁹³⁷ *Supra*, I, § 3.

⁹³⁸ V. anche M. VERDUSSEN, *Des juges socialement responsables*, in *La Libre*, 13 luglio 2007, consultabile al presente link: <https://www.lalibre.be/debats/opinions/2007/07/13/des-juges-socialement-responsables-GPAQ3WLW75CVLW2B3WR342R7U/>. Nella medesima direzione, tra gli altri, M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, pp. 15 ss.; nonché E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, 1978, pp. 143 ss.

Da un tale angolo visuale, quello che in definitiva attiene al cuore della politica dell'interpretazione⁹³⁹, si può riconoscere con serena evidenza come la decisione giudiziaria non si riduca a «un atto di pura tecnica», ma si riveli nel contempo un «atto di coscienza» in ordine a ciò che è giusto⁹⁴⁰ e a ciò che non lo è (o lo è in misura minore⁹⁴¹).

1.4.1. L'esposizione personale come necessario presupposto per la legittimazione del potere giudiziario.

L'adozione di comportamenti socialmente responsabili da parte dei singoli magistrati, come suggerisce una pacifica e basilare conclusione della letteratura aziendalistica agevolmente esportabile, detiene una considerevole importanza strategica, giacché incrementa i livelli di legittimazione⁹⁴² del potere giudiziario nel suo complesso.

Lo strumento primario – lo si è già accennato⁹⁴³ – in virtù del quale l'operato del suddetto potere diviene oggetto di accettazione sociale e quindi si legittima, rimane la motivazione della sentenza. La motivazione deve divenire sempre più comprensibile anche per il noto *deficit* di rappresentanza popolare del quale la magistratura è chiamata a farsi carico; *deficit* tanto più pesante nella materia penale; e tanto più delicato alla luce di quelle consapevolezze antiformalistiche⁹⁴⁴ per cui non esiste una unica verità giuridico-processuale sul piano interpretativo e valutativo.

Il contenuto che necessita di essere veicolato – si rammenterà anche questo⁹⁴⁵ – è in definitiva l'itinerario di ragionevolezza logico-giuridico-valoriale della soluzione data al caso di specie. Proprio perché la ragionevolezza passa attraverso un'attività di persuasione della pluralità di scelte effettuate, isolatamente e complessivamente considerate, per giungere alla decisione, si può guardare all'esposizione personale del singolo soggetto giudicante come a un fattore di responsabilizzazione. A tutt'oggi, l'esposizione ha luogo mediante l'indicazione pubblica dei nomi dei giudici persone

⁹³⁹ Per richiamare un recente lavoro di M. DONINI, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in *Lo Stato*, 2022, 2, pp. 359 ss. V. anche quanto articolato *supra*, I, § 3.1.

⁹⁴⁰ B. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., p. 208.

⁹⁴¹ Sul diritto che «più di ogni altra istituzione nella quale si prendono delle decisioni, si impegna ad accettare risposte... subottimali», v. le riflessioni di F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*, cit., p. 295.

⁹⁴² U. KOCOLLARI, *Aspetti fondanti in tema di responsabilità sociale d'impresa*, in F. BALLUCCHI-K. FURLOTTI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese: un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, II ed., Giappichelli, 2019, p. 48.

⁹⁴³ *Supra*, I, § 1.1.2.

⁹⁴⁴ Cfr. nuovamente *supra*, I, §§ 3 ss.

⁹⁴⁵ *Supra*, I, § 5.4.

fisiche⁹⁴⁶, in formazione monocratica o collegiale, che hanno emesso la sentenza. Anche se, bisogna osservare, nel nostro ordinamento essa non è affetta da nullità per mancanza di indicazione dei relativi nominativi, ma solo per mancanza di sottoscrizione: art. 546 comma 3 c.p.p.

La responsabilizzazione attiene non soltanto al piano strettamente giuridico, ma pure a quello propriamente sociale, per come quest'ultimo può essere inteso sulla scorta dei rilievi poc'anzi articolati. Indicare in ogni decisione il nome del giudice non significa, cioè, soltanto che in sede di impugnazione, in sede di valutazione di professionalità, in sede disciplinare e in sede civile ogni decisione risulta riconducibile a un determinato membro dell'ordine magistratuale. Significa pure, dinanzi alle parti e alla collettività, che quel determinato soggetto risponde personalmente di come abbia amministrato in concreto la giustizia, più o meno ragionevolmente sintetizzando i valori necessitanti di attuazione nei singoli casi decisi⁹⁴⁷.

Collocata dunque l'esposizione personale quale condizione istituzionale di responsabilità sociale⁹⁴⁸, si può ora comprendere perché un ipotetico sistema profilatorio, in quanto nominativo per definizione, appare obiettivamente funzionale alla promozione della responsabilità sociale di ciascun giudice. E dunque un sistema dotato di verosimile capacità incrementale rispetto all'esercizio dei diritti e delle garanzie individuali e collettive più basilari: anzitutto quelle discendenti dal principio della sovranità popolare⁹⁴⁹. E dunque, in definitiva, almeno in quest'ottica, un sistema idoneo a incrementare i livelli di legittimazione del potere giudiziario.

Come si vuole un giudice soggetto soltanto alla legge, così – a mezzo della profilazione – non si può negare che i singoli provvedimenti rimarrebbero più facilmente soggetti a controllo attraverso la «critica dell'opinione pubblica»⁹⁵⁰. La quale, a ben

⁹⁴⁶ Connette la responsabilità al carattere nominativo dei provvedimenti giudiziari, T. PERROUD, *L'anonymisation des décisions de justice est-elle constitutionnelle? Pour la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de publicité de la justice*, in *JP blog*, 11 marzo 2019.

⁹⁴⁷ Con ciò non si intende, peraltro, inferire che questa ragionevolezza sia l'unica dimensione di responsabilità sociale da dover considerare, anche se probabilmente è la più alta e la più importante. I c.d. bilanci di responsabilità sociale – oggi prodotti, come noto, da alcuni uffici giudiziari e non da singoli magistrati – solitamente rendicontano, per esempio, l'attività svolta in rapporto alle risorse impiegate: anche l'efficienza in senso lato, infatti, detiene una indubbia rilevanza sociale.

⁹⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 617.

⁹⁴⁹ Secondo S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Vallardi, 1959, p. 503, «la sentenza riguarda – e deve solo riguardare per definizione – le parti: eppure è resa pubblica, cioè diventa un atto di tutti, perché è veramente un atto che, come la legge, promana da tutti (in nome del popolo italiano...)».

⁹⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 616. Critica per quelli che, della sentenza, siano eventualmente «i ritardi»; «per l'infondatezza delle loro motivazioni»; «per la scarsa attenzione alla

vedere, per essere realmente fondata e autenticamente costruttiva, a sua volta si legittima dentro il discorso pubblico allorquando si ponga al di fuori di doglianze generiche e approssimative concernenti «i mali della giustizia», ma risulti piuttosto «argomentata e documentata... rivolta ai singoli giudici e ai loro concreti provvedimenti», sul piano delle singole scelte di valore e al di là delle «apparenze tecnico-giuridiche»⁹⁵¹.

Resta allora da verificare, a fronte dei benefici in termini di monitoraggio delle *performances* e di controllo per come fin qui declinati, quale consistenza abbiano i costi della profilazione nel presente ambito. Se cioè una tale esposizione personale, che attraverso uno strumento profilatorio genererebbe verosimilmente una forma di significativa sovraesposizione del giudice, appaia o meno – oltretutto legittima – condivisibile.

specificità dei fatti». In sostanza, «per la lesione o comunque il non rigoroso rispetto delle garanzie»: ID., *Giustizia e politica*, cit., p. 250.

⁹⁵¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 617.

SEZIONE II

2. Standardizzazione dei profili e ulteriori effetti pratici pregiudizievoli della sovraesposizione informatica.

2.1. Costi accessori.

2.1.1. Quantitativismo giudiziario.

Malgrado più sopra siano state messe in luce le ipotetiche – e ambiziose – applicazioni del *judge profiling* volte a valorizzare il versante qualitativo dell'amministrazione della giustizia, bisogna riconoscere che il versante quantitativo potrebbe in ogni caso pesare indebitamente sull'operato del giudice. Vediamone dunque, a titolo meramente esemplificativo, alcune verosimili ricadute pratiche. Le quali saranno trattate alla stregua di «costi accessori» poiché, coerentemente a quanto chiarito a suo tempo⁹⁵², appaiono dipendere non dall'incidenza di un sistema profilatorio intelligente come tale; ma dall'incidenza del suddetto sistema all'interno del nostro ordinamento, ossia alla luce dell'assetto legislativo e giurisprudenziale attualmente vigente.

Passando in rassegna le prime tre aree in cui il monitoraggio delle *performances* e il controllo avrebbero luogo attraverso la profilazione, ci si può anzitutto soffermare sulle valutazioni di professionalità. In particolare, con riguardo al rapporto tra provvedimenti adottati e non confermati nelle successive fasi o gradi di giudizio, appare verosimile che, per non rischiare di incorrere in conseguenze negative, il giudice in sede di decisione finisca per attestarsi “difensivamente” sull'orientamento maggioritario. Così, infatti, vi sarebbero molte meno probabilità di vedere riformata la sua sentenza dalla corte d'appello o di cassazione.

Si tratterebbe insomma di un altro tipo di condizionamento suscettibile di minare l'indipendenza del magistrato⁹⁵³. Un tale condizionamento, peraltro, a nostro avviso è stato già introdotto nel sistema per effetto del recente art. 3 comma 1 lettera *h* l. n. 71/2022⁹⁵⁴, cioè a prescindere dall'impiego di un ipotetico strumento profilatorio intelligente. Come si comprende, però, l'implementazione di quest'ultimo, rendendo

⁹⁵² *Supra*, III, § 2.

⁹⁵³ V., per un altro verso, quanto osservato *supra*, III, §§ 2.1.2. e 2.1.3.

⁹⁵⁴ Di cui si è detto *supra*, § 1.1.

possibile un controllo tendenzialmente completo delle decisioni adottate dal giudice d'interesse⁹⁵⁵, potrebbe costituire una leva di pressione ancora più forte nei suoi confronti.

Analogamente, per il medesimo verosimile effetto pregiudizievole che ne conseguirebbe, bisogna concludere in relazione al c.d. illecito interpretativo, disciplinare o civile, di cui si è detto⁹⁵⁶. Là dove, per l'appunto, l'impiego della profilazione si affermasse allo scopo di accertare più efficacemente ed efficientemente – alla luce degli *individual precedents* del giudice d'interesse – la «grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile» ex art. 2 comma 1 lettera g d. lgs. 23 febbraio 2006 n. 109 ovvero la «colpa grave» nell'attività interpretativa ex art. 2 comma 3 l. 13 aprile 1988, n. 117.

Un'altra forma di quantitativismo, ora non considerato come indebito peso della giurisprudenza quantitativamente prevalente ma come indebito sovradimensionamento dell'analisi quantitativa, potrebbe venire in rilievo sempre nelle valutazioni di professionalità, con riguardo al giudizio sulla capacità del magistrato verificando la corretta conduzione o meno delle udienze. A suo tempo abbiamo escluso la configurabilità di un sistema di sorveglianza mediante registrazione continua dello svolgimento delle stesse. Nondimeno, se comunque si introducesse un controllo quantitativo in base all'analisi di tutti i relativi verbali⁹⁵⁷, dovrebbe prestarsi particolare attenzione alle prassi dei valutatori, allo scopo di scongiurare il discendere di determinati effetti pratici pregiudizievoli, e per conseguenza indiretta la produzione di *output* decisionali ingiusti.

Ipotizziamo ad esempio che si affermi in via di fatto la prassi di guardare alla elevata frequenza con cui il giudice abbia integrato l'esame ex art. 506 comma 2 c.p.p. quale criterio di valutazione negativa dell'equilibrio o addirittura dell'imparzialità di costui, verificando appunto numericamente le domande poste nel corso di tutti i processi del quadriennio. In tale evenienza, quel giudice verosimilmente adotterebbe un particolare *self-restraint*. Mosso dal timore di ripercussioni negative, nel dubbio farà sempre una domanda di meno nonostante l'eventuale necessità della stessa, acquisendo così un elemento conoscitivo – ipoteticamente di considerevole rilievo – in meno, con tutto ciò che patologicamente ne deriverebbe per l'assunzione della decisione.

Una ulteriore forma di quantitativismo, ora considerato come indebito sovradimensionamento della componente quantitativa ai fini della valutazione della laboriosità del magistrato, aveva in parte già preso piede – come noto – in relazione alla questione dei ritardi nell'adozione dei provvedimenti.

⁹⁵⁵ V. *supra*, § 1.1.1.

⁹⁵⁶ *Supra*, rispettivamente ai §§ 1.2.1. e 1.3.1.

⁹⁵⁷ V. necessariamente ancora *supra*, § 1.1.1.

Per evitare il rischio di valutazioni negative, si era infatti registrata la tendenza a fare quantità, per l'appunto, nella definizione dei fascicoli, più o meno spesso a discapito di una dedizione qualitativamente orientata al giudizio sui casi pendenti⁹⁵⁸. Per questo è stato salutato con favore il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale disciplinare particolarmente rigoroso, già ricordato più sopra, in ordine all'apprezzamento delle cause di giustificazione dei ritardi. Nonostante ciò, è da segnalare che, per esplicitate ragioni di efficienza processuale intesa prevalentemente in termini di celerità dei procedimenti, l'art. 3 comma 1 lettera *h* l. n. 71/2022 in materia di valutazioni di professionalità ha messo in primo piano il dato della «tempestività» decisionale⁹⁵⁹. Da ciò dovendone discendere, almeno a voler osservare l'intenzione del legislatore e la *ratio* della disciplina, una rinnovata valorizzazione dei tempi della giustizia in quanto tali; *a fortiori*, altresì, in ambito disciplinare.

Dovremo attendere il prossimo futuro per vedere se il legislatore delegato specificherà anche solo minimamente la disposizione in discorso; e, più in generale, il modo in cui nella pratica la produttività dei magistrati sarà oggetto di valutazione. Certo è che uno strumento profilatorio si presta naturalmente a offrire una panoramica anzitutto quantitativa della produzione del giudice d'interesse, con il verosimile effetto – soprattutto in questo clima di urgenza efficientistica – di attribuire sempre maggiore rilevanza alla quantità di provvedimenti emessi. E dunque di indurre il giudice, di fronte all'alternativa tra il sacrificare la qualità o la quantità, ad optare per la prima soluzione.

2.2. Costi strutturali.

2.2.1. Personalizzazione della giustizia. Rinvio.

Venendo ora ai costi strutturali, cioè ai costi verosimilmente da sopportare per il solo fatto di introdurre un sistema profilatorio intelligente, bisogna anzitutto riconoscerne l'idoneità a compromettere la concezione istituzionale della giustizia. La medesima, recepita da quasi tutta la tradizione europea, è stata altrove già oggetto di discussione, allorquando abbiamo preso in esame le ragioni a fondamento del divieto di profilazione nell'ordinamento francese.

Rinviamo pertanto a quella sede la trattazione⁹⁶⁰, qui dovendo piuttosto precisare che – malgrado, a tutta prima, possa apparire contraddittorio – è il medesimo principio della sovranità popolare nell'amministrazione della giustizia a pretendere, insieme a un

⁹⁵⁸ Cfr. C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 128.

⁹⁵⁹ V. anche *supra*, § 1.1.

⁹⁶⁰ *Supra*, II, § 3.2.

giudice socialmente responsabile, una giustizia rigidamente istituzionale. Per un verso, infatti, si conviene senz'altro nel guardare all'esposizione personale, e dunque a una certa personalizzazione della magistratura, come al presupposto della responsabilità sociale del soggetto giudicante⁹⁶¹ in ottica di massimizzazione del coinvolgimento della collettività e in definitiva di legittimazione del potere giudiziario. Per altro verso, però, la verosimile sovraesposizione pubblicomediata del giudice derivante dalla profilazione si potrebbe tradurre in una personalizzazione della giustizia, la quale costituisce un presupposto incompatibile con la necessità che la sentenza venga emessa nel nome della generalità dei consociati anziché nel nome della singolarità del giudice persona fisica.

Una tale necessità, com'è a tutti noto, costituisce il corollario di una fondamentale opzione di valore: alla magistratura si accede esclusivamente tramite concorso (art. 106 comma 1 Cost.), adottando la verifica di un'adeguata competenza tecnica come unico criterio selettivo e conseguentemente proibendo qualsivoglia meccanismo elettivo popolare, in ottica di minimizzazione delle decisioni politicamente orientate⁹⁶². La *ratio* della disposizione va dunque rinvenuta nel garantire, anche per tale via, l'indipendenza c.d. esterna dell'ordine magistratuale, disincentivando legami, aderenze e influenze politiche altrimenti inevitabili e assicurando sulla carta un opportuno pluralismo⁹⁶³.

Il cerchio si chiude rammentando la non necessità della profilazione a fini di responsabilizzazione, giacché quest'ultima risulta teoricamente già garantita dal divieto di anonimato di tutti i provvedimenti giudiziari. E dovrebbe essere praticamente promossa investendo su di una strategia comunicativa, della magistratura verso la società, attraverso l'ufficio e non il singolo giudice, realmente efficace.

2.2.2. *Pericoli per il giudice.*

La medesima sovraesposizione, da un ipotetico sistema di profilazione generata, verosimilmente aumenterebbe pure i rischi per l'incolumità della persona del giudice e dei suoi familiari. La questione ha pesato nella scelta politica della Francia di chiudere drasticamente allo strumento profilatorio nei confronti dei membri del potere giudiziario; e anche in quella degli Stati Uniti di chiudere alla pubblicazione di alcune informazioni personali degli stessi. Deve dunque rinviarsi a più sopra⁹⁶⁴, per i necessari rilievi in punto

⁹⁶¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 617; nonché *supra*, § 1.4.1.

⁹⁶² Cfr., tra gli altri, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 197 e bibliografia ivi riportata; G. OBERTO, *Reclutamento, formazione e carriera dei magistrati nell'ordinamento giuridico e costituzionale italiano*, in *Giacomooberto.com*, 2000, § 5.

⁹⁶³ Cfr. G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, cit., p. 527.

⁹⁶⁴ II, § 2.4. sugli Stati Uniti e § 3.2. sulla Francia.

di *ratio*, ambito di applicazione dei provvedimenti e urgenze pratiche alle quali si è inteso rispondere.

Qui va nondimeno precisato che, va da sé, molto dipende dal tipo di informazioni inserite in un eventuale piattaforma di *judge profiling* disponibile per il pubblico. Limitarsi, per esempio, alla rappresentazione delle statistiche concernenti gli *individual precedents* del singolo giudice non risulterebbe opzione foriera di criticità al pari di quella di indicare l'indirizzo di residenza del medesimo.

Riflessione diversa è quella secondo cui, pur non giungendo alla pubblicazione di informazioni strettamente personali, comunque i rischi per la incolumità del magistrato non apparirebbero sufficientemente neutralizzati. Si pensi alle conseguenze derivabili dalla diffusione mediatica di uno o più nomi di giudici che in alcune zone geografiche del Paese si dovessero contraddistinguere – nella costruzione della notizia, da parte della stampa – per l'adozione di decisioni particolarmente severe ovvero particolarmente indulgenti in relazione ad alcune tipologie di affari loro sottoposte. Alquanto verosimile ritenere, a tal proposito, che la stampa non provvederebbe a restituire le statistiche di quei magistrati con un adeguato grado di analiticità, contestualizzazione e rigore tecnico. Senza muovere da presunzioni pregiudicanti verso la professione giornalistica, occorre comunque constatare la sussistenza di alcuni limiti della divulgazione strutturalmente impeditivi del soddisfacimento delle esigenze appena menzionate.

Pure l'attenzione ai pericoli in discorso, come è del tutto ovvio, si connette in via diretta alla tutela dell'indipendenza e della serenità di giudizio dei membri del potere giudiziario. Con l'auspicio dell'assolvimento effettivo, da parte del legislatore, dell'obbligo di creare e mantenere tutte le condizioni necessarie affinché il giudice possa svolgere le proprie funzioni senza il timore di subire ritorsioni.

RILIEVI CONCLUSIVI

Sommario: 1. Costi e benefici sistemici della profilazione del giudice: un bilancio complessivo. – 2. Alla ricerca di un punto di equilibrio, nella realtà dell'intelligenza artificiale.

1. Costi e benefici sistemici della profilazione del giudice: un bilancio complessivo.

Avviandoci alla conclusione del lavoro, si possono tirare le fila dell'analisi compiuta tentando di rappresentare graficamente la panoramica di benefici e costi sistemici derivanti dall'introduzione di un sistema di *judge profiling*.

Il grafico, come si sta per vedere, dà unitariamente conto dei benefici e dei costi relativi all'ipotetico impiego della profilazione a fini predittivi⁹⁶⁵ e a fini di controllo⁹⁶⁶.

L'obiettivo di saggiarne *ex ante* l'impatto è stato perseguito, come a suo tempo premesso⁹⁶⁷, adottando il criterio della verosimiglianza. L'incidenza della profilazione su determinati diritti e garanzie di pertinenza individuale o collettiva, cioè, è stata rilevata considerandone determinati effetti pratici di verosimile verificaione.

Dell'impatto, all'interno del grafico, sono separatamente indicate le dimensioni della portata (asse orizzontale) e dell'intensità (asse verticale). Il criterio della verosimiglianza informa anche le suddette dimensioni, ossia l'individuazione dei singoli diritti e delle singole garanzie individuali o collettivi sui quali la profilazione inciderebbe (portata dell'impatto); e la quantificazione dell'incidenza positiva o negativa che ne deriverebbe (intensità dell'impatto).

I benefici (colore verde), nell'ambito della presente ricerca, indicano della profilazione la capacità incrementale, per come quest'ultima è stata intesa⁹⁶⁸, rispetto ad alcuni diritti e garanzie oggetto di attenzione. I costi (colore rosso), dal canto loro, indicano della profilazione l'idoneità concreta a cagionare effettivi *vulnera* ad altri diritti e garanzie presi in esame; e saranno cromaticamente differenziati a seconda che si tratti di costi strutturali (rosso più scuro) ovvero accessori (rosso più chiaro), per come questi

⁹⁶⁵ Sul quale si è riflettuto *supra*, III.

⁹⁶⁶ Sul quale si è riflettuto *supra*, IV.

⁹⁶⁷ *Supra*, II, § 4.

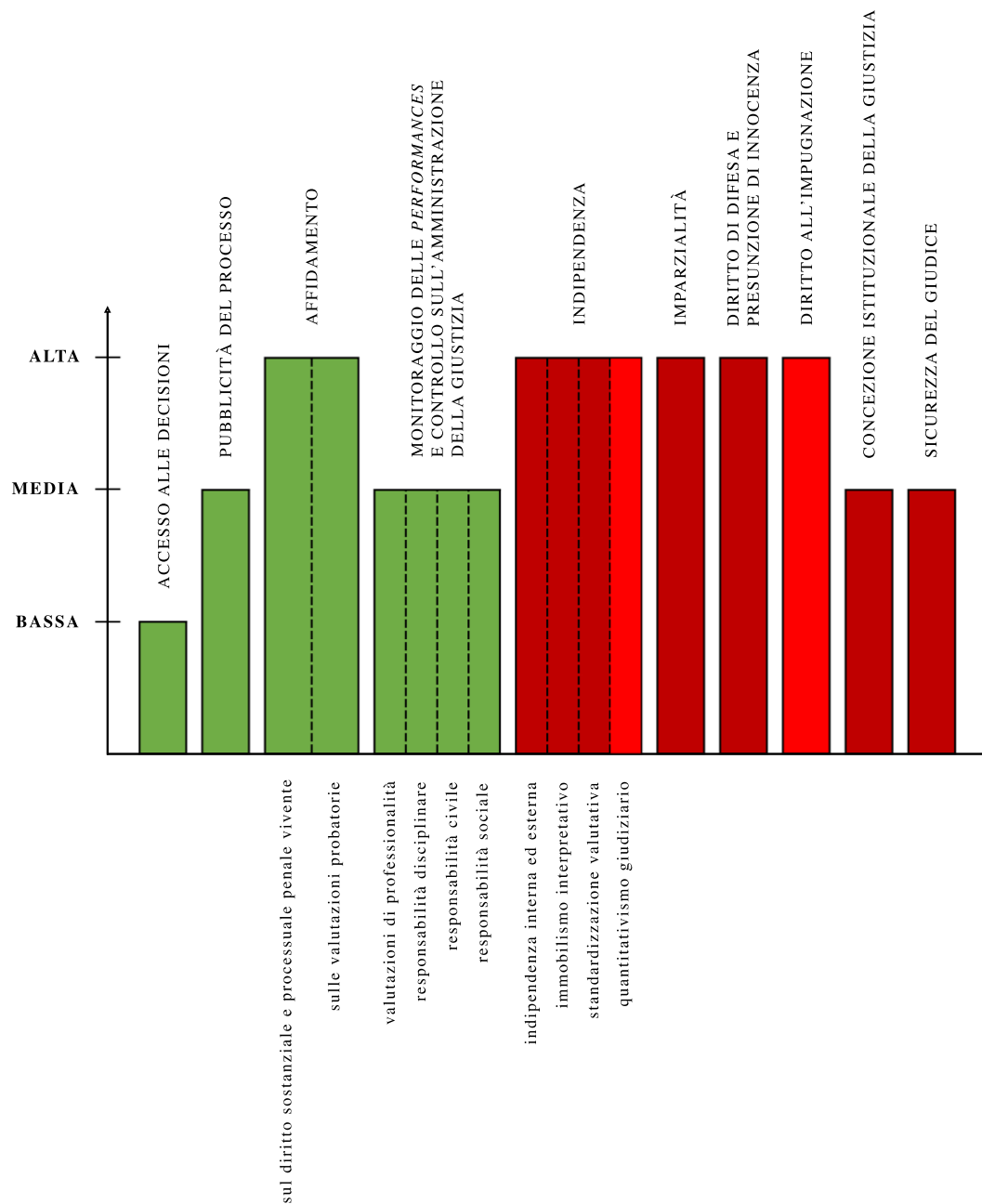
⁹⁶⁸ *Supra*, II, § 4.

ultimi sono stati intesi⁹⁶⁹. Logico che, nel riflettere sull'opportunità o meno di introdurre un sistema di profilazione ovvero di introdurlo adottando particolari accorgimenti, i costi accessori presentano un peso diverso rispetto a quelli strutturali in quanto, dipendendo dall'assetto della legislazione e del diritto vivente, essi potrebbero essere minimizzati o eliminati modificando la legge o la sua interpretazione.

Né all'interno né all'esterno del grafico, si deve precisare, detiene una significativa utilità distinguere tra impatto di breve, medio e lungo periodo. I motivi si possono desumere dall'analisi condotta nel corso del lavoro, ma sinteticamente risiedono nella ritenuta sostanziale omogeneità dell'incidenza della profilazione nel corso del tempo⁹⁷⁰. Il corso del tempo, cioè, risulterebbe un fattore di cristallizzazione dei verosimili effetti positivi o negativi presi in esame. Ma, com'è ovvio, non vi è certezza in relazione a eventuali ulteriori benefici o costi che ad esempio nel lungo periodo potrebbero registrarsi.

⁹⁶⁹ *Supra*, III, § 2.

⁹⁷⁰ Salvo quanto si preciserà *infra*, nt. 971, circa il beneficio in termini di incremento di responsabilizzazione sociale del giudice e il costo in termini di personalizzazione della giustizia.



Una tale prospettazione, con specifico riguardo alla quantificazione dell'ipotetica intensità dell'impatto, va giustificata.

Anzitutto, ovviamente, l'unico parametro assunto come rilevante ai fini dell'intensità – ma lo stesso vale per la portata – è quello giuridico. In particolare, lo si è visto, quello processualpenalistico; e giocoforza alla luce dei principi costituzionali e convenzionali volta a volta d'interesse. Bisogna inoltre chiarire che l'intensità è stata considerata «bassa», «media» o «alta» in base alla quantità e alla qualità delle verosimili implicazioni giuridiche, teoriche e pratiche, discendenti da un sistema di profilazione del giudice. A questo fine, è stato determinante riflettere sul contenuto, e dunque necessariamente sulle *rationes*, dei diritti e delle garanzie interessati dall'impatto.

L'aver indirizzato l'attenzione con esclusività alle implicazioni giuridiche, peraltro, non ha equivalso a escludere l'impiego di alcune imprescindibili, e spesso elementari, nozioni sociopsicologiche. La circostanza si comprende rammentando non solo che la perfetta impermeabilizzazione di una disciplina dalle altre è nella sostanza impraticabile; ma pure che, discorrendo di *judge profiling*, in più di una occasione si è dovuto discorrere di condizionamento dello strumento in parola nei confronti dei giudici, ossia di un fenomeno sociopsicologico.

Tanto premesso, non è possibile qui ripetere integralmente tutte le ragioni a sostegno dei singoli livelli di intensità, dovendosi piuttosto rinviare a più sopra, vale a dire alle sedi in cui le relative analisi sono state condotte. Per ciò, nel tentativo di agevolarne la consultazione, all'interno del grafico sono presenti esclusivamente riferimenti ai titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi del lavoro⁹⁷¹.

⁹⁷¹ Alcuni chiarimenti in ordine alla quantificazione dell'intensità dell'impatto in determinati in ambiti.

Circa il diritto di accesso alle decisioni, si è registrato un beneficio di bassa intensità perché un ipotetico strumento profilatorio dei giudici in quanto tale, con l'accesso alle decisioni, presenta un nesso tutto sommato labile. Il quale si coglie solo in relazione al fondamento per così dire secondario del diritto, cioè all'accessibilità delle decisioni passate in chiave di prevedibilità delle decisioni future. Inoltre, il suddetto nesso non indica neppure una piena funzionalità tra lo strumento profilatorio e il diritto in parola, per la ontologica diversità che tra il paradigma della prevedibilità e quello della predicibilità intercorre. V., comunque, necessariamente *supra*, III, § 1.1.

Circa la garanzia dell'indipendenza del soggetto giudicante, con particolare riferimento alla standardizzazione valutativa – speculare al beneficio legato alla tutela dell'affidamento sulle valutazioni probatorie – per registrare un costo di alta intensità è sufficiente riflettere sulla irragionevolezza della standardizzazione in rapporto alle particolarità di ogni caso da decidere. A ciò si aggiunga che, oltre alla compressione del principio del libero convincimento del giudice, a suo

Alla luce dei risultati della ricerca, bisogna piuttosto ora osservare, un ipotetico sistema di profilazione del giudice comporterebbe un impatto dalla significativa portata, dato il numero e l'importanza dei diritti e delle garanzie coinvolti. Inoltre si tratterebbe di un impatto dalla intensità complessiva medio-alta, a prescindere dalla sua incidenza in termini di benefici ovvero di costi. Sarebbe dunque opportuno, per il legislatore presente e futuro, vagliare attentamente le opzioni di intervento o di non intervento.

Posto ciò, volendo stilare un bilancio complessivo⁹⁷², non solo emerge il superamento quantitativo dei costi rispetto ai benefici; ma soprattutto che i costi detengono, rispetto ai benefici, un peso qualitativamente diverso e superiore. La

tempo è stata considerata pure la compressione del diritto al contraddittorio per la formazione della prova. V., comunque, necessariamente *supra*, III, § 2.1.5.

Circa la garanzia della presunzione d'innocenza, si è registrato un costo di alta intensità totalmente a prescindere dalla frequenza dell'impatto. Potrebbe infatti darsi che, nel singolo processo, l'indebito condizionamento delle statistiche derivi da *individual precedents* assolutori del giudice chiamato a decidere. Non è dato ipotizzare, dunque, una compressione sistematica della presunzione d'innocenza. Ma il costo rimane senz'altro assai elevato, in quanto – ragionando per assurdo – l'incidenza della profilazione deve guardarsi come massimamente negativa anche qualora l'effetto pregiudizievole dovesse ricadere soltanto su di una persona. V., comunque, necessariamente *supra*, III, § 2.1.6.

Circa il beneficio legato all'incremento di responsabilizzazione sociale del giudice profilato, e il costo legato alla deistituzionalizzazione della giustizia, si è registrata una media intensità perché si è ritenuto di indicare un livello di intensità intermedia tra la verosimile incidenza della profilazione nel breve periodo e la verosimile incidenza della profilazione nel medio e lungo periodo. Nel breve periodo, infatti, l'incremento di responsabilizzazione sociale del giudice profilato risulta verosimilmente elevato, in quanto la consultazione dei vari profili consentirebbe di delineare differenze anche considerevoli tra di essi. Nel medio e lungo periodo, tuttavia, il medesimo incremento risulta verosimilmente basso, tenendo conto dell'incidenza pregiudizievole della profilazione sul piano dell'indipendenza interna ed esterna del giudice, e in termini di immobilismo interpretativo, standardizzazione valutativa, quantitativismo giudiziario. In concreto, si vorrebbe dire, tanto più i profili dei magistrati si dovessero allineare su di un medesimo modello, tanto meno gli stessi magistrati si sentirebbero personalmente esposti per le loro modo di amministrare la giustizia. Così, anzi, la standardizzazione innescherebbe un patologico fenomeno di deresponsabilizzazione. Lo stesso, poi, sembra valere a proposito del *vulnus* alla concezione istituzionale della giustizia in termini di sua eccessiva personalizzazione. Anche la personalizzazione, difatti, nel breve periodo risulta elevata per giungere a risultare bassa nel medio e lungo periodo, e sempre a causa dell'allineamento delle statistiche dei singoli giudici profilati. Prospettandosi un tale scenario, inoltre, nel medio e lungo periodo emergerebbero sempre più quei giudici che continuassero a differenziarsi rispetto alle altrui statistiche standardizzate. A quel punto, però, a seconda dell'angolo visuale prescelto essi diverrebbero giudici eccessivamente responsabili ovvero eccessivamente protagonisti, per dir così. Ciò implicherebbe pure che, considerando il medio e lungo periodo, tra benefici legati alla responsabilizzazione sociale e costi legati alla personalizzazione della giustizia, vi sarebbe almeno un costo in più. V., comunque, necessariamente *supra*, IV, §§ 1.4.1. e 2.2.1.

⁹⁷² E rammentando in ogni caso la classificazione del *judge profiling* come sistema d'i.a. «ad alto rischio» ai sensi dell'art. 6 paragrafo 3 c.d. *A.I. Act*: v. più approfonditamente *supra*, II, § 4.

prospettazione offerta poc'anzi, insomma, può essere utile appunto come prospettiva, cioè per descrivere (in via fisiologicamente provvisoria) la gamma dei risvolti giuridico-penali in gioco allorquando si faccia questione di *judge profiling*. Ma data l'importanza, per esempio, della tutela della garanzia dell'indipendenza del giudice, ben si comprende che un costo rappresentato da un *vulnus* alla medesima, semplicemente, non è meritevole di essere sopportato. Che, a ben vedere, per assicurare il pieno esercizio di determinati diritti e garanzie fondamentali la profilazione non è necessaria, risultando piuttosto una forma di *overtreatment*. E dunque che, almeno per quanto concerne una ipotetica piattaforma aperta al pubblico a fini predittivi, alla profilazione del giudice bisognerebbe chiudere.

2. Alla ricerca di un punto di equilibrio, nella realtà dell'intelligenza artificiale.

A diversa conclusione, va detto, potrebbe giungersi con riguardo a una ipotetica piattaforma di profilazione esclusivamente a disposizione dell'autorità giudiziaria e di quella ministeriale, concepita per il monitoraggio delle *performances* e il controllo sull'amministrazione della giustizia. I risultati della ricerca in quell'ambito hanno infatti evidenziato, al netto del costo accessorio andato sotto l'etichetta di "quantitativismo", l'insussistenza di costi strutturali⁹⁷³.

L'accessorietà del costo, come oramai è chiaro, consente un discreto margine di manovra perché implica la rimediabilità dell'impatto negativo dell'eventuale strumento profilatorio. Il punto allora diventerebbe riformare il sistema delle valutazioni di professionalità e della responsabilità disciplinare, in parte attraverso il consolidamento di una buona interpretazione dell'assetto vigente e in parte attraverso l'intervento modificativo del legislatore, per disinnescare efficacemente a monte il suddetto quantitativismo.

La profilazione, insomma, non apparirebbe di per sé critica allorquando venisse introdotta a condizioni mutate, cioè in un ordinamento nel quale professionalità e illeciti disciplinari fossero sindacati in virtù di criteri idonei a valorizzare adeguatamente la dimensione qualitativa dell'attività giurisdizionale. Certo, a seconda dell'autorità procedente bisognerebbe contemplare un triplo canale informativo. A suo tempo, si è infatti osservato che le informazioni accessibili per il Ministro della giustizia in sede ispettiva dovrebbero essere oggettivamente e soggettivamente limitate, e in analogia

⁹⁷³ I costi legati alla personalizzazione della giustizia e alla sicurezza del giudice – sui quali v. rispettivamente *supra*, IV, §§ 2.2.1. e 2.2.2. – sono stati preventivati in base alla verosimile incidenza pubblicomediatica delle statistiche del soggetto profilato nei confronti di quest'ultimo. Se dunque dal discorso si eliminano gli effetti dello sguardo della collettività, quei costi vengono meno.

quelle accessibili per il Procuratore generale presso la Corte di cassazione⁹⁷⁴; non così, invece, per il Consiglio superiore della magistratura, in qualità di organo di autogoverno⁹⁷⁵. Il giudice competente ad accertare l'eventuale illecito interpretativo in sede civile, poi, dovrebbe poter accedere solo alle informazioni concernenti gli *individual precedents*, uniche rilevanti per la decisione da assumere⁹⁷⁶.

Valorizzare debitamente la dimensione qualitativa, peraltro, significherebbe anche incidere in un senso più profondo sugli scenari futuri. Si può difatti rilevare che impiegando l'i.a. – come assai verosimilmente verrà impiegata – per le finalità in discorso, volenti o nolenti ne uscirà delineato il profilo del giudice modello, diciamo così. Gioco forza, cioè, ad esempio in sede di valutazioni di professionalità finirà per essere individuata la fisionomia delle statistiche che ripaga di più o di meno, a seconda dei casi⁹⁷⁷.

Un tale scenario futuro interesserebbe non solo la valutazione del magistrato, ma pure la comparazione tra magistrati allo scopo di conferire gli incarichi direttivi e semidirettivi (c.d. dirigenza giudiziaria). Lo *score* più o meno elevato – più o meno aderente al profilo del giudice modello – di ciascun candidato fonderebbe quantomeno un elemento significativo, in sede di conferimento. Di qui, dunque, l'urgenza ancor più avvertita di comprendere «come accertare le attitudini»⁹⁷⁸ di chi concorre per il ruolo di vertice evitando di consacrare la dimensione quantitativa a dimensione dominante. Anche perché, con una certa logica semplicità, il passo immediatamente successivo è quello di una i.a. *ad hoc* addestrata a predire le future *performances* dei magistrati soggetti a comparazione; e quindi di conferire gli incarichi non solo in base a ciò che il giudice abbia già fatto ma pure in base a ciò che il giudice probabilmente farà.

Se poi dovessimo immaginare un domani in cui una parte delle cause penali venga trattata e decisa in via automatizzata direttamente dall'i.a., il grado di aderenza al profilo

⁹⁷⁴ V. *supra*, IV, § 1.2.

⁹⁷⁵ V. *supra*, IV, § 1.1.

⁹⁷⁶ V. *supra*, IV, § 1.3.

⁹⁷⁷ Un passo decisivo in questa direzione è l'articolazione del giudizio positivo di professionalità in «discreto», «buono» e «ottimo» con specifico riferimento «alle capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro» ex art. 3 comma 1 lettera c l. n. 71/2022. Ma il fatto stesso di contemplare una tale differenziazione rischia di sortire effetti fortemente delegittimanti sull'opinione pubblica e sull'individuo in particolare, il quale sarebbe nelle condizioni di pretendere che il giudice assegnatario del fascicolo che lo riguarda sia quello con la valutazione più alta. Sulle c.d. pagelle il C.s.m. si è espresso negativamente: <https://www.ildubbio.news/giustizia/non-vogliamo-le-pagelle-lultimo-anatema-dei-magistrati-qc2igwyd>.

⁹⁷⁸ Pongono l'interrogativo F. PALLANTE-L. PEPINO, *Il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi*, in G. FERRI (a cura di), *op. cit.*, p. 13; ai quali si rinvia anche per la trattazione della materia della dirigenza giudiziaria: pp. 3 ss.

ideale poc'anzi accennato potrebbe risultare determinante a fini di selezione dei magistrati, cioè allo scopo di individuare quale sia il giudicante umano più adeguato a celebrare i processi più complessi o comunque più rilevanti.

La medesima prospettiva di selezione, oltretutto per assegnare gli *high-profile cases* agli *high-profile judges*⁹⁷⁹, potrebbe venire altresì in rilievo già per l'ingresso nell'ordine magistratuale, conformando ai caratteri tipici del giudice modello eventuali *test* psicoattitudinali⁹⁸⁰, sulla cui introduzione si sta attualmente discutendo nel circuito politico.

Le possibilità applicative appena descritte, deve essere precisato, non implicano alcun posizionamento da parte nostra nel merito delle stesse. Con quanto precede si è inteso solo esprimere la tesi per cui un sistema profilatorio a fini di monitoraggio delle *performances* e di controllo esclusivamente a disposizione delle autorità giudiziaria e ministeriale può essere legittimamente preso in considerazione. Ma a patto di garantire un sistema di valutazione della professionalità e di responsabilità disciplinare autenticamente incentrato sulla dimensione della qualità dell'amministrazione della giustizia, pure alla luce dei futuri sviluppi che attraverso l'i.a. potranno realizzarsi.

Tanto concluso al riguardo, alcune osservazioni possono essere articolate sull'applicazione della profilazione a fini predittivi e a disposizione del pubblico.

I termini del discorso impostato più sopra potrebbero infatti mutare se venisse radicalmente a mutare la prospettiva sul concepimento di un ipotetico sistema profilatorio. A quest'ultimo, cioè, potrebbe aprirsi qualora il pubblico fosse sì reso edotto di come e quanto l'esito di un processo possa variare da un giudice a un altro; ma ciò senza indicare il nome dei singoli giudici.

In precedenza⁹⁸¹, come si rammenterà, avevamo auspicato la progettazione di un *tool* di giustizia predittiva capace di includere – oltre ai dati legislativo interpretativo e sociale – pure il dato individuale del giudice. Il quale dovrebbe rimanere impersonale proprio in virtù dei risultati della ricerca sin qui condotta: i costi strutturali della

⁹⁷⁹ Negli Stati Uniti, da parte della *Conference of Court Public Information Officers*, del *National Center for State Courts*, del *National Judicial College* e dello *State Justice Institute* comincia a essere avviata una riflessione sui caratteri tipici dei casi di alto profilo, come vengono indicati: <https://www.ncsc.org/hpc/case-type>; venendo pure elencati i caratteri tipici del «giudice giusto» per quei casi: <https://www.ncsc.org/hpc/who-is-the-right-judge-for-this>.

⁹⁸⁰ Sulla introduzione dei quali, come è stato riportato dalla stampa, il C.s.m. si è di recente pronunciato in senso negativo: <https://www.ildubbio.news/giustizia/non-vogliamo-le-pagelle-lultimo-anatema-dei-magistrati-qc2igwyd>. Nella medesima direzione, sempre in merito allo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di riforma ordinamentale della magistratura* (AG n. 110), l'A.n.m. in *Sist. pen.*, 5 marzo 2024.

⁹⁸¹ V. ancora *supra*, I, § 5.2.

profilazione a fini predittivi dipendono fondamentalmente tutti dalla sovraesposizione personale del soggetto profilato.

Implementare una profilazione non nominativa, dunque, eliderebbe le conseguenze verosimilmente pregiudizievoli che quella nominativa comporterebbe. E perciò costituirebbe una soluzione idonea a coniugare le necessità di legittimità costituzionale e convenzionale con il valore aggiunto apportabile dall'i.a. a livello sistemico. In particolare, si tratterebbe di un'applicazione dell'i.a. volta alla “quantificazione dell'incertezza” di cui è stato detto⁹⁸²; nonché, in prospettiva, alla “decifrazione dei valori” cui le decisioni dei singoli giudici appaiono informate⁹⁸³.

A *posteriori*, peraltro, bisogna osservare come il fronte della quantificazione dell'incertezza costituisca a sua volta un possibile espediente di minimizzazione del costo legato al paradigma della “predicibilità”, di cui pure si è parlato: il quale è a ben vedere immanente a qualsivoglia dispositivo di giustizia predittiva⁹⁸⁴. E del quale, per questa ragione, non si è fatto cenno nel prospettare i costi dello specifico *judge profiling tool*⁹⁸⁵.

Chiaro che, al tempo stesso, una profilazione non nominativa ridurrebbe pure il beneficio in termini di anticipazione del risultato del processo, sia con riferimento alla più probabile interpretazione futura del diritto sostanziale e processuale penale sia con riferimento alla più probabile futura valutazione probatoria. Senza rendere palese il nome dei giudici, va da sé, l'individuo non potrebbe essere nelle condizioni di conoscere in anticipo che cosa quel determinato giudice probabilmente deciderà; ma soltanto quale sia la più probabile gamma di decisioni future. Ciò, nondimeno, può ritenersi un ragionevole punto di equilibrio nella realtà dell'intelligenza artificiale; sfruttando le potenzialità di analisi e di anticipazione del futuro giuridico che grazie alle nuove tecnologie si stanno consolidando, e insieme garantendo la legittimità costituzionale degli strumenti da introdurre.

In tale prospettiva, andrebbe da ultimo considerato il tema dei *biases*. Recuperando al riguardo le riflessioni già articolate, per un verso è indubbio che, sempre ai fini di una massimamente efficace quantificazione dell'incertezza, la presenza di determinati *biases* di cui i giudici risultino colpiti dovrebbe essere contemplata nel sistema. La componente soggettiva del giudice potenzialmente incidente sul contenuto della decisione, infatti, è senz'altro anche quella “patologica”, nella quale si annoverano

⁹⁸² V. ancora *supra*, I, in particolare § 5.2.

⁹⁸³ V. *supra*, I, in particolare § 5.3.

⁹⁸⁴ Nel corso della parte I del lavoro, si è trattato il paradigma della predicibilità sostanzialmente allo scopo di evidenziarne il costo.

⁹⁸⁵ Di ciò si è appena detto *supra*, § 1.

i pregiudizi e le distorsioni cognitive più varie⁹⁸⁶. Per altro verso, tuttavia, bisogna considerare che, specie nell'attuale clima storico-politico, offrire alla generalità dei consociati uno strumento capace di considerare apertamente pure la dimensione soggettiva patologica del ragionamento umano rischia di introdurre un fattore di forte (ulteriore) delegittimazione del potere giudiziario, radicalizzando in misura ancora più grave il sentimento di sfiducia dell'opinione pubblica verso la magistratura.

Un punto di equilibrio, allora, può probabilmente rinvenirsi nella rinuncia alla quantificazione dell'incertezza attraverso l'inclusione dei *biases*. Con la sottoposizione ai singoli giudici, però, delle analisi attestanti l'incidenza dei *biases* sulle loro decisioni allo scopo di renderli edotti delle relative risultanze, e dunque di incrementare il livello di qualità delle decisioni. Nel rispetto della fondamentale direttiva metodologica secondo cui, ben potendo operare sotto la soglia della consapevolezza personale, i pregiudizi e le altre riconosciute distorsioni non dovrebbero rilevare in sede di valutazione di professionalità, e a maggior ragione in sede disciplinare.

Certo, pure per procedere a una quantificazione dell'incertezza sempre più efficace, nel medio e lungo periodo sul piano comunicativo le istituzioni dovrebbero farsi carico di costruire presso il pubblico una differente coscienza: che anche i giudici inevitabilmente e necessariamente sbagliano. E che è dunque fisiologica una limitata componente patologica nel ragionamento di costoro. Non accettare questo, niente meno, equivale a mettere in discussione il presupposto della giustizia umana: che a giudicare giuridicamente le persone siano altre persone.

⁹⁸⁶ Cfr. anzitutto *supra*, I, § 4.3.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, 2021.
- AA.VV., *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003.
- AA.VV., *L'udienza preliminare*. Atti del IV Convegno tra gli studiosi del processo penale del 20-22 settembre 1991, Giuffrè, 1992.
- AA.VV., *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933.
- AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. I. *Gino Gorla: la figura e l'opera, le fonti, il precedente, la sentenza, la cultura del diritto*, Giuffrè, 1994.
- S. ABITEBOUL-F. G'SELL, *Les algorithmes pourraient-ils remplacer les juges?*, in F. G'SELL (diretto da), *Le Big Data et le droit*, Dalloz, 2020.
- V. ACCATTATIS, *Il governo dei giudici e i giudici del governo*, Franco Angeli, 1998.
- E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.
- R.I. ADORNO, *sub artt. 470-475*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 2020.
- C. AGUZZI, *Le juge et l'intelligence artificielle: la perspective d'une justice rendue par la machine*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle. Constitution et environnement. La justice predictive*, 2020, 35-2019, pp. 621 ss.
- R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, ed. it. a cura di M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.
- D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. ec.*, 1956, pp. 1198 ss.
- G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, pp. 233 ss.
- G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, 2006.
- G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, 2011.
- W. ALSCHNER-D. D'ALIMONTE-G.C. GIUGA-S. GADBOIS, *Plain Language Assessment of Statutes*, in S. VILLATA-J. HARAŠTA-P. KREMEN (a cura di), *Legal Knowledge and Information Systems*, IOS Press, 2020.
- F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 2022, 3, pp. 27 ss.
- G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 1406 ss.

- R. AMBROGI, *In litigation and legal research, judge analytics is the new black*, in *Lawnext.com*, 23 luglio 2015.
- R. AMBROGI, *Three More Resources Relating to the Judge Profiling*, in *Lawnext.com*, 24 luglio 2015.
- A. AMIDEI, *La governance dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020.
- E. AMODIO, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 14 ss.
- E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, pp. 3 ss.
- E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, 1977.
- E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989.
- S. AMRANI-MEKKI-L. BORÉ-O. CHADUTEAU et al., *La justice prédictive*, Dalloz, 2018.
- P. AMSELEK (a cura di), *Interprétation et droit*, Bruylant et PU d'Aix-Marseille, 1995.
- E. ANCONA, *All'origine della svolta epistemologica della sentenza Francese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2017, pp. 679 ss.
- G. ANDREAZZA, *Il ricorso per cassazione: casi, forme e preclusioni*, in G. CANZIO-R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019.
- A. ANDRONICO-T. CASADEI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 1 ss.
- J. ANGIN-J. LARSON-S. MATTU-L. KIRCHNER, *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica.org*, 23 maggio 2016.
- R. APRATI, *Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni*, in *Giust. ins.*, 2 giugno 2022.
- A. ARTOSI, *Diritto e filosofia del giovane Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, 1664-1667, ed. it. a cura di A. ARTOSI-B. PIERI-G. SARTOR, Giappichelli, 2015.
- O. ASHENFELTER-T. EISENBERG-S.J. SCHWAB, *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, in *The Journ. of Leg. Stud.*, 1995, 2, pp. 257 ss.
- J.-M. AUBY-R. PERROT-A. VITU-M. DAGOT, *Le Principe de la publicité de la justice. Rapports au VI colloque des Instituts d'études judiciaires*, in *Ann. Fac. dr. et sc. éco. Toul.*, t. XVI, 1, 1968, pp. 254 ss.
- J.J. AVERY-A.A. AGHA-E.J. GLYNN-J. COOPER, *Using Artificial Intelligence to Improve the Fairness and Equity of Government Decision Making*, 2020, consultabile su *Napawash.org*.

- L. AYNES, *Motivation et justification*, in *Rev. dr. civ.*, 2004, pp. 555 ss.
- A. AZARA, *Necrologio di Mariano D'Amelio*, in *Riv. dir. priv.*, 1943, I, pp. 265 ss.
- M. AZAVANT-M. DOUENCE, *Institutions juridictionnelles*, V ed., Dalloz, 2021.
- H. BAADE, *Jurimetrics*, Basic Books, 1963.
- M.A. BAILEY, *Measuring Ideology on the Courts*, Routledge, 2017.
- C.E. BAKER, *The Independent Significance of the Press Clause Under Existing Law*, in *Hofstra L. Rev.*, 2007, pp. 955 ss.
- A. BALDASSARRE, *Filosofia dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in A. CARRINO (a cura di), *Lo Stato, Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, 2012.
- F. BALLUCCHI-K. FURLOTTI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese: un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, II ed., Giappichelli, 2019.
- M. BENESTY, *L'impartialité de certains juges mise à mal par l'intelligence artificielle*, in <https://www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html>, 24 marzo 2016.
- C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, pp. 189 ss.
- M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, pp. 163 ss.
- M. BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363, comma 3, c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?* (nota a Cass., sez. un., 27 ottobre 2011, n. 6624), in *Cass. pen.*, 2013, pp. 105 ss.
- M. BARGIS, *Ripercorrendo le impugnazioni penali: dalla "riforma Bonafede" alla "riforma Cartabia"*, in A. BOLDRIN-M. BOLOGNARI-M. DANIELE-P.P. PAULESU-S. SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, 2022.
- M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, vol. III. *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, Giappichelli, 2023.
- V. BARONCINI, *Le modifiche del sistema di funzionamento dei Consigli giudiziari e delle valutazioni di professionalità*, in G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, 2023.
- C.M. BARONE, *Dottrina delle corti e funzione nomofilattica*, in *Foro it.*, 2013, V, cc. 184 ss.

- C.M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché) inesistente applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 291 ss.
- B. BARRAUD, *Un algorithme capable de prédire les décisions des juges: vers une robotisation de la justice?*, in *Cah. just.*, 2017, consultato in *Hal*.
- S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, 2008.
- S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.
- R. BARTOLI, *Il nodo irrisolto della sentenza Franzese e le conseguenze nefaste nei processi d'amianto*, in *Sist. pen.*, 22 maggio 2023.
- F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e u.*, 23 settembre 2019.
- M. BASILICO, *Le funzioni dei consigli giudiziari dopo la riforma Cartabia*, in *Giust. ins.*, 11 luglio 2022.
- A. BASSI, *Impugnazioni. L'appello*, in A. BASSI-C. PARODI, *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Giuffrè, 2022.
- A. BASSI-C. PARODI, *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Giuffrè, 2022.
- M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2021, 2, pp. 43 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di F. VENTURI, con uno scritto di D'ALEMBERT, Mondadori, 1991.
- C. BÉGUIN-FAYNEL, *L'open data judiciaire et les données personnelles: pseudonymisation et risque de ré-identification*, in *Arch. phil. dr.*, 2018, pp. 153 ss.
- H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario* (nota a Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, Galtelli, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2017).
- R. BELVEDERI, *Artt. 408 e 425 c.p.p.: il nuovo criterio applicabile all'archiviazione delle notizie di reato e alle sentenze di non luogo a procedere*, in *Dir. giust. e cost.*, 10 gennaio 2023.
- D. BEN-ARI-Y. FRISH-A. LAZOVSKI-U. ELDAN-D. GREENBAUM, *"Danger, Will Robinson"? Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, in *Rich. Journ. L. & Tech.*, 2017, 3, pp. 1 ss.
- T.J.M. BENCH-CAPON, *HYPO'S legacy: introduction to the virtual special issue*, in *Art. Int. and L.*, 2017, pp. 205 ss.

- G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Il Mulino, 2020.
- J. BENTHAM, *Organization of Judicial Establishments. The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, W. Tait, 1843.
- J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. II, Bossange Frères, 1823.
- S. BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, 2002.
- M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, 2019.
- M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 1996.
- M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Giappichelli, 1999.
- E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, Cedam, 1935.
- E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corretta e ampliata da G. CRIFÒ, Giuffrè, 1990.
- A. BHAGWAT, *Our Democratic First Amendment*, Cambridge University Press, 2020.
- M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, X, pp. 478 ss.
- R. BIANCHI RIVA-C. SPACCAPELO, *Eccessiva durata del processo e responsabilità disciplinare dei magistrati: il ritardo nel deposito dei provvedimenti fra storia e attualità*, in *It. Rev. Leg. Hist.*, 2021, pp. 485 ss.
- M. BILLI-G. CONTISSA-G. SARTOR, *Logic Rapresentation of Legal Norms*, in G. CONTISSA-G. LASAGNI-M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Brill, 2022.
- J.W. BINGHAM, *What is the Law?*, in *Mich. L. Rev.*, 1912, 11, pp. 1 ss.
- F. BIONDI, sub art. 101, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, 2008.
- F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, pp. 165 ss.
- M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 1842 ss.
- R.C. BLACK-R.J. OWENS-J. WEDEKING-P.C. WOHLFARTH, *The Influence of Public Sentiment on Supreme Court Opinion Clarity*, in *L. & Soc. Rev.*, 2016, pp. 703 ss.
- R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza* (nota a Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *C.e.d.*, n. 222138), in *Cass. pen.*, 2003, pp. 1175 ss.

- R. BLAIOTTA, *La sentenza Francese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2023.
- R. BLAIOTTA, *Predizione*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2023.
- C. BLÉRY, *L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790?*, in *Hist. just.*, 1991, 4, pp. 79 ss.
- H. BLIN-P. DIDIER-M. LE ROY, *Quelques remarques sur la rédaction des arrêts d'appel en matière civile*, in *Sem. Jur.*, 1974, pp. 2635 ss.
- N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2011.
- N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, pp. 146 ss.
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, 1958.
- A. BOLDRIN, *La corte di Strasburgo e l'utilizzo del «precedente» in materia di equità processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp. 931 ss.
- A. BOLDRIN-M. BOLOGNARI-M. DANIELE-P.P. PAULESU-S. SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, 2022.
- G. BONGIOVANNI-G. POSTEMA-A. ROTOLO-G. SARTOR-C. VALENTINI-D. WALTON (a cura di), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Springer, 2018.
- G. BONIOLO-G. GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sist. pen.*, 12 ottobre 2021.
- A. BONOMI, *Profili di costituzionalità della responsabilità civile del magistrato con particolare riferimento ad un'ipotesi di riforma e alcuni cenni sui profili di costituzionalità della responsabilità disciplinare*, in *Forum Quad. Cost.*, 26 ottobre 2012, pp. 1 ss.
- C.W. BONNEAU-H.M. RICE, *Impartial Judges? Race, Institutional Context, and U.S. State Supreme Courts*, in *St. Pol. and Pol. Quart.*, 2009, 4, pp. 381 ss.
- M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1149 ss.
- G. BORRÈ, *La corte di cassazione oggi*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 1996.
- G. BORRÈ, *La professionalità dei magistrati*, in L. PEPINO (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, 2001.
- R. BORRUSO, voce *Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione*, in *Enc. dir.*, II agg., 1997.
- R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University Press, 2013.
- R. BOUDON, *Peut-on être positiviste aujourd'hui?*, in C.-H. CUIN (a cura di), *Durkheim d'un siècle à l'autre*, PUF, 1998.

- D. BOURCIER, *L'acte de juger est-il modélisable? De la logique à la justice*, in *Arch. phil. droit*, 2011, pp. 37 ss.
- C.L. BOYD, *She'll Settle It?*, in *Journ. of L. and Courts*, 2013, pp. 193 ss.
- P. BRACE-L. LANGERAND-M. GANN HALL, *Measuring the Preferences of State Supreme Court Judges*, in *Journ. of Pol.*, 2000, pp. 387 ss.
- L.K. BRANTING, *A computational model of ratio decidendi*, in *Artif. Int. and L.*, 1993, 2, pp. 1 ss.
- K. BRANTING-C. BALHANA-C. PFEIFER-J. ABERDEEN-B. BROWN, *Judges Are from Mars, Pro Se Litigants Are from Venus: Predicting Decisions from Lay Text*, in S. VILLATA-J. HARAŠTA-P. KREMEN (a cura di), *Legal Knowledge and Information Systems*, IOS Press, 2020.
- T. BRENNAN-W. DIETERICH-C. MENDOZA, *COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity Performance of the COMPAS Risk Scales in Broward County*, Northpointe, 8 luglio 2016, in *Assets.documentcloud.org*.
- A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation. Annales de l'Université de Toulouse*, vol. XXIII, 1975, pp. 5 ss.
- A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, in *Foro it.*, 1977, V, cc. 41 ss.
- R.G. BRICCHETTI, sub art. 425, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. II, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- R. BRICCHETTI, *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto d'impugnazione*, in G. CANZIO-R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019.
- P. BRONZO, *La pubblicità delle udienze*, in A. GAITO-D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2018.
- A. BRUNET, *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation*, in AA.VV., *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003.
- A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *Rev. Trim. Dr. civ.*, 2000, pp. 1 ss.
- M.L. BUSETTO, sub art. 192, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 2020.
- M. BUSETTO, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2023, 1.
- A. CABIALE-S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *Giust. ins.*, 9 gennaio 2023.
- L. CADIET (diretto da), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

- L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III ed., Presses Universitaire de France, 2020.
- A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017.
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Giappichelli, 2014.
- L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, 1954.
- M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks antifraud investigations and respect for fundamental rights faced with the challenge of e-evidence and digital devices*, in M. CAIANIELLO-A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence towards common european standards in antifraud administrative and criminal investigations*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021.
- M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, in *Eu. Journ. of Cr., Crim. L. & Crim. Just.*, 2019, pp. 267 ss.
- M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and Risks Deriving from the Interaction between Artificial Intelligence and Preventive Justice*, in *Eur. Journ. Cr., Crim. L. & Crim. Just.*, 2021, pp. 1 ss.
- M. CAIANIELLO, *Giudice imparziale e precostituito per legge*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017.
- M. CAIANIELLO, *Il processo e la sua sintassi. Il principio di legalità processuale nell'insegnamento di Franco Cordero*, in E.M. CATALANO-P. FERRUA (a cura di), *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, Giappichelli, 2023.
- M. CAIANIELLO, *L'ammissione della prova scientifica nel processo italiano*, in G. CANZIO-L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022.
- M. CAIANIELLO, *The Algorithmic (Companion to) Counsel. A Computational Approach to Strengthen the Effectiveness of Defence Rights in Criminal Proceedings*, in G. CONTISSA-G. LASAGNI-M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Brill, 2022.
- M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bononia University Press, 2012.
- M. CAIANIELLO-A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence towards common european standards in antifraud administrative and criminal investigations*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021.
- P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, F.lli Bocca, 1920.

- P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ed. a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, 1968.
- L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.
- G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Giappichelli, 2018.
- G. CAMPANELLI, *La responsabilità disciplinare e i connessi profili organizzativi*, in G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, 2023.
- G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.
- G. CANESCHI, *L'inammissibilità delle impugnazioni: dalla Corte di Strasburgo argini antiformalistici a tutela dell'equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, pp. 799 ss.
- G. CANZIO, *A vent'anni dalla sentenza "Franzese"*, in *Sist. pen.*, 12 Settembre 2022.
- G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2021, pp. 797 ss.
- G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sist. pen.*, 29 giugno 2022.
- G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017.
- G. CANZIO-R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019.
- G. CANZIO-G. LATTANZI, *Quando l'informazione disorienta*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2940 ss.
- G. CANZIO-L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Cedam, 2022.
- G. CANZIO-G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012.
- A. CAPONE, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1194 ss.
- M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, pp. 774 ss.
- D. CAPPUCCIO-R. MAGI, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Quest. giust.*, 2022, 2-3, pp. 77 ss.
- F. CAPRIOLI, sub art. 606, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 2020.
- F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, 2003.
- A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Giuffrè, 2021.
- A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, 2019.

- B.N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, 1928.
- A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.
- A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, 2019.
- A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, 2018.
- G. CARLIZZI, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2019, 2, pp. 285 ss.
- G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*, 4 marzo 2019.
- G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018.
- G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.
- F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.
- F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in ID. (diretto da), *Trattato del processo civile*, Morano, 1958.
- F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II. Cedam, 1953.
- F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, pp. 1 ss.
- F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. IV, Edizioni dell'Ateneo - Roma, 1949.
- F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pp. 15 ss.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Soc. ed. Foro it., 1951.
- A. CARRINO (a cura di), *Lo Stato, Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, 2012.
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, ed. Il Mulino, 2004.
- F. CARUSO, *Tra standard di rendimento e carichi esigibili. L'inafferrabile misura del lavoro dovuto dal magistrato indipendente*, in *Quest. giust.*, 16 marzo 2016.
- A.J. CASEY-A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Ind. L. Journ.*, 2017, pp. 1401 ss.
- M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.
- B. CASSAR, *La distinction entre l'open data et l'accès aux décisions de justice*, in *Dalloz-actualite.fr*, 19 luglio 2019.
- S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022.
- F. CASSIBBA, sub art. 6, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022.

- K. CASTANIER, *Le syllogisme judiciaire*, mare & martin, 2023.
- C. CASTELLI, *Ancora il caso Minniti: verso il tramonto di una stagione punitiva per i ritardi*, in *Quest. Giust.*, 20 dicembre 2016.
- C. CASTELLI, *Consigli Giudiziari: paure, potere, funzionalità*, in *Giust. ins.*, 26 maggio 2022.
- C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *Quest. giust.*, 8 febbraio 2022.
- C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare dei magistrati: una cosa seria*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1, pp. 116 ss.
- C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli, 2019.
- S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità e legittimazione*, in *Sociol. dir.*, vol. IV, 1977, pp. 1 ss.
- D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 45 ss.
- D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023.
- E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004.
- E.M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 4, pp. 132 ss.
- E.M. CATALANO-P. FERRUA (a cura di), *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, Giappichelli, 2023.
- M.A. CATTANEO, voce *Il positivismo giuridico*, in *Nov. Dig. it.*, 1966.
- M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, 1966.
- D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011.
- M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.
- M. CERESA-GASTALDO, *L'impugnazione inammissibile tra selezioni arbitrarie e vuoti formalismi*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, vol. III. *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, Giappichelli, 2023.
- G. CERQUETTI-C. FLORIO (a cura di), *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002.
- E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida. Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.

- C. CHAINAIS-D. FENOUILLET-G. GUERLIN (a cura di), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2. *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'Esprit du droit, 2013.
- E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, 1978.
- D.L. CHEN, *Judicial analytics and the great transformation of American Law*, in *Art. Intell. and L.*, 2019, pp. 15 ss.
- D.L. CHEN-A. PHILIPPE, *Clash of norms: judicial leniency on defendant birthdays. Technical report*, 2017, in http://users.nber.org/~dlchen/papers/Clash_of_Norms.pdf.
- S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, pp. 118 ss.
- S. CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 123 ss.
- P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007.
- M. CHIAVARIO, sub art. 6, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.
- M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, 1989.
- M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2001.
- M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978.
- M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2017.
- M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, ed. III, Giuffrè, 1984.
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV ed., Jovene, 1928.
- E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Il Mulino, 2021.
- B. CHRISTIAN, *The Alignment Problem. Machine Learning and Human Values*, W.W. Norton & Co., 2020.
- C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello (ex d.lgs. 150/2022)*, in *Giust. ins.*, 13 gennaio 2023.
- M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in *Speciale Quest. Giust.*, 2019, 1, pp. 249 ss.
- M.G. CIVININI, *Nuove tecnologie e giustizia*, in *Quest. giust.*, 19 dicembre 2023.
- M.G. CIVININI, *Valutazioni di professionalità e qualità della giustizia*, in *Quest. giust.*, 7 gennaio 2015.
- O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Quest. giust.*, 16 settembre 2022.
- G. CLARY, *Bill to conceal judges' personal information raises First Amendment concerns*, in *Rcfp.org*, 20.10.2022.

- M. COHEN, *Rapport*, in M. COHEN-P. PASQUINO, *Rapport final “La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit: le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles”*, Centre de Theorie et Analyse du Droit (CNRS), 2013.
- T. COLLINS-L. MOYER, *Gender, Race and Intersectionality*, in *Pol. Res. Quart.*, 2008, 2, pp. 219 ss.
- P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, vol. I, 1957, vol. II, 1985.
- P. CONCOLINO, sub art. 6, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022.
- A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno «scarto» fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, pp. 97 ss.
- C. CONDEVAUX, *Neural legal outcome prediction with partial least squares compression*, in *Stats*, 2020, 3, pp. 396 ss.
- M. CONDORELLI-L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 112 ss.
- G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2023.
- F. CONSULICH, *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in *Criminalia*, 2019, pp. 359 ss.
- G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, cc. 484 ss.
- C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Cedam, 2003.
- G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Dir. di int.*, 2019, pp. 619 ss.
- G. CONTISSA-G. LASAGNI-M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Brill, 2022.
- F. CORDERO, *Criminalia*, Laterza, 1986.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, IX ed., 2012.
- M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Giuffrè, 1979.
- C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 166 ss.
- M.T. COVATTA, *Intelligenza artificiale e diritti. L'UE emana il suo regolamento*, in *Giust. ins.*, 16 gennaio 2024.
- V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964.
- R. CROSS-J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1991.

- C.-H. CUIN (a cura di), *Durkheim d'un siècle à l'autre*, PUF, 1998.
- P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, in *Cortedicassazione.it*, 21 gennaio 2022.
- L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2019, 2, pp. 354 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, pp. 331 ss.
- F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Giappichelli, 2022.
- F.M. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 3833 ss.
- R. D'ANGIOLELLA, *L'Intelligenza Artificiale nei processi decisionali: il pericolo per la giustizia*, in *Giust. ins.*, 4 novembre 2023.
- M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.*, 2023, 7-8, pp. 19 ss.
- M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009.
- G. DARAIO, sub art. 116, in G. CANZIO-G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012.
- G. DE AMICIS, *Appunti per una ricostruzione sistematica del diritto alla consultazione degli atti processuali*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 978 ss.
- A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, t. II a cura di A. SCALFATI, *Le misure cautelari*, Utet, 2008.
- A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Arch. pen.*, 2022, 3.
- A. DE CARO, *Udienza pubblica e diritto alla partecipazione diretta al processo*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016.
- M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di «incontrollabile soggettivismo della decisione»*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.
- B. DE FINETTI, *Theory of Probability. A Critical Introductory Treatment*, Wiley, 1974.
- S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione o dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. pen.*, 23 maggio 2023.
- G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1255 ss.

- G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, pp. 968 ss.
- G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930.
- P. DELL’ANNO, *Specificità ed inammissibilità dell’atto di impugnazione a seguito della riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2019, 3.
- J. DELLA TORRE, sub art. 586, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. III, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- J. DELLA TORRE, *Gli standard di prova per la condanna penale tra storia e attualità*, in *Leg. pen.*, 14 novembre 2023.
- J. DELLA TORRE, *Il “teorema di Bayes” fa capolino al Tribunale di Milano*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2015.
- J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.
- G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Arch. pen.*, 2023, 2.
- G. DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. III. *La valutazione della prova*, Utet, 2008.
- V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, cc. 417 ss.
- J. DEWEY, *The Influence of Darwin on Philosophy*, in ID., *The Middle Works, 1899-1924*, Southern Illinois University Press, 1976-83, IV.
- L. DI CARO-L. HUMPHREYS-E. SULIS-R. NANDA, *EU Directives Implementation. Automated Analysis of Complexity and Harmonization*, in G. CONTISSA-G. LASAGNI-M. CAIANIELLO-G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Brill, 2022.
- G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018.
- O. DI GIOVINE, *Il judge-bot e le conseguenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 951 ss.
- O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.
- A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, Il Mulino, 2021.
- G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Editoriale Scientifica, 2023.
- A. DI PORTO, *L’importanza della massimazione delle sentenze nel «nostro stare decisis»*, nota introduttiva a L. NAZZICONE, *La massimazione delle sentenze*, Cedam, 2021.

- F.R. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in Arch. pen., 2017, 3.
- F. DINACCI, *Incostituzionale l’orientamento riduttivo delle Sezioni Unite sul diritto alla copia degli atti nei controlli de libertate*, in Giur. it., 1995, pp. 601 ss.
- F.R. DINACCI, *L’obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema d’inammissibilità delle impugnazioni*, in Arch. pen., 2020, 1.
- F.R. DINACCI, *Regole di giudizio*, in Arch. pen., 2013, 3.
- P. DOMINGOS, *The Master Algorithm. How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, 2015, trad. it. di A. MIGLIORI, *L’algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, 2016.
- O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Procedura penale*, VIII ed., Giappichelli, 2023.
- O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi o di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005.
- F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in Riv. AIC, 2020, 1, pp. 415 ss.
- B. DONDERO, *Justice prédictive: la fin de l’aléa judiciaire?*, in Recueil Dalloz, 2017, 10, pp. 532 ss.
- M. DONINI, *An impossible exchange?*, *Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2017, pp. 14 ss.
- M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017.
- M. DONINI, *La politica dell’interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in Lo Stato, 2022, 2, pp. 359 ss.
- F. DORNEL, *Les données personnelles à l’épreuve de l’open data des décisions de justice: entre principe de transparence de la justice et droit à la vie privée*, in Lex-Electronica.org, Dossier Spécial, 25.2.2020, pp. 60 ss.
- J. DRESSEL-F. HANY, *The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism*, in Sc. Adv., 4, 1, 1.1.2018.
- O. DUFOUR, *Les personnels de greffes sortent de leur réserve*, in Gaz. Pal., 9.1.2018.
- M. DUGUÉ-J. TRAULLÉ, *Introduction*, in ID. (a cura di), *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, Lexis Nexis, 2023.
- A.M.J.J. DUPIN, *Manuel des avocats et des étudiants en droit*, 1823, trad. it. di N. VINACCIA, *Manuale degli studenti di diritto e dei giovani avvocati*, stampa a cura di N. Commerci, 1831.
- N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995.
- R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Belknap Press, 1986.

- K. ENGISCH, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.
- K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, 1963.
- L. EPSTEIN-J. KNIGHT-A.A. MARTIN, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, in *Emory L. Journ.*, 2001, pp. 583 ss.
- A. ERRERA, *Aristotele, i Topica e la scienza giuridica medievale*, in *Angelicum*, 2008, pp. 341 ss.
- J. ESSER, *Le condizioni di applicazione del diritto*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.
- J. ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl im Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di S. PATTI-G. ZACCARIA, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- S. EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, in *Foro it.*, 1999, VI, cc. 167 ss.
- F. FAGGIN, *Silicio. Dall'invenzione del microprocessore alla nuova scienza della consapevolezza*, Mondadori, 2020.
- A. FALCONE, *Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un'effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza. Nota alla sentenza Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, procedimenti penali a carico di WB e altri*, in *Sist. pen.*, 2022, 6, pp. 149 ss.
- M.D. FAN, *The Right To Benefit From Big Data as a Public Resource*, in *N.Y. Univ. L. Rev.*, 2021, pp. 1438 ss.
- C. FARALLI, *L'eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, 1, pp. 91 ss.
- G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Il Mulino, 1988.
- E. FASSONE, *Dalla 'certezza' all' 'ipotesi preferibile': un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, pp. 1104 ss.
- E. FASSONE, *La valutazione della prova*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Giuffrè, 1986.
- L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VI ed., Laterza, 2000, pp. 891 ss.

- L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, 2024.
- G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *Riv. AIC*, 2017, 4.
- G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, 2023.
- G. FERRI, *Ordinamento giudiziario e Costituzione*, in G. FERRI-A. TEOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- G. FERRI-A. TEOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Discrimen*, 12 luglio 2021.
- P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021.
- P. FERRUA, *Indipendenza e imparzialità*, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020.
- P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto 'vigente' e diritto 'vivente'*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 3006 ss.
- P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, II ed., Giappichelli, 2017.
- G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.
- G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.
- G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 53 ss.
- B. FISCHHOFF, *Debiasing*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2013.
- C. FLEURIOT, *Le greffier n'est pas là pour prendre la place du magistrat*, in *D. act.*, 4.6.2015.
- G.M. FLICK-C. FLICK, *L'algoritmo d'oro e la torre di Babele. Il mito dell'informatica*, Baldini+Castoldi, 2022.
- A. FLORES-K. BECHTEL-C. LOWENKAMP, *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks"*, in *Fed. Prob. Journ.*, 2016.
- L. FLORIDI, *Semantic Capital: Its Nature, Value, and Curation*, in *Phil. & Tech.*, 2018, pp. 481 ss.

- L. FLORIDI-J. COWLS-M. BELTRAMETTI-R. CHATILA-P. CHAZERAND-V. DIGNUM-C. LUETGE-R. MADELIN-U. PAGALLO-F. ROSSI-B. SCHAFER-P. VALCKE-E. VAYENA, *An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, pp. 689 ss.
- R. FONTI, *L'inammissibilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, 2015.
- R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam, 2008.
- A. FORZA-G. MENEGONI-R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, 2017.
- E. FOUREL-Y. RAHMANI, *Réutilisation des données d'identité des magistrats: Quel avenir pour la justice prévisionnelle?*, in *Droit & Croissance*, 15.1.2020.
- E. FRAGASSO, *Diritto al controllo di legittimità e inammissibilità dei ricorsi per manifesta infondatezza dei motivi, dichiarata all'esito dell'udienza pubblica*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.
- B. FRAGASSO, *Sulla retroattività dell'overruling in materia processuale, tra soggezione del giudice alla legge e giusto processo* (nota a Cass., sez. III, 27 novembre 2020, n. 1731), in *Sist. pen.*, 17 marzo 2021.
- J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Doubleday & Co., 1936.
- L.M. FRIEDMAN, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 1975, trad. it. di G. TARELLO, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, 1983.
- V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Edizioni di Comunità, 1968.
- F. G'SELL (diretto da), *Le Big Data et le droit*, Dalloz, 2020.
- F. G'SELL, *Les progrès à petits pas de la «justice prédictive» en France*, in *Era Forum*, 2020, pp. 299 ss.
- F. G'SELL, *Predicting courts' decisions is lawful in France and will remain so*, in *Blog de Florence G'sell*, 24.6.2019.
- B. 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, pp. 200 ss.
- H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, trad. it. di G. VATTIMO con una introduzione di G. REALE, *Verità e metodo*, Bompiani, 2019.
- P. GAETA, *La titolarità dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2023.
- A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016.
- A. GAITO, *Il procedimento probatorio*, in ID. (diretto da), *La prova penale*, vol. I. *Il sistema della prova*, Utet, 2008.

- A. GAITO, (diretto da), *La prova penale*, vol. I. *Il sistema della prova*, Utet, 2008.
- A. GAITO-D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2018.
- A. GAITO-R. LANDI, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.
- B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, pp. 81 ss.
- F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale*, II ed., Zanichelli, 2011.
- F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005.
- M. GALLI, *Gli effetti "collaterali" delle scelte di criminalizzazione: dagli aspetti definitori allo strumento operativo*, in M. GALLI-N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2023.
- M. GALLO, *La legge penale*, Cooperativa libraria universitaria torinese, 1967.
- A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988.
- A. GAMBARO, *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, 2018.
- A. GARAPON, *Justice. Les enjeux de la justice prédictive*, in *Sem. jur.*, ed. gen., 9 gennaio 2017, pp. 47 ss.
- A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis, 2021.
- A. GARAPON-J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018, trad. it. di M.R. FERRARESE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, 2021.
- P. GARBOLINO, *A cosa serve il teorema di Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1127 ss.
- P. GARBOLINO, *Il teorema di Bayes applicato alla prova dattiloscopica trova cittadinanza nel Tribunale di Milano* (nota a G.i.p. Milano, 18 giugno 2015), in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3460 ss.
- B.L. GARRETT-C. RUDIN, *AI and Criminal Procedure Rights*, in corso di pubblicazione.
- G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2022, 3.
- L. M. GAVERIAUX, *Les robots débarquent au tribunal*, in *Les Échos*, 19 giugno 2019.
- B. GENEVOIS, *Retour sur la motivation des décisions des juridictions suprêmes*, in E. ZOLLER (a cura di), *Penser le droit à partir de l'individu*, Dalloz, 2018.
- W. GEPHART, *Introduzione a M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, ed. it. a cura di M. PALMA, *Economia e società. Diritto*, Piccola Biblioteca Donzelli, 2016.

- A. GHELARDINI, *I Consigli giudiziari*, in G. FERRI-A. TEOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- M. GIALUZ, sub art. 111, in S. BARTOLE-R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, 2008.
- M. GIALUZ, sub art. 606, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. III, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, 2021.
- M. GIALUZ, *L'Ufficio del massimario e la logica del precedente*, in A. MANNA-F. ALONZI (a cura di), *L'Ufficio del massimario e la forza dei precedenti*, Giuffrè, 2020.
- M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022.
- 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.
- M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno, l'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022.
- M. GIALUZ-S. QUATTROCOLO, *Predictive justice in Italy*, in J. LELIEUR (a cura di), *Artificial Intelligence and Administration of Criminal Justice*, in *Rev. Int. Dr. Pén.*, 2023.
- C.V. GIABARDO, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, in *Giustiziainsieme*, 28 novembre 2020.
- L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, 1988.
- A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- G. GILARDI, *Un ulteriore passo verso una nuova giurisprudenza disciplinare*, in *Quest. Giust.*, 8 marzo 2016.
- T. GILLESPIE, *The Relevance of Algorithms*, in T. GILLESPIE-P.J. BOCZKOWSKI-K.A. FOOT (a cura di), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, MIT Press, 2014.
- J.L. GILLET-B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'arrêt de la Cour de Cassation. Motivation, style et structure*, in F. HOURQUEBIE-M.-C. PONTHEOREAU (a cura di), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012.
- S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in *Giustiziainsieme*, 10 settembre 2020.

- G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, II ed., Giuffrè, 1989.
- G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia “reale” e sulla giustizia “percepita”*, in *Leg. pen.*, 17 settembre 2018.
- S. GLESS, *AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials*, in *Georget. Journ. Int. L.*, 2020, 2, pp. 195 ss.
- A.N. GLYNN-M. SEN, *Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women’s Issues?*, in *Am. Journ. of Pol. Sc.*, 2015, 1, pp. 37 ss.
- I.J. GOOD, *Good Thinking: The Foundations of Probability and Its Applications*, University of Minnesota Press, 1983.
- G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico comparativa e testi commentati*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1968, cc. 376 ss.
- G. GORLA, *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, 1995.
- G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.
- E. GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Quest. giust.*, 2015, 4, pp. 47 ss.
- V. GREVI, *Un “caso clinico” in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 1166 ss.
- V. GREVI-G. ILLUMINATI, *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2023.
- G.V. GRIGIONI, *La pubblicità dell’udienza*, in *Quest. giust.*, in *Gli Speciali. La Corte di Strasburgo*, aprile 2019, pp. 321 ss.
- P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione. La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione*, *Lectio magistralis* presso la Scuola superiore della magistratura, 23 ottobre 2018, in *Cortecostituzionale.it*.
- P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2017.
- P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, *Lezione inaugurale per i corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura*, in *Cortecostituzionale.it*, 2017.
- P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015.
- P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, 2011.
- U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 1625, ed. it. a cura di F. ARICI-F. TODESCAN, con introduzione di G. FASSÒ, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, Cedam, 2010.
- C. GRZEGORCZYK-F. MICHAUT-M. TROPER, *Positivisme juridique, Story Scinetia et LGDJ*, 1993.
- R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011.

- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in F. MESSINEO-P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2004.
- R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1993.
- S. GUINCHARD, *L'ambition d'une justice civile renouvelée*, in *Recueil Dalloz*, 1999, pp. 65 ss.
- S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, XVI ed., Lexis Nexis, 2023.
- K. HALL-W.M. WIECEK-P. FINKELMAN, *American Legal History. Cases and Materials*, Oxford University Press, 1991.
- J.-L. HALPÉRIN, voce *Exégese (École)*, in in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- B.E. HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, 2006.
- A.P. HARRIS-M. SEN, *Bias and Judging*, in *Ann. Rev. of Pol. Sc.*, 2019, pp. 241 ss.
- H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1994, II ed. con un poscritto dell'A., trad. it. di M.A. CATTANEO (a cura di), *Il concetto di diritto*, Einaudi, 2002.
- S. HASSAN-P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Act. Sc. Rep.*, 2017, Spec. Iss. 17, pp. 88 ss.
- W. HASSEMER, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.
- W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, ed. it. a cura di G. CARLIZZI, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, 2007.
- O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, 1881, Little Brown & Co., rist. 1923.
- O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1897, pp. 457 ss.
- S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Court de cassation. Étude de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2019.
- F. HOURQUEBIE-M.-C. PONTTHOREAU (a cura di), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012.
- T. HUANG, *A Quadruple Doctrinal Framework of Free Speech*, in *Colum. Hum. Rights L. Rev.*, 2022, pp. 469 ss.
- J.B. HUBIN, *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Larcier Legal, 2019.
- T. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, 15 voll., Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée, 1892-1903.
- P. HURT, *Les hypothèses juridiques. Une étude du raisonnement judiciaire*, tesi dottorale, in *P.-hurt_les-hypotheses-juridiques_paris-1_2007.pdf*.

- F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013.
- F.M. IACOVIELLO, *La “Franzese”: ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, 3, pp. 241 ss.
- G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, II ed., Giuffrè, 2010.
- C. IASEVOLI, *La Cassazione penale ‘giudice dei diritti’*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.
- C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l’autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2297 ss.
- G. ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 1155 ss.
- G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 521 ss.
- G. ILLUMINATI, *General Principles of Criminal Procedure*, in P. CAEIRO-S. GLESS-V. MITSILEGAS-M. JOÃO COSTA-J. DE SNAIJER-G. THEODORAKAKOU (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice (online)*, 2023.
- G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2023.
- G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, 1979.
- G. ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, 2003.
- G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991.
- G. ILLUMINATI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 3517 ss.
- G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 2020.
- N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, 2011.
- N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.
- N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Wolters Kluwer-Cedam, 1996.
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.
- G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, pp. 365 ss.
- W. JAMES, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longmans, 1910.

- A. JEAN, *De l'autre côté de la machine. Voyage d'une scientifique au pays des algorithmes*, 2019, trad. it. di E. DAL PRA, *Nel paese degli algoritmi*, Neri Pozza, 2021.
- E. JEULAND, *Droit processuel général*, V ed., LGDJ Lextenso, 2022.
- E. JEULAND, *Le juge et l'émotion*, in HAL, 2018.
- E. JEULAND, *Motivation*, in L. CADIET (diretto da), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.
- E. JEULAND-L. VEYRE, *Institutions juridiques*, Presses Universitaires de France, 2021.
- J. JØRGENSEN, *Imperativi e logica*, 1938, in G. LORINI (a cura di), *Il valore logico delle norme*, Adriatica, 2001.
- M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, 1992.
- O. JOUANJAN, voce *École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX siècle)*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, 2021, trad. it. di E. GALLITELLI, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, 2021.
- D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Variants of Uncertainty*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2013.
- D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Intuitive prediction: Biases and corrective procedures*, in D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2013.
- D. KAHNEMAN-P. SLOVIC-A. TVERSKY (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2013.
- J. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, 2017, II ed., 2017, ed. it. con prefazione di A. PRENCIPE, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018.
- J. KARP, *Federal Courts Backing New Legislation To Protect Judges*, in *Law360*, 15.7.2021.
- D.M. KATZ-M.J. BOMMARITO II, J. BLACKMAN, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States*, in *PLoS ONE*, 12.4.2017.
- A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965, ed. it. a cura di G. CARLIZZI, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, 2003.
- A. KAUFMANN, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.

- H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deutike, 1960, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, III ed., Einaudi, 2021.
- U. KOCOLLARI, *Aspetti fondanti in tema di responsabilità sociale d'impresa*, in F. BALLUCCHI-K. FURLOTTI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese: un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, II ed., Giappichelli, 2019.
- R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1997.
- R.E. KOSTORIS, *Il processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie pos-moderne del diritto europeo*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, 2019.
- R.E. KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Discrimen*, 5 marzo 2024.
- R.E. KOSTORIS, *Per una grammatica minima del giudizio di equità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1675 ss.
- R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2021.
- T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962, trad. it. di A. CARUGO, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1969.
- L. LA GRECA, *La responsabilità civile dei magistrati. Prime riflessioni a margine della recente riforma*, in *Arch. pen.*, 2015, 2.
- K. LA REGINA, *Le disposizioni generali sul dibattimento*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV., t. II a cura di ID., Utet, 2009.
- E.N. LA ROCCA, *L'inammissibilità dell'appello per aspecificità estrinseca dei motivi*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini Giuridica, 2022.
- M. LA TORRE, *Appendice all'edizione italiana di R. ALEXI, Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, ed. it. a cura di M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.
- C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Laws of Contracts*, 1871, in K. HALL-W.M. WIECEK-P. FINKELMAN, *American Legal History. Cases and Materials*, Oxford University Press, 1991.
- S. LANSING, *New York State COMPAS-Probation Risk and Need Assessment Study: Examining the Recidivism Scale's Effectiveness and Predictive Accuracy*, settembre 2012, in *Ojp.gov*.
- G. LASAGNI, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Editoriale Scientifica, 2023.

- G. LATTANZI-M. MAUGERI-G. GRASSO-L. CALCAGNO-A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I. *Il diritto dell'Unione europea e il giudice nazionale*, Giuffrè, 2023.
- G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Giappichelli, 1965.
- L. LAURA, *Breve storia degli algoritmi*, Luiss University Press, 2019.
- S. LEBRETON-DERRIEN, *Algorithmes, justice prédictive et juges-robots: entre "Judge Dredd" et "Minority report", quels tribunaux pour demain?*, Enrick B. Éditions, 2023.
- S. LEBRETON-DERRIEN, *La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle*, in *La justice prédictive*, in Arch. phil. dr., 2018, pp. 3 ss.
- G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, 1664-1667, ed. it. a cura di A. ARTOSI-B. PIERI-G. SARTOR, Giappichelli, 2015.
- J. LELIEUR (a cura di), *Artificial Intelligence and Administration of Criminal Justice*, in Rev. Int. Dr. Pén., 2023.
- J. LEROY, *Le force du principe de motivation*, in Assoc. Henri Capitant (promosso da), *La motivation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.
- L. LESSIG, *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace*, in Harv. mag., 2000.
- R. LETTERON, *L'accès aux décisions de justice, ou le dispositif "Anti-Doctrine"*, in Blog Liberté, Libertés chéries, 6 gennaio 2019.
- N. LETTIERI, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in Ars interpretandi, 2021, 1, pp. 83 ss.
- O. LEURENT, *La justice prédictive vue par le juge judiciaire*, in Annuaire international de justice constitutionnelle, 2019, pp. 581 ss.
- P. LICCARDO, *Formante giudiziario e big data: una introduzione*, in C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli, 2019.
- M.X. LINANT DE BELLEFONDS, *L'utilisation d'un «système expert» en droit comparé*, in Rev. int. dr. comp., 1994, pp. 703 ss.
- N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in Quest. giust., 2016, 4, pp. 33 ss.
- N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Il Mulino, 2021.
- K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, 1930, Oxford University Press, ed. 2009.
- L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in Minn. L. Rev., 1949, pp. 455 ss., poi in *Jurimetrics Journ.*, 1971, pp. 3 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1975.

- S. LONATI, *L'udienza preliminare*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023.
- M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nov. Dig. it.*, 1959.
- F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, 1968.
- S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015.
- S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. I. *Il sistema della prova*, Utet, 2008.
- M. LOSANO, *Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Einaudi, 1969.
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XV ed., Giappichelli, 2023.
- M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, 2019.
- M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. giur.*, 2016.
- L. LUPÀRIA DONATI, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, 2021.
- L. LUPÀRIA DONATI, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in J. SALLANTIN-J. SZCZECINIARZ (a cura di), *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, 2005.
- L. LUPÀRIA DONATI, *Trial by probabilities. Qualche annotazione eretica*, in *La corte d'assise - riv. quadr. sc. crim. int.*, 2012, 1-2, pp. 155 ss.
- L. LUPÀRIA DONATI-G. FIORELLI, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 2, pp. 34 ss.
- L. LUPÀRIA DONATI-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, 2019.
- E. LUPO, sub art. 116, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, 1989.
- N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2005.
- D.L. MACEDO, *What Kind of Justice is This? Overbroad Judicial Discretion and Implicit Bias in the American Criminal Justice System*, in *J. Gender Race & Just.*, 2021, pp. 43 ss.
- P. MAGGIO, *Nuove ipotesi d'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 153 ss.
- P. MALAURIE, *Les précédents et le droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, 2, pp. 319 ss.
- L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, 2, pp. 401 ss.

- F. MALHIÁERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013.
- V. MALIK-R. SANJAY-S.K. NIGAM-K. GHOSH-S.K. GUHA-A. BHATTACHARYA-A. MODI, *ILDC for CJPE: Indian Legal Documents Corpus for Court Judgment Prediction and Explanation*, 2021, in *arXiv:2105.13562*.
- V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, 2022.
- V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012.
- V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020.
- V. MANES, *L'illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2023.
- V. MANES, *La Cassazione davanti alle sfide del (dis-)ordine giuridico penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017.
- A. MANNA-F. ALONZI (a cura di), *L'Ufficio del massimario e la forza dei precedenti*, Giuffrè, 2020.
- V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, XII ed., Cedam, 1960.
- L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Giappichelli, 2005.
- A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d'appello*, in *Parola alla difesa*, 2016, pp. 18 ss.
- A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2284 ss.
- A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, 2015.
- J. MARITAIN, *Eléments de philosophie*, t. 2. *L'ordre des concepts. Petite logique (logique formelle)*, XVIII ed., Pierre Téqui, 1951.
- R. MARRA, *La giustizia penale nei principi del 1789*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, pp. 353 ss.
- A.D. MARTIN-K.M. QUINN-L. EPSTEIN, *The Median Justice on the United States Supreme Court*, in *North Car. L. Rev.*, 2005, pp. 1275 ss.
- R. MARTINO, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giust. civ. - riv. trim.*, 2016, 3, pp. 623 ss.

- E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Leg. pen.*, 25 gennaio 2022.
- L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.
- A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020.
- R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017.
- U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Giappichelli, 1991.
- U. MATTEI, *Il modello di common law*, V ed., Giappichelli, 2018.
- L. MAUDUIT, *Du secret des affaires au secret de la justice*, in *Mediapart.fr*, 4 novembre 2018.
- E. MAULIN, voce *Positivisme*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- P. MAXENCE-M. VAROCLIER, *Le précédent en droit français. Precedentes judiciaires. Diálogos transnacionales*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- S.G. MAYSON, *Bias In, Bias Out*, in *Yale L. Journ.*, 2019, pp. 2218 ss.
- O. MAZZA, *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1039 ss.
- O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, “Speciale Riforma Cartabia”.
- O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 357 ss.
- O. MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.
- O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999.
- O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, 2020.
- F. MAZZACUVA, sub art. 7, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022.
- J.W. McELHANEY, *Witness Profiles*, in *ABA Journal*, 1995, pp. 102 ss.
- J. MCGILL-A. SALYZYN, *Judging by Numbers: How Will Judicial Analytics Impact the Justice System and Its Stakeholders?*, in *Papers.ssrn.com*, 16.7.2020.
- Judging by the Numbers: Judicial Analytics, the Justice System and its Stakeholders*, in *Dalhousie L. Journ.*, 2021, pp. 249 ss.
- B.J. McMILLION, *U.S. Circuit and District Court Judges: Profile of Select Characteristics*, Congressional Research Service, 1.8.2017.

- M. MEDVEDEVA-M. WIELING-M. VOLS, *Rethinking the field of automatic prediction of court decisions*, in *Artif. Int. and L.*, 2022, pp. 1 ss.
- Y. MENECEUR, *Quel avenir pour la «justice prédictive»? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice*, in *Sem. Jur.*, 2018, 7, pp. 316 ss.
- L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, 1985, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Giuffrè, 1996.
- M. MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, in *Arch. pen.*, 2022, 3.
- P.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1812-1825 (IV ed.), Hachette Livre - Bnf, 2018.
- MICHELETTI D., *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, pp. 619 ss.
- T.J. MILES-C.R. SUNSTEIN, *The New Legal Realism*, in *Un. of Chicago L. Rev.*, 2008, pp. 831 ss.
- E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, in *Dr. et soc.*, 1995, 30/31, pp. 381 ss.
- P. MIMIN, *Le Style de jugements: vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, IV ed., Librairies techniques, 1978.
- F. MODUGNO, *Contro la negazione della distinzione tra disposizione e norma*, in F. MODUGNO-A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Editoriale Scientifica, 2021.
- F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 3.
- F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, 2009.
- P.G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1994.
- L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della nostra Cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica italiana*, in AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. I. *Gino Gorla: la figura e l'opera, le fonti, il precedente, la sentenza, la cultura del diritto*, Giuffrè, 1994.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Garnier Flammarion, vol. I, ed. 1979.
- P. MORABITO, *Valutazioni di professionalità e standard medi di rendimento: la misurazione del lavoro dei magistrati e della organizzazione degli uffici*, in *Giust. ins.*, 13 giugno 2020.
- J. MORANGE, *Histoire et liberté d'expression*, in *Les Cahiers de droit*, 2012, pp. 715 ss.
- U. MORCAVALLO, *Il precedente*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, II ed., Giuffrè, 2010.
- F. MORELLI, *Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello*, in *Discrimen*, 23 maggio 2023.

- F. MORELLI, *Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità: contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate*, in *Criminalia*, 2014, pp. 143 ss.
- F. MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, pp. 23 ss.
- P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, 2017.
- T. MOSPAN, *Adding terms and connectors searching to your legal research toolkit*, 6.10.2022, in *Lawlibnews.lawnews-asu.org*.
- A. MURA, *La valutazione bayesiana delle prove incerte*, in *Cass. pen.*, 2021, pp. 1093 ss.
- A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1808 ss.
- A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.
- C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, pp. 831 ss.
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Giuffrè, 2007.
- A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, II ed., Giappichelli, 2011.
- ANT. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, pp. 7 ss.
- A. NATALE, *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un'ordinanza del GIP di Siena*, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2023.
- L. NAZZICONE, *La massimazione delle sentenze*, Cedam, 2021.
- P. NEMITZ, *Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence*, in *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 15.10.2018, pp. 1 ss.
- L. NEUER, *Justice: faut-il faire confiance au verdict des algorithmes?*, in *Le Point*, 17.3.2019.
- L. NEUER, *Profilage des magistrats: «Nous sommes en train de créer une "exception française"»*, intervista a Guillaume Hannotin, in *Le Point*, 31.1.2019.
- J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, trad. it. di P. COMOGLIO, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019.
- E. NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, in *AI & Soc.*, 2017, pp. 441 ss.

- M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in Riv. AIC, 2015, pp. 1 ss.
- M. NOBILI, sub art. 192, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, 1990.
- M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974.
- M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, pp. 71 ss.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, 1982.
- G. OBERTO, *Judicial independence in its various aspects: international basic principles and the Italian experience*, in Giacomooberto.com, 2013.
- G. OBERTO, *La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici*, in Giacomooberto.com, 2008.
- G. OBERTO, *Reclutamento, formazione e carriera dei magistrati nell'ordinamento giuridico e costituzionale italiano*, in Giacomooberto.com, 2000.
- B. OCCHIUZZI, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, Dir. pen. cont. - Riv. Trim., 2019, 2, pp. 391 ss.
- D. ORENTLICHER, *Politics and the Supreme Court: The Need for Ideological Balance*, in Scholars.law.unlv.edu, 2018, pp. 411 ss.
- R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, pp. 568 ss.
- T. OUSTET, *L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes*, in D. act., 16 ottobre 2017.
- F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in Cass. pen., 2022, pp. 941 ss.
- F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in Quad. fior., 2007, pp. 1279 ss.
- F.C. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018.
- F. PALLANTE-L. PEPINO, *Il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi*, in G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, 2023.
- M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, 2021.
- M. PALMIRANI-F. BENIGNI, *Norma-System: A Legal Information System for Managing Time*, in C. BIAGIOLI-E. FRANCESCONI-G. SARTOR (a cura di), *Proceedings of the*

- V Legislative XML Workshop, European Press Academic Publishing, 2007, pp. 205 ss.
- F.-J. PANSIER, *iJudge: vers une justice prédictive*, LGM éditions, 2019.
- G. PAOLOZZI, *Relazione introduttiva*, in L. LUPÀRIA DONATI-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, 2019.
- M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Giappichelli, 2019.
- M. PAPA, “Speciale”, in *Sist. pen.*, 24 marzo 2023.
- R. PARDOLESI-A. DAVOLA, Algorithmic legal decision making: *la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?*, in *Quest. Giust.*, 2020, 1, pp. 104 ss.
- R. PARK-T. LININGER, *The New Wigmore. A Treatise on Evidence: Impeachment and Rehabilitation*, Wolters Kluwer, 2012.
- C. PARODI-V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2019, 6, pp. 47 ss.
- F. PASQUALE, *The Black Box Society: the Secret algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.
- B. PASTORE, *Prefazione* a G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Edizioni ETS, 2016.
- P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Giappichelli, 2009.
- S. PERELLI, *L'impatto della riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in *Quest. giust.*, 19 settembre 2022.
- C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, trad. it. a cura di G. CRIFÒ, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, 1979.
- D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, 2019.
- T. PERROUD, *L'anonymisation des décisions de justice est-elle constitutionnelle? Pour la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de publicité de la justice*, in *JP blog*, 11 marzo 2019.
- P. PETRELLI, *Giudizi e pregiudizi*, in *Quest. giust.*, 2022, 2-3, pp. 108 ss.
- E. PODDIGHE, *Aristotele e il synoran. La visione globale tra politica e storia, tra retorica e diritto*, Franco Angeli, 2020.
- O. PFERSMANN, voce *Norme*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- B. PIERI, *Lo ius commune tra ipotesi giusnaturalistiche e tentativi di razionalizzazione. La proposta consolidativa di Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, 1664-1667, ed. it. a cura di A. ARTOSI-B. PIERI-G. SARTOR, Giappichelli, 2015.

- M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, pp. 957 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale*, II ed., Zanichelli, 2011.
- S.D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile: Précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Bachelier, 1837.
- O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, pp. 48 ss.
- O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, in *Enc. dir.*, 2023.
- R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.
- R. POUND, *The Spirit of Common Law*, 1921, trad. it. a cura di G. BUTTA, *Lo spirito della "Common Law"*, Giuffrè, 1970.
- L. PRESSACCO, sub art. 6, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022.
- L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio nel processo penale*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Editoriale Scientifica, 2023.
- A. PULVIRENTI, *Le restrizioni ai casi e ai motivi di ricorso per cassazione*, in ID. (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018.
- A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, pp. 113 ss.
- C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, Giappichelli, 2010.
- H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy. And Other Essays*, Harvard University Press, 2004.
- S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer, 2020.
- S. QUATTROCOLO, *Citazione diretta a giudizio: rivoluzioni che potrebbero portare frutto*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1207 ss.
- S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rev. Ítalo-Esp. Der. Proc.*, 2019, 2, pp. 107 ss.
- S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Leg. pen.*, 18 dicembre 2018.

- S. QUATTROCOLO, *L'ammissione della prova alla luce della rivoluzione digitale*, in E.M. CATALANO-P. FERRUA (a cura di), *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, Giappichelli, 2023.
- S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 1748 ss.
- K. QUEZADA TAVÁREZ-P. VOGIATZOGLOU-S. ROYER, *Legal challenges in bringing AI evidence to the criminal courtroom*, in *N. Journ. Eu. Crim. L.*, 2021, 4, pp. 531 ss.
- T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, pp. 160 ss.
- G. RAIMONDI, *Il patrimonio e l'impatto della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul giudizio disciplinare dei magistrati*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.
- M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, pp. 15 ss.
- J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford Clarendon Press, 1979.
- F. RECANATI, *Literalism and Contextualism: Some Varieties*, in G. PREYER-G. PETER (a cura di), *Contextualism in Philosophy. Knowledge, Meaning and Truth*, Clarendon Press, 2005, pp. 171 ss.
- P. RÉMY, *Eloge de l'exégèse*, in *Droits*, 1985, 1, pp. 115 ss.
- R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 195 ss.
- S. RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1541 ss.
- J.-H. ROBERT, *La détermination de la peine par le législateur et par le juge*, in *Droit pénal, Le temps des réformes*, Litec, coll. Colloques et débats, 2011.
- R. ROMBOLI, *La responsabilità dei magistrati nel quadro dei principi e dei valori costituzionali*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.
- M. RONCO, *Il principio di legalità*, in ID. (diretto da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, I. *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Zanichelli, 2010.
- R. RORDORF, *Nomofilachia e precedente giudiziario: il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, cc. 277 ss.
- F. ROSELLI, *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Giappichelli, 1999.
- A. ROSS, *Imperativi e logica*, in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. FEBBRAJO-R. GUASTINI, Il Mulino, 1982.

- A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, trad. it. di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Einaudi, 2001.
- D. ROSS, *Foundations of Ethics*, Clarendon Press, 1939.
- P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.
- F. ROUVIÈRE, *La justice prédictive: version moderne de la boule de cristal*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2017, pp. 527 ss.
- E.A. ROWE-N. PRIOR, *Procuring Algorithmic Transparency*, in *Al. L. Rev.*, 2022, pp. 303 ss.
- R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 3809 ss.
- R.A. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Giappichelli, 2022.
- U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020.
- U. RUFFOLO, *La machina sapiens come "Avvocato Generale" ed il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in ID. (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, 2021.
- U. RUFFOLO, *La "personalità elettronica"*, in ID. (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020.
- U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, 2021.
- S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence: a Modern Approach*, IV ed., vol. 1, 2020, ed. it a cura di F. AMIGONI, *Intelligenza artificiale: un approccio moderno*, Pearson, 2021.
- N. RUSSO, *La complessità, la Legge, ed il ruolo del giudice*, in *Quest. giust.*, 15 dicembre 2023.
- R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 1991, 1, pp. 1 ss.
- J. SAINT-ARNAUD, *Les définitions aristotéliennes de la justice: leurs rapports à la notion d'égalité*, in *Philosophiques*, 1, 1984, pp. 157 ss.
- J. SALLANTIN-J. SZCZECINIARZ (a cura di), *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, 2005.
- G. SANTALUCIA, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 4, t. II a cura di ID., Utet, 2009.
- C. SANTORIELLO, *Inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria immediata di cause di non punibilità: una giurisprudenza elusiva del giusto processo*, in G. CERQUETTI-

- C. FLORIO (a cura di), *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002.
- C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.
- C. SARRA, “*Iper-positività*”: *la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell’informazione*, in C. SARRA-M.I. GARRIDO GÓMEZ (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University Press, 2018.
- C. SARRA-M.I. GARRIDO GÓMEZ (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University Press, 2018.
- G. SARTOR, *Defeasibility in Law*, in G. BONGIOVANNI-G. POSTEMA-A. ROTOLO-G. SARTOR-C. VALENTINI-D. WALTON, *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Springer, 2018.
- G. SARTOR, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione. Corso d’informatica giuridica*, II ed., Giappichelli, 2012.
- C. SARTORETTI, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell’ordinamento costituzionale. Riflessioni sul modello francese*, Giappichelli, 2008.
- S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Vallardi, 1959.
- T. SAUVEL, *Essai sur la notion du précédent*, in *Recueil Dalloz*, 1955, pp. 93 ss.
- T. SAUVEL, *Histoire du jugement motive*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1955, pp. 5 ss.
- G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. e soc.*, 2011, 1, pp. 135 ss.
- O. SCARCELLO, *L’interlegalità e la cultura della giustificazione*, in E. CHITI-A. DI MARTINO-G. PALOMBELLA (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, Il Mulino, 2021.
- U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, 1983.
- G. SCARSELLI, *Note de iure condito e de iure condendo sulla valutazione di professionalità dei magistrati*, in *Giust. ins.*, 8 marzo 2021.
- A. SCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Giappichelli, 2006.
- W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2017.
- D. SCHAFFHAUSER, *Comprendre sans se méprendre*, in *Aj pénal*, 2018, pp. 32 ss.
- M. SCHAUSS, *Systèmes experts et droit*, in *Inf. e dir.*, 1987, 09-12, pp. 91 ss.
- W. SCHLUCHTER, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, 1979, trad. it. di S. CREMASCHI, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Il Mulino, 1987.
- C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, 1960, ed. it. a cura di G. GURISATTI, *La tirannia dei valori*, IV ed., Adelphi, 2008.
- E. SCODITTI, *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Quest. giust.*, 16 febbraio 2022.

- E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, pp. 175 ss.
- L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2008.
- J.R. SEARLE, *Literal Meaning*, in *Erkenntnis*, 1978, pp. 207 ss.
- N. SEMPLE, *Judicial Analytics: Facing Uncomfortable Truths*, in *Slaw.ca*, 20 ottobre 2020.
- M. SEN, *Is Justice Really Blind? Race and Reversal in US Courts*, in *Journ. of Leg. Stud.*, 2015, pp. 187 ss.
- M. SERIO, *Azione disciplinare nei confronti dei magistrati e libertà dell'attività interpretativa e valutativa: una prospettiva transnazionale*, in *Quest. Giust.*, 12 giugno 2023.
- M. SERIO, *Riflessioni critiche sulla iniziativa disciplinare del Ministro della giustizia nel caso Artem Uss*, in *Quest. Giust.*, 20 aprile 2023.
- P. SERRAO, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati. Parte Prima. Inquadramento storico ed eurounitario. La valutazione d'idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Giust. ins.*, 22 settembre 2020.
- P. SERRAO, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati. Parte Seconda. I nodi problematici: le fonti di conoscenza, il rapporto con il disciplinare, gli sfasamenti temporali, le modalità espressive*, in *Giust. ins.*, 23 settembre 2023.
- E. SERVERIN, *De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées*, in *Arch. phil. dr.*, 2018, pp. 23 ss.
- M. SESTIERI, *'Inquinamenti' della tipicità nei reati ambientali. L'esempio dell'abusività nel traffico illecito di rifiuti e nei nuovi "ecodelitti"*, Tesi dottorale, in *Iris.luiss.it*, 2020.
- M. SFORNA, *Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop), nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003*, in *Giust. ins.*, 2 marzo 2023.
- F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019.
- S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 605 ss.
- J. SIMON-KERR, *Credibility in an Age of Algorithms*, in *74 Rutgers U. L. Rev.*, 2021, pp. 111 ss.
- A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, 2020.
- M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, 1987.

- D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018.
- D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018.
- F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2023, pp. 543 ss.
- T. SNEED, *What to know about a judicial privacy bill Congress is passing with a major defense package*, in *Uscourts.org*, 14.12.2022.
- G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. II, *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, 1940.
- C. SOTIS, *Efficienza (in diritto penale)*, in C. PIERGALLINI-G. MANNOZZI- C. SOTIS-C. PERINI-M. SCOLETTA-F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022.
- C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte edu*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 68 ss.
- C. SOULARD, *Arrêts mieux motivés, jurisprudence plus cohérente*, in *Rev. dr. pén.*, 2019, 11, pp. 7 ss.
- G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 255 ss.
- G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, 2012.
- G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini Giuridica, 2022.
- G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Utet, 2008-2009.
- M. STEVENSON, *Assessing Risk Assessment in Action*, in *Minn. L. Rev.*, 103, pp. 303 ss.
- G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, 1988.
- G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, 1974.
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, t. 2, Giuffrè, 1980.
- F. TARONI-S. BOZZA-J. VUILLE, *La probabilità come strumento per una coerente valutazione della prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPÀRIA DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Cedam, 2022.
- M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, 1975.
- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992.
- M. TARUFFO, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 1507 ss.
- M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, 2020.
- J. TASHEA, *France bans publishing of judicial analytics and prompts criminal penalty*, in *Abajournal*, 7.6.2019.

- S. TAYLOR, *French Data Analytics Law Won't Stop Analytics*, in *Law.com*, 7.6.2019.
- V. TENORE, *I limiti della potestà ispettiva del Ministero di Grazia e Giustizia sul pool "mani pulite" al vaglio del giudice amministrativo* (nota a TAR Lombardia, 18 novembre 1995, n. 3154), in *Foro amm.*, 1996, pp. 994 ss.
- L. TERMINIELLO, *Il motore di ricerca Infocuria*, in G. LATTANZI-M. MAUGERI-G. GRASSO-L. CALCAGNO-A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I. *Il diritto dell'Unione europea e il giudice nazionale*, Giuffrè, 2023.
- A.F.J. THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 1799, trad. it. di D. DE MARINIS, *Teoria dell'interpretazione logica del diritto in generale e del diritto romano in particolare*, Giuseppe Marghieri Editore, 1872.
- D. THOMAS-TAILLANDIER, *La motivation enrichie et la chambre criminelle*, in M. DUGUÉ-J. TRAULLÉ (a cura di), *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, Lexis Nexis, 2023.
- E. THORNBURG, *(Un)Conscious Judging*, in *Wash & Lee L. Rev.*, 2019, pp. 1567 ss.
- E. TIRA, *La responsabilità civile dei magistrati: evoluzione normativa e proposte di riforma*, in *Riv. AIC*, 2011, 4.
- F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 404 ss.
- P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1225 ss.
- P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 1341 ss.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XXI, Giuffrè, 2020.
- A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati. Vigilanza ministeriale, CSM, procedimento disciplinare e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche italiane, 2020.
- A. TOSCHI, voce *Segreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1989.
- A. TOUFFAIT-A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, pp. 487 ss.
- A. TRABACCHI, sub art. 471, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. III, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. Giust.*, 10 aprile 2019.
- N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione*, Cedam, 2012.
- P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 893 ss.

- G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, pp. 15 ss.
- N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, pp. 1283 ss.
- M. TROPER, voce *Interprétation*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- M. TROPER, voce *Normativisme*, in D. ALLAND-S. RIALS (diretto da), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003.
- M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.
- R.T. TROP LONG, *Privilèges et Hypothèques*, 1833, trad. it. di D. DEL RE, con note di A. TORTORA, Gabriele Regina Editore, ed. 1879.
- E. TURCO, *L'impugnazione inammissibile. Uno studio introduttivo*, Cedam, 2012.
- G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, 2013.
- G. TUZET, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *MediaLaws*, 25 febbraio 2020.
- G. TUZET, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2019, 2, pp. 279 ss.
- G. UBERTIS, sub art. 116, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989.
- G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979.
- G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2023.
- G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sist. pen.*, 11 novembre 2020.
- G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995.
- G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 16 ss.
- G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, II ed., 2000.
- G. UBERTIS, *Processo telematico, intelligenza artificiale e Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2024, pp. 439 ss.
- G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, 2015.
- G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I. *Principi generali*, II ed., Utet, 2007.
- G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, 2022.
- K.E. UHL, *The Freedom of Information Act Post-9/11: Balancing the Public's Right to Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security*, in *Am. Un. L. Rev.*, 2003, pp. 261 ss.

- E. VALENTINI, *Principio di pubblicità dibattimentale e diritto alla riservatezza di testimoni e parti private*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 1019 ss.
- M. VAN DE KERCHOVE, *Les fondements philosophiques de la motivation des sanctions*, in C. CHAINAIS-D. FENOUILLET-G. GUERLIN (a cura di), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2. *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'Esprit du droit, 2013.
- M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1078 ss.
- A. VARINARD-S. GUINCHARD-T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, XVI ed., Dalloz, 2021.
- M. VERDUSSEN, *Des juges socialement responsables*, in *La Libre*, 13 luglio 2007.
- E. VERGÈS, *Le juge face à la boîte noire: l'intelligence artificielle au tribunal*, in *Recueil Dalloz*, 2022, pp. 1920 ss.
- D. VICOLI, *Riflessioni sulla prova scientifica: regole inferenziali, rapporti con il sapere comune, criteri di affidabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 1238 ss.
- M. VIETTI, *Mettiamo giudizio. Il giudice tra potere e servizio*, Bocconi University Press, 2017.
- F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021.
- F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.
- F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 3, pp. 380 ss.
- O. VINYALS-A. TOSHEV-S. BENGIO-D. ERHAN, *Show and tell: Lessons learned from the 2015 MSCOCO image captioning challenge*, in *Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence*, 2017, pp. 1 ss.
- F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 1999.
- L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I, II ed., Diritto Avanzato, 2018.
- V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Analisi e diritto*, Giappichelli, 2012.
- S. VILLATA-J. HARAŠTA-P. KREMEN (a cura di), *Legal Knowledge and Information Systems*, IOS Press, 2020.
- S.F. VITELLO, *Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura*, in L. CALCAGNO-A. CIRIELLO-G. GRASSO-G. CAMPANELLI (a cura di), *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Quaderni S.s.m., 2022.

- P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, II ed., Giuffrè, 2010.
- G.P. VOENA, sub art. 116, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Giuffrè, 1984.
- G.P. VOENA, *Principio di pubblicità ed udienza preliminare*, in AA.VV., *L'udienza preliminare. Atti del IV Convegno tra gli studiosi del processo penale del 20-22 settembre 1991*, Giuffrè, 1992.
- G.P. VOENA, *Processo pubblico e "mass media": il passato e il presente*, in *Processo e garanzie della persona*, Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, pp. 155 ss.
- M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 5 marzo 2020.
- M. WALINE, *La motivation des décisions de justice*, Ed. de la Haute Ecole des Sciences Economiques et Commerciales "Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis". Athènes, vol. II, 1973.
- M. WALINE, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, in AA.VV. (*Mélanges R. Carré de Malberg*), Sirey, 1933.
- M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. I, trad. it. di P. ROSSI-T. BAGIOTTI-F. CASABIANCA, *Economia e società. Teoria delle categorie sociologiche*, Einaudi, 1999.
- M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. III, ed. it. a cura di M. PALMA, *Economia e società. Diritto*, Piccola Biblioteca Donzelli, 2016.
- M. WEBER, *Wirtschaftsgeschichte. Abriß der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 1923, trad. it. di S. BARBERA con una introduzione di C. TRIGILIA, *Storia economica. Linea di una storia universale dell'economia e della società*, Donzelli, 1993.
- M.N. WEILAND, *First Amendment Metaphors: The Death of the "Marketplace of Ideas" and the Rise of the Post-Truth "Free Flow of Information"*, in *Yale J.L. & Hum.*, 2022, pp. 366 ss.
- S.R. WEST, *Awakening the Press Clause*, in *UCLA L. Rev.*, 2011, pp. 1025 ss.
- W. WINDEBAND, *Preludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 1884, trad. it. di R. ARRIGHI con una introduzione di A. BANFI, *Preludi. Saggi e discorsi d'introduzione alla filosofia*.
- T.P. WOODS, *The Implicit Bias of Implicit Bias Theory*, in *Drax. L. Rev.*, 2018, pp. 631 ss.

- J. WROBLEWSKI, *Cognizione delle norme e cognizione attraverso le norme*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, 1983.
- J. WROBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making*, in *Rechtstheorie*, 1974, 1, pp. 33 ss.
- G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, 2007.
- G. ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in *Ars interpretandi*, 2021, 1, pp. 29 ss.
- F. ZACCHÈ, sub art. 25 Cost., in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, ed. IV, Ipsoa, 2023.
- G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, vol. I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, 1998.
- G. ZAMPETTI, *Osservazioni su alcuni aspetti processuali della nuova disciplina sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: profili costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2016, 3.
- F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.
- D. ZEROUKI COTTIN-V. PERROCHEAU-P. MILBURN, *L'obligation de motivation des décisions criminelles en France: de la loi aux pratiques. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, in *Rev. jur. Thémis*, 2020, pp. 363 ss.
- D. ZEROUKI-COTTIN, *Réflexions pluridisciplinaires sur la motivation des peines par la cour d'assises*, in *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.*, 2018, pp. 789 ss.
- E. ZOLLER (a cura di), *Penser le droit à partir de l'individu*, Dalloz, 2018.
- S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, trad. it. di P. BASSOTTI, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019.