

OLIVIERO MAZZA

Distopia del processo artificiale

Le più recenti trasformazioni del rito penale hanno posto le basi per l'avvento del processo governato dall'intelligenza artificiale. Efficienza quantitativa, contrazione dei tempi e risparmio delle risorse, digitalizzazione, smaterializzazione e despatializzazione degli atti, prevedibilità delle decisioni, vincolo del precedente, verticizzazione della giurisdizione, formalizzazione della logica del decidere, non sono solo i tratti caratteristici della procedura penale degli ultimi anni, ma costituiscono il perfetto terreno di coltura del processo artificiale. Se si vuole scongiurare l'ennesima distopia, bisogna intervenire proprio su questo terreno, riconsiderando tutte le scelte politico ideologiche che hanno ispirato le riforme del nuovo millennio, per un ritorno ai valori tradizionali dell'umanesimo processuale.

Dystopia of the artificial process.

The most recent transformations of criminal procedure have set the stage for the advent of the process governed by artificial intelligence. Quantitative efficiency, time contraction and resource saving, digitization, dematerialization and despatialization of acts, predictability of decisions, constraint of precedent, verticalization of jurisdiction, formalization of the logic of deciding, are not only the characteristic features of criminal procedure in recent years, but constitute the perfect breeding ground for the artificial process. If yet another dystopia is to be averted, action must be taken on this ground, reconsidering all the political ideological choices that inspired the reforms of the new millennium, for a return to the traditional values of procedural humanism.

SOMMARIO: 1. Le garanzie schermate nel processo penale digitale. - 2. L'efficienza artificiale. - 3. Prevedibilità delle decisioni e giustizia algoritmica. - 4. Processo artificiale e sociabilità processuale. - 5. Ritorno all'umanesimo processuale.

1. *Le garanzie schermate nel processo penale digitale.* Cinque anni dopo la distopia del processo a distanza¹, allora generata dalla legislazione emergenziale pandemica, nuove e ancora più inquietanti visioni di futurologia della procedura penale si affacciano all'orizzonte.

In questi anni abbiamo già assistito alla smaterializzazione processuale in nome dell'efficienza. L'emergenza sanitaria del 2020 ha accelerato l'impiego su vasta scala della infotelematica anche nel settore penale, con la conseguente previsione sia di una modalità di celebrazione del rito a distanza², un vero e proprio ossimoro processuale in cui lo schermo non è solo il mezzo, ma anche il limite che scherma diritti e garanzie partecipative, sia di un portale che,

¹ MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 1 ss.

² Il processo a distanza (art. 133-bis e 133-ter c.p.p.) segna un notevole salto di qualità rispetto alle precedenti previsioni in tema di partecipazione a distanza degli imputati detenuti (art. 146-bis norme att. c.p.p.) o di esame a distanza di alcune fonti di prova (art. 147-bis norme att. c.p.p.).

pur fra notevoli difficoltà tecniche, viene per ora impiegato quasi esclusivamente per il deposito degli atti resi in formato digitale³.

Questa prima transizione, non ancora completata, anche a causa delle evidenti carenze tecnico applicative, ha però segnato la strada che porterà alla completa digitalizzazione degli atti processuali, abbandonando la millenaria tradizione della documentazione cartacea. Non mancano, certo, le aporie di un sistema digitale che ha ridisegnato per linee interne perfino le categorie delle invalidità, con la creazione regolamentare di una inedita irricevibilità gestita dai sistemi informatici, o meglio dagli anonimi addetti alla gestione di tali sistemi, per non parlare dell'effetto indesiderato rappresentato dalla elefantiasi degli atti. Nell'ambiente digitale, infatti, è agevole riversare una mole di dati e informazioni che non sarebbe fisicamente gestibile, con intuibili conseguenze non solo sul piano dell'effettività del diritto di difesa, ma anche della qualità della giurisdizione e più in generale della tanto decantata efficienza.

Il gigantismo delle informazioni processuali, favorito, come detto, dalla loro digitalizzazione, non rappresenta solo un gravissimo pregiudizio effettivo tanto per le facoltà difensive quanto per l'economia processuale, ma costituisce, a ben vedere, il presupposto "tecnico" per l'ulteriore evoluzione, o involuzione, nel processo artificiale. La digitalizzazione, infatti, è la condizione indispensabile per rendere operativa l'intelligenza artificiale. A questa elementare considerazione si deve aggiungere che proprio il gigantismo digitale delle informazioni processuali renderà ineludibile l'impiego di sistemi algoritmici sempre più evoluti per la gestione di una mole di dati che supera le capacità umane.

A fianco di questa prima trasformazione digitale, che presenta anche aspetti di segno positivo, in quanto le tecnologie, a regime, dovrebbero effettivamente semplificare alcune attività processuali, si sono però registrate ulteriori metamorfosi certamente meno apprezzabili. Ad esempio, la stabilizzazione e la generalizzazione in termini normativi della possibilità, inizialmente solo eccezionale e giustificata da precise ragioni sanitarie, di svolgere i processi con mezzi di collegamento a distanza infotelematici, nonché la regola della forma cartolare (digitale) dei gradi di giudizio di impugnazione, a sua volta giustificata, in un primo momento, dal distanziamento personale imposto dalla pandemia, salvo poi segnare, a regime, il ritorno al modello processuale scritto e segreto, tipico dei sistemi inquisitori.

C'è un filo rosso che lega tutte queste vere e proprie trasfigurazioni del rito penale ed è rappresentato dalla creazione di un nuovo diritto processuale

³ Sul tema, v. le condivisibili considerazioni critiche di TAVASSI, *Formalismi giurisprudenziali e forme tecnologiche nel giusto processo digitale*, in questa *Rivista*, 2024, n. 1, 1-26.

modellato sui regimi eccezionali sperimentati nel periodo della crisi sanitaria del Covid-19: lo stato d'eccezione che si fa regola.

Processo a distanza, digitalizzazione dei depositi, rito cartolare sono, infatti, le conseguenze più evidenti di una sequenza straordinaria di eventi che ha preso avvio con la pandemia per passare attraverso la condizionalità europea che il PNRR si è autoimposto e per finire con la riforma dichiaratamente rivolta all'efficienza del processo penale (d.lgs. n. 150 del 2022).

L'equazione che ha ispirato tutte gli interventi riformistici dell'ultimo quinquennio è semplice: lo stato d'eccezione alle tradizionali regole procedurali di garanzia porta a cadenze sincopate, al limite della vera e propria deprocessualizzazione utile per quell'obiettivo di efficienza declinato solo sul taglio lineare della durata media dei processi. Il metaplasmo processuale è il simbolo dell'efficienza per chi si limita a calcolare il *disposition time*⁴.

Lo scenario degli anni Venti ha mostrato finora una netta regressione della cultura processuale. Non solo il definitivo tramonto dell'illusione di un processo accusatorio garantista che non ha mai realmente attecchito nei costumi italiani⁵, ma anche l'affiorare di una nuova tendenza alla gestione economico-aziendalistica degli affari penali. L'efficienza ha perso ogni residuo connotato assiologico, non è più riferita, come concetto di relazione, all'unica finalità legittima del processo, che è quella cognitiva⁶, ed è divenuta un super valore a sé stante, ossessivamente rivolto alla mera riduzione dei tempi dell'accertamento, come se la Costituzione imponesse un processo breve purchessia e non la ragionevole durata del giusto processo, ossia di un accertamento garantito che deve svolgersi nel tempo necessario - più o meno lungo - per rendere effettivi tutti gli altri indefettibili diritti fondamentali.

A ben vedere, tuttavia, il mito autoreferenziale dell'efficienza ha radici molto più profonde, che si collocano ben prima dello spartiacque rappresentato dal-

⁴ GIALUZ-GATTA, *Riforma Cartabia e durata media del processo penale: -29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNRR. I dati del monitoraggio statistico del ministero della giustizia*, in *Sist. pen.*, n. 11-2023, p. 71 ss. Con riferimento ai dati statistici diffusi dal Ministero della Giustizia, va osservato che il dato della durata media dei procedimenti penali (*disposition time*) era già in calo, di circa il 10%, nel 2022, ossia prima dell'entrata in vigore della riforma Cartabia. Inoltre, i dati, probabilmente ottimistici, andrebbero scorporati in funzione dei risultati ottenuti grazie alle scaltre sentenze di non doversi procedere per mancanza "sopravvenuta" di querela o per irreperibilità dell'imputato.

⁵ MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 201 ss.

⁶ Secondo GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 10, l'efficienza del processo postula «la necessità della sua concreta attitudine strutturale (anche sotto il profilo degli strumenti normativi cui si raccordano le posizioni soggettive delle parti) al conseguimento dello scopo che gli è proprio, rappresentato dall'accertamento dei fatti e delle responsabilità».

la pandemia del 2020. La crisi sanitaria è stata solo il poderoso acceleratore di una tendenza involutiva già in atto da tempo, favorita anche da una retorica giustizialista, di carattere punitivo e finalistico, che non ha mai accolto nemmeno l'idea del giusto processo⁷.

Efficienza, digitalizzazione e riduzione del processo segnano sia un punto d'arrivo, nel presente, sia, nel futuro prossimo, le premesse per una ulteriore e ancor più dirompente trasformazione.

2. *L'efficienza artificiale.* Ben presto il processo efficiente, ancorché da poco codificato nelle sue forme scritte e digitali, sarà destinato a lasciare il posto a un nuovo rito, quello artificiale.

La procedura penale, come disciplina di un fenomeno sociale, dovrà inevitabilmente confrontarsi con la quarta rivoluzione industriale che sta cambiando il mondo. Ci troviamo, quasi inconsapevolmente, già nel mezzo di un mutamento di paradigma non solo tecnico, ma anche economico e giuridico, passando dal regime di tecnologia informatica a quello della intelligenza artificiale.

Per comprendere quanto sarà pervasivo il nuovo scenario algoritmico è sufficiente un semplice raffronto.

Con l'informatica e la digitalizzazione abbiamo trasferito ai computer la memoria e il risultato è stato quello di ampliare a dismisura le capacità umane di immagazzinare e trattare dati. Prima dell'avvento dell'informatica nessuno avrebbe anche solo immaginato la possibilità di gestire una mole tendenzialmente infinita di informazioni, si pensi alle banche dati della Cassazione o ai portali di ricerca giuridica.

Con l'intelligenza artificiale stiamo traferendo ai computer il pensiero e il risultato sarà che nessun essere umano potrà mai competere con le capacità cognitive e intellettive di una macchina in grado non solo di gestire ogni informazione, ma anche di decidere con discernimento razionale.

Del resto, il *core business* della intelligenza artificiale (d'ora in poi AI secondo l'acronimo inglese) è proprio il *problem solving* che, non a caso, è il significato stesso dello *ius dicere*.

L'AI si sta evolvendo, con accelerazioni impressionanti, sul modello del pensiero umano, ma sarà presto in grado di superarlo se è vero che, come sostenne agli albori di questa innovazione John McCarthy, un pioniere del settore, essa «è la scienza e l'ingegneria della creazione di macchine intelligenti,

⁷ Per una lucida denuncia del recupero delle ideologie più autoritarie e conservatrici del processo penale, v. PETRELLI, *Critica della retorica giustizialista*, Milano, 2021, 91 ss.

in particolare di programmi informatici intelligenti. È legata all'analogo compito di usare i computer per comprendere l'intelligenza umana, ma AI non deve limitarsi a metodi biologicamente osservabili»⁸.

Senza soffermarsi sugli aspetti tecnici o sulle varie classificazioni, che peraltro segnalano come il *machine learning* si sia evoluto nella recente diffusione dell'AI generativo, ossia di un sottoinsieme di algoritmi che generano nuovi *output* in base ai dati su cui sono stati addestrati, tra cui testo, immagini, audio e dati sintetici, la visione distopica che non possiamo ignorare è quella di un computer in grado di decidere ogni questione che si pone in ambito giudiziario.

Ci sono, infatti, quattro grandi generazioni di sviluppo di AI. La prima generazione era di carattere reattivo, nel senso che reagiva ai dati in ingresso sulla base di un programma o di un modello informatico predeterminato. La seconda generazione, quella attualmente in uso, riesce a basarsi sulle esperienze trascorse per affrontare autonomamente nuove situazioni. Valuta attivamente scenari passati e insiemi di stimoli simili alla determinazione algoritmica che gli viene richiesta, prima di soppesare le sue opzioni in questa nuova situazione e fornire un *output*. La terza generazione reagirà ai dati di *input* attraverso una valutazione soggettiva nell'ambito della sua *theory of mind*, determinando il motivo per cui alcuni *input* si materializzano. La quarta generazione di AI potrebbe divenire autoconsapevole della sua stessa forma, generando in proprio la programmazione necessaria per raggiungere gli obiettivi piuttosto che limitarsi a ricevere la programmazione umana⁹.

Non è quindi in discussione la possibilità tecnologica di disporre, nel presente o comunque nel futuro prossimo, di una macchina dotata di capacità cognitive pari o addirittura superiori a quelle umane, posto che già oggi i sistemi di AI sono impiegati nelle attività produttive *cyber-physical* dell'industria 4.0, per il controllo del traffico, per l'assistenza automatizzata dei veicoli, in ambito sanitario¹⁰, per le attività amministrative, ma anche per assumere decisioni

⁸ «It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable» (MCCARTHY, *What Is Artificial Intelligence?* [online], Stanford University. Available, 2007 at www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf).

⁹ COX, *Perpetual Self-Aware Cognitive Agents*, in *AI Magazine*, 28(1), 2007.

¹⁰ Uno studio dell'Università di Stanford (*Computers Trounce Pathologists in Predicting Lung Cancer Type, Severity*, News Center, 16 August 2016, <https://med.stanford.edu/news/all-news/2016/08/computers-trounce-pathologists-in-predicting-lungcancer-severity.html>) ha dimostrato che l'AI è in grado di diagnosticare il cancro ai polmoni utilizzando immagini al microscopio in modo più accurato rispetto ai patologi umani, mentre uno studio olandese ha dimostrato che l'AI è in grado di

giudiziarie.

Nel Stati Uniti d'America, alcuni ordinamenti, come quelli della Pennsylvania, del Kentucky e del Wisconsin, utilizzano già programmi di valutazione del rischio per la determinazione della pena. Basandosi sul teorema di Bayes, ossia il metodo analitico per determinare la probabilità che un evento si verifichi, il *criminal sentencing* operato dall'AI si fonda non solo su un'accurata valutazione del rischio di recidiva¹¹, ma anche sull'autoapprendimento, nel senso che alla macchina sono trasmesse altresì le informazioni relative agli esiti delle sue previsioni, così da potersi auto migliorare nel tempo.

Alla luce delle esperienze già maturate, il quesito che dobbiamo porci non è se l'AI verrà utilizzata nel processo penale, ma quando e come ciò avverrà. Soprattutto, se vogliamo tentare di scongiurare la distopia del processo artificiale governato dalla AI, dobbiamo avere il coraggio già oggi di ripensare profondamente l'idea stessa della decisione giudiziale e di capire quali sono le ragioni che ci hanno condotto alle soglie di un cambiamento a dir poco epocale.

3. *Prevedibilità delle decisioni e giustizia algoritmica.* L'avvento della AI nel processo penale è stato largamente favorito e, in qualche misura, anticipato da un modello di giurisdizione penale da tempo coltivato in giurisprudenza e avallato dalla dottrina maggioritaria. Concetti come la formalizzazione e la prevedibilità delle decisioni o la stessa efficienza del sistema giudiziario, intesa quale semplificazione e riduzione dei tempi processuali, ma anche la dimensione oracolistica della prova scientifica, rappresentano la base teorica e il substrato culturale della gestione artificiale del processo.

Con una provocazione solo apparente, si potrebbe dire che chi ha voluto il giudice automa potrà ben presto avere a disposizione l'automa giudice in grado di fornire risposte giurisdizionali perfettamente allineate a modelli predefiniti e, quindi, ampiamente prevedibili, con in più il vantaggio di una reale imparzialità non sempre riscontrabile nell'agire umano¹².

diagnosticare il cancro alla prostata utilizzando la risonanza magnetica in modo analogo a quello dei radiologi umani (*Clinical Evaluation of a Computer-Aided Diagnosis System for Determining Cancer Aggressiveness in Prostate MRI*, in *European radiology*, November 2015).

¹¹ MCKAY, *Predicting Risk in Criminal Procedure: Actuarial Tools, Algorithms, AI and Judicial Decision-Making*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 32, no. 1 (February 2020), 22-39.

¹² Nel suo capriccio letterario, pubblicato per la prima volta nel 1954, CHARPENTIER descrive un sistema giudiziario grottesco di *justice by lottery*, in cui i giudici sono sostituiti da macchine automatiche, ispirate nelle loro decisioni dal caso, proprio a tutela della assoluta imparzialità di giudizio (*Justice machines. Racconto di fantasia giudiziaria*, Macerata, 2015). Settant'anni più tardi, l'esigenza di imparzialità rappresentata dal giudice macchina non sarebbe più coniugata con la regola del caso, ma con la razionalità

Le “tappe di avvicinamento” al processo artificiale prendono avvio con l’enunciazione, in termini prescrittivi, del principio di prevedibilità delle decisioni di matrice europea¹³.

Va subito chiarito che in un sistema di *civil law*, come il nostro, la prevedibilità, intesa quale certezza del diritto, dovrebbe essere il corollario del rispetto del principio di legalità, tanto sostanziale quanto processuale.

La premessa, tuttavia, non trova riscontro in un ordinamento giuridico che, nei fatti, si mostra dominato dal diritto giurisprudenziale. Ciò spiega la ragione per cui la prevedibilità delle decisioni non viene fatta dipendere dalla qualità dei precetti normativi, ma dalla volontà degli interpreti. È sempre più diffusa la convinzione che il principio di prevedibilità delle decisioni sia un succedaneo della certezza del diritto adattato a un sistema in cui la giurisprudenza è ritenuta, a tutti gli effetti, una fonte di produzione¹⁴.

Si spiega così l’equivoco insito nella scelta di adottare anche nel nostro ordinamento un principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo proprio per tener conto delle tradizioni di quei Paesi in cui la giurisprudenza è fonte formale del diritto, autonoma o almeno concorrente rispetto alla legislazione.

L’art. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, è una garanzia ben diversa dalla riserva di legge, non richiedendo che la norma giuridica sia stabilita dal potere legislativo sul quale ricade la responsabilità politica dinnanzi all’elettorato. Nella sua dimensione convenzionale, il principio di legalità postula solo la prevedibilità delle conseguenze di una condotta, tanto in ordine alla rilevanza penale quanto con riferimento all’eventuale punizione, sulla base di precedenti giurisprudenziali consolidati. Emblematica, in proposito, è la decisione del caso *Contrada c. Italia* in cui il Giudice europeo ha riempito il difetto di tassatività del concorso esterno in associazione

artificiale.

¹³ V., per tutti, VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 dicembre 2016.

¹⁴ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale*, cit., 23, ammette la reale dimensione assunta dalla giurisprudenza: «è il mio personale rifiuto – del resto oggi quasi unanimemente condiviso a livello di teoria generale – di una concezione dell’interpretazione come mero atto ricognitivo, in forza del quale il giudice sarebbe semplicemente a ricavare dalla norma un significato implicito che si assume già presente in essa. L’interpretazione ... è atto con cui il giudice prosegue e completa l’attività normativa del legislatore, definendo il preciso contenuto della norma da applicare nel caso concreto. Questa attività di completamento (e dunque di con-formazione) del diritto di matrice legislativa ad opera della giurisprudenza si attua, tipicamente, mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi cui è riconducibile il caso concreto all’esame, ma che conserva carattere generale e astratto e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale».

mafiosa con una singolare dimensione giurisprudenziale raggiunta solo in seguito alle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁵.

La prevedibilità delle decisioni non è però solo il portato di un'interpretazione consolidata del precetto penale, ma dipende in pari misura dalla applicazione concreta delle norme processuali. Dunque, anche alla procedura penale è stata estesa la medesima regola della prevedibilità declinata sul parametro del diritto giurisprudenziale. Il diritto processuale giurisprudenziale ha trovato in seguito piena formalizzazione con la modifica dell'art. 618 commi 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p. che ha introdotto il sistema del precedente vincolante in Cassazione nonché le regole per l'*overruling*¹⁶. La riforma Orlando non ha però inciso solo sulle dinamiche interne alla Cassazione, trasmettendo all'intera giurisdizione il preciso messaggio di una verticizzazione delle decisioni che si fonda sul rispetto dei precedenti superiori¹⁷.

Il principio di prevedibilità delle decisioni si salda idealmente con la ritenuta miglior efficienza del sistema giudiziario. Questo strettissimo collegamento è palesato da una precipua sentenza delle Sezioni Unite civili, secondo cui «perché si possa procedere a un *revirement* giurisprudenziale in materia processuale non è dunque sufficiente che l'interpretazione precedente sia, in ipotesi, ritenuta meno plausibile o meno condivisibile sul piano letterale, logico e/o sistematico dal collegio chiamato a decidere successivamente su analoga questione, posto che, giova ripetere, l'*overruling*, soprattutto in materia processuale non solo incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle 'regole del gioco', ma [...] incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziando la relativa

¹⁵ Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n. 3), ric. n. 66655/13, § 66 e 69: «La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il paragrafo 7 supra), l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti ... è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno».

¹⁶ Cfr. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 137 ss.

¹⁷ Ancora una volta si fa apprezzare la schiettezza di VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale*, cit., 30, per il quale, nelle «situazioni in cui il giudice si trovi a decidere una questione giuridica già affrontata dalla giurisprudenza dalla Cassazione, la seconda tesi che vorrei qui enunciare dovrebbe apparire scontata, sulla base delle premesse sinora sviluppate: il giudice dovrà tendenzialmente decidere il caso concreto in modo prevedibile, e dunque in modo conforme a tale giurisprudenza».

funzione, con un ulteriore (indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sulla ‘affidabilità’ del sistema»¹⁸.

Il legame fra prevedibilità ed efficienza viene poi riferito alle «enormi aspettative di giustizia da parte delle persone offese» e all’ «efficiente uso delle risorse scarse a disposizione del sistema giustizia»¹⁹, dando conto di una precisa ideologia repressiva del processo che vorrebbe ridurre al massimo lo scarto fra accuse e condanne in ragione di una sistematica conferma dei precedenti.

A dieci anni circa dalle prime teorizzazioni del principio di prevedibilità delle decisioni, passando per la già ricordata riforma Orlando del 2017, si può dire che il sistema del diritto giurisprudenziale sia stato non solo accettato, ma, nell’ottica del processo artificiale, formalizzato.

Se è vero che «il ‘principio di diritto’, dunque, ha la funzione di ‘universalizzare’ la decisione individuale» e che si traduce in «una direttiva ermeneutica per gli interpreti, in funzione della prevedibilità delle decisioni, della coerenza del sistema e di un auspicato effetto deflattivo rispetto all’insorgere di procedimenti inutili, in quanto destinato ad operare in un numero indefinito di processi, ed ancor prima nella realtà extra-processuale, perseguendo al tempo stesso scopi di eguaglianza delle tutele di fronte alla legge»²⁰, appare indubitabile l’obiettivo non solo di uniformare la giurisprudenza, ma di formalizzare il modo di decidere in aderenza ai precedenti.

Del resto, non si fa mistero che «l’impiego dei precedenti, in linea generale previsto nel nostro sistema processuale (ex artt. 118 disp. att. c.p.c.; 348-ter c.p.c.), permette certamente un calcolo di probabilità, un’aspettativa circa la futura decisione del giudice»²¹.

Le regole processuali standardizzate investono anche il momento decisionale inteso in senso stretto²², come dimostra la costruzione di un modello sempre

¹⁸ Cass., Sez. Un. civ., 06 novembre 2014, in *Mass. UII*, n. 632844.

¹⁹ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale*, cit., 21 e 23.

²⁰ DE AMICIS, *Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la Corte di Cassazione tra stabilità e mutamento*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2024, 1 e 3.

²¹ DE AMICIS, *Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la Corte di Cassazione tra stabilità e mutamento*, cit., 8.

²² Sono innumerevoli i tentativi di formalizzare il ragionamento decisionale del giudice. Ci si può limitare a richiamare quanto affermato da CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *questa Rivista*, 2011, n. 3, 11: «in proposito, ritenendosi fondata l’idea che la probabilità assegnata sia sempre relativa all’evidenza disponibile, può essere utilmente richiamata, per indicare come funziona il ragionamento probatorio del giudice, l’equazione logico-formale di C.G. Hempel (pHK=R). La probabilità (p) di un’ipotesi (H) è proporzionata alla quantità e qualità delle informazioni o evidenze disponibili e coerenti con la stessa ipotesi (K) ed è direttamente proporzionale alla capacità di resistenza che presenta rispetto alle contro ipotesi (=R): sicché la massima estensione del fattore K e la robustezza del fattore R costituiscono l’asse portante della nevralgica operazione, diretta

più analitico di sentenza (art. 546 c.p.p.) nonché una precisa regola di giudizio, calibrata sulla dimostrazione della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, sancita dall'art. 533 c.p.p.

Nel nostro ordinamento, tale regola di giudizio assume un significato obiettivo, ben lontano dalla irrazionalità del dubbio scettico, sempre possibile in ogni inferenza logico-induttiva²³, ma anche dal dubbio soggettivo elevato a canone decisionale nel sistema statunitense imperniato sul verdetto immotivato della giuria²⁴. Così interpretato, il dubbio ragionevole assume una dimensione “oggettiva”, ben più rassicurante rispetto alla deriva soggettivistica e irrazionale che si registra in alcune formule normative, come quella contenuta nella Section 1096 del codice penale della California, parte seconda dedicata alla procedura penale²⁵.

Per i principi di diritto ormai consolidati in giurisprudenza, «il giudice deve ritenere intervenuto l'accertamento di responsabilità dell'imputato 'al di là di ogni ragionevole dubbio', che ne legittima ai sensi dell'art. 533, comma primo, c.p.p. la condanna, quando il dato probatorio acquisito lascia fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili 'in rerum natura', ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»²⁶.

alla scelta decisionale più coerente e razionale». Come si può notare, tale schema sembra la premessa di una decisione computazionale.

²³ In proposito, FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 73, parla di dubbio non ragionevole.

²⁴ Per il nostro sistema, non sarebbe ragionevole e non potrebbe essere preso in considerazione il dubbio meramente soggettivo, ossia non suffragato dalle evidenze raccolte. La probabilità logica, che rappresenta lo schema razionale di giudizio, non considera il personale convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, ma richiede che un solido e coerente quadro probatorio confermi induttivamente l'affermazione di colpevolezza. Non conta quello che soggettivamente e irrazionalmente pensa il giudice, ma quanto lo stesso giudice può ragionevolmente inferire dalle prove raccolte.

²⁵ Il testo della Section 1096 recita: «A defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: "It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge"».

²⁶ Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, in *Mass. Uff.*, n. 240763. Analogamente, «il dubbio idoneo ad introdurre una ipotesi alternativa di ricostruzione dei fatti è soltanto quello 'ragionevole', ovvero quello che trova conforto nella logica, sicché, in caso di prospettazioni alternative, occorre comunque individuare gli elementi di conferma dell'ipotesi ricostruttiva accolta, non potendo il dubbio fondarsi su un'ipotesi del tutto congetturale, seppure plausibile» (Cass., Sez. III, 21 gennaio 2021, in *Mass. Uff.*, n. 281647).

Si può quindi concludere che «nella incapacità, o meglio nella impossibilità, di attribuire connotati di certezza al ragionamento induttivo - purtroppo ancor oggi l'unico utilizzabile in ambito giudiziario, sebbene la sua efficacia per una logica della conferma sia stata posta in crisi da ben noti paradossi prospettati dalla filosofia della scienza -, al ragionevole dubbio va comunque riconosciuto il merito di configurare la probabilità logica come induzione (anche) eliminativa, inglobante esigenze di tipo falsificazionista. L'inferenza induttiva eliminativa, postulata proprio dall'esclusione del ragionevole dubbio, è dunque l'attività intellettuale alla quale è chiamato il giudice nel momento decisivo: l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista (non colpevolezza)»²⁷.

La stessa matrice culturale che ispira il principio di prevedibilità delle decisioni si ritrova nel rapporto fra scienza e processo. L'apparente canone di selettività della scienza che avrebbe diritto di accedere al processo penale finisce per accreditare uno statuto tecnico della prova dal quale discende una decisione predeterminata nella sua componente fattuale. La logica probabilistica del giudice è inevitabilmente condizionata dai modelli scientifici ispirati a risultati di certezza assoluta o comunque di elevata probabilità. Per comprendere quanto la scienza condizioni il percorso decisionale, quanto il giudice dipenda dalle conclusioni del perito, basterebbe evidenziare la diffusa ingenuità semantica di ritenere il test del DNA una prova. Nessuno sembra accorgersi che il DNA non può mai fornire una prova rappresentativa del *thema probandum*, potendo dimostrare solo un fatto, l'appartenenza del campione biologico a un individuo, che normalmente non è l'oggetto di prova. A partire dal risultato del test del DNA si costruisce un'inferenza indiziaria per cui il campione biologico reperito sulla scena di un omicidio appartiene con certezza scientifica all'imputato che, dunque, per massima d'esperienza, si trovava al cospetto della vittima (salva la questione cronologica), e dalla probabile compresenza sulla scena del crimine si opera una seconda inferenza indiziaria (*praesumptio de praesumpto*) - in sé vietata dall'art. 192 comma 2 c.p.p., non essendo l'informazione di partenza precisa, ossia certa - per cui l'imputato è l'autore dell'omicidio.

Della prova scientifica rimane ben poco, ma l'indizio scientifico, o meglio la doppia inferenza indiziaria che scolora anche il regime delle probabilità, è

²⁷ MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 371.

diventata la prova regina dello statuto epistemico di un processo governato dal neo-scientismo.

Per non parlare dei modelli inferenziali bayesiani²⁸ o di *Evidentiary Value Model* (EVM)²⁹ applicati alla valutazione delle prove penali. La condivisibile affermazione della probabilità *qualitativa* nell'epistemologia giudiziaria contemporanea non sembra opporsi, soprattutto nei paesi di *common law*, al ricorrente tentativo di impiegare logiche quantitative, in senso lato matematiche, nell'apprezzamento delle prove, soprattutto con l'obiettivo di quantificare il superamento della soglia del ragionevole dubbio. L'acceleratore di queste teorie è proprio il passaggio dal *trial by mathematics*³⁰ al *trial by algorithms*.

4. *Processo artificiale e sociabilità processuale*. Come si è anticipato, il processo penale ha subito radicali trasformazioni sotto la spinta del falso mito dell'efficienza: riduzione dei tempi di definizione delle pendenze, prevedibilità e standardizzazione delle decisioni, vincolo del precedente rappresentato dai principi di diritto massimati dall'apposito ufficio della Cassazione, rigorosa verticizzazione della giurisdizione, predominio della prova scientifica, impiego delle neuroscienze e della logica algoritmica nella valutazione probatoria, digitalizzazione degli atti e progressiva riduzione delle tipiche forme processuali, despazializzazione³¹ e smaterializzazione del rito non partecipato.

Tutti questi profili, imposti dall'involuzione della procedura penale contemporanea in un rito sommario e standardizzato di stampo neo-inquisitorio e neo-scientista, molto simile a una catena di montaggio giudiziaria, sono, a ben vedere, altrettanti obiettivi che possono essere implementati più facilmente e addirittura migliorati attraverso l'impiego di sistemi evoluti di intelligenza artificiale.

Non è quindi del tutto casuale l'incontro fra il processo penale "efficientato" e l'intelligenza artificiale, potremmo dire che, da parte sua, il processo ha fatto di tutto per farsi trovare pronto a quell'abbraccio con l'AI che rischia di cambiarne per sempre i residui tratti retorico argomentativi. Il processo efficientista, in tutte le sue sfaccettature e declinazioni, è infatti il presupposto teorico e valoriale per l'avvento del processo artificiale.

²⁸ *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di Tillers-Green, Milano, 2003.

²⁹ *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, a cura di Gärdenfors-Hansson-Sahlin, Milano, 1997.

³⁰ TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review* 84, no. 6 (April 1971), 1329 ss.

³¹ GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021.

Chi nega questa conclusione evidentemente ignora le potenzialità della AI generativa ossia di quel tipo di intelligenza artificiale che utilizza algoritmi di *Machine Learning* (di apprendimento automatico) per generare nuovi contenuti che in precedenza si basavano sulla creatività dell'uomo.

Già oggi i modelli di *Deep Learning*, ossia di apprendimento approfondito, simulano perfettamente i processi di conoscenza del cervello umano attraverso reti neurali artificiali stratificate: «in poche parole, il *Deep Learning* è una tecnica di apprendimento automatico in cui, le reti neurali artificiali, vengono esposte a una vasta quantità di dati. Queste sono, poi, in grado di imparare da sole a svolgere determinati compiti senza la necessità di un pre-processamento dei dati»³².

Si può aggiungere che un ulteriore, e forse decisivo, elemento che fungerà da catalizzatore per l'impiego della AI in ambito giudiziario penale è rappresentato dal progressivo venir meno del rito processuale inteso quale liturgia sociale partecipata.

I cultori del processo a distanza, svolto dietro agli schermi dei computer, e di quello affidato alla scrittura digitale³³ non si sono resi conto che l'abbandono delle forme rituali umane è la premessa per una completa automatizzazione delle decisioni. Quello che l'AI non potrà mai surrogare, infatti, è proprio il tradizionale approccio topico retorico dell'*ordo iudicarius* ispirato a un modello processuale isonomico³⁴. Isegoria e isonomia sono i tratti essenziali di una verità pratica che scaturisce dal confronto dialettico pubblico, una forma di ragione dialettica e controversiale governata dall'etica processuale «che trova, nel metodo topico, i suoi fondamenti logici»³⁵.

L'ordine isonomico è, appunto, un'impresa collettiva e sociale che richiede un approccio valoriale e che si svolge nel contesto di un processo strutturato in forma rituale e pubblica. Il rito assume un preciso significato antropologico, diviene rappresentazione scenica e simbolica che richiede partecipazione emotiva e corporea tanto dei soggetti processuali quanto del pubblico in nome del quale viene celebrato, così da produrre quell'effetto psicologico e so-

³² *Intelligenza Artificiale, significato e applicazioni dell'AI*, a cura dell'Osservatorio Artificial Intelligence del Politecnico di Milano: https://blog.osservatori.net/it_it/intelligenza-artificiale-funzionamento-applicazioni.

³³ Il sinergico operare della digitalizzazione degli atti e del processo scritto non sfugge a GALGANI, *Forme e garanzia nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Padova, 2022, 298-299, la quale suggerisce l'idea di modulare il tasso di oralità in funzione delle questioni trattate.

³⁴ GIULIANI, *Prova; I prova penale; a) filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 523 ss.

³⁵ GIULIANI, *Prova; I prova penale; a) filosofia del diritto*, cit., 524.

ziale imposto dalla democrazia.

Il processo penale umano si distingue da quello artificiale proprio perché il percorso verso la decisione è intriso di simboli rituali dai quali non può prescindere: gli abiti indossati dai protagonisti che servono a rendere la funzione svolta tanto solenne quanto impersonale; la scena simile a quella di una liturgia sacra allestita in base a precise regole e celebrata dal giudice dinanzi alle parti concelebrenti, lasciando il pubblico in uno spazio separato; la sequenza degli atti che risponde a cadenze codificate e collocate in un tempo separato e dilatato, fatto anche di rinvii e sospensioni; la lingua utilizzata è poi quella di un tassativo glossario specialistico, arcana e, al tempo stesso, altamente significativa.

Il processo penale è un rituale simbolico caratterizzato da una *sociabilitas* che impone una dimensione fisica e una dilatazione temporale non surrogabili da una mera rielaborazione di dati.

5. Ritorno all'umanesimo processuale. Sorprende non poco che nella vastissima letteratura affastellatasi in breve tempo sul tema dei rapporti fra AI e processo penale non emerga mai la fin troppo evidente saldatura che unisce il processo emergenziale della pandemia, quello efficientista della riforma del 2022 e quello artificiale le cui fattezze si stagliano ormai all'orizzonte. Eppure, c'è un comune denominatore che lega tutte queste trasformazioni ed è rappresentato dal rifiuto delle ragioni classiche del garantismo penale da parte della diversa (sub)cultura che riduce il processo a forma strumentale dell'esercizio del potere punitivo. Ciò che conta è l'efficacia della catena di montaggio giudiziaria misurata sui numeri, sui tempi contratti, sulla prevedibilità di decisioni formalizzate e imposte dai precedenti.

Questa cultura del processo efficiente risulta essere, consapevolmente o meno non rileva, il miglior presupposto teorico per l'avvento dapprima della giustizia digitale non partecipata e, nel futuro prossimo, del processo artificiale.

La premessa fornisce già la risposta al quesito su come opporsi al forse ineluttabile passaggio dal processo efficientista a quello artificiale, sempreché questo sia l'obiettivo politico al quale si vuole realmente tendere. Per scongiurare la distopia del processo artificiale bisognerebbe, anzitutto, ripensare in chiave critica a quanto accaduto negli ultimi due lustri.

Il miglior strumento per contrastare il prevedibile dominio dell'AI in ambito giudiziario penale è infatti il recupero dei valori tradizionali, topico retorici, di un giusto processo che risulti efficiente solo in chiave cognitiva e assiologicamente orientato al rispetto dei diritti e delle garanzie dell'imputato.

Bisogna però ammettere che il dibattito sull'impiego della AI nel processo penale non sembra aver preso questa direzione. Manca, anzitutto, la consapevolezza del fatto che il fondamento della giustizia artificiale risiede proprio in quegli pseudo valori che ci sono stati imposti a partire dall'inizio del nuovo secolo: il processo breve, di preferenza scritto, digitale e non partecipato, il vincolo dei precedenti della giurisprudenza di legittimità e la prevedibilità delle decisioni, la sinteticità degli atti e le limitazioni ai giudizi di impugnazione, la formalizzazione del decidere e la verticizzazione della giurisdizione.

In assenza di una chiara visione d'insieme, nelle sempre più abboracciate analisi del fenomeno ci si limita all'autocompiacimento per l'esposizione compendiosa di conoscenze tecniche superficiali o di alcuni concetti stereotipati, stancamente e costantemente ripetuti, tanto da essere già logori a dispetto della loro recentissima enunciazione: distinzioni fra sistemi forti o deboli di AI, controllo umano significativo, impiego della macchina solo ancillare e facilitatore rispetto alle decisioni giudiziali, valori imprescindibili e non negoziabili, come la concezione dialettica della prova, controlli sulla programmazione dei software per scongiurare pregiudizi e *bias* cognitivi, responsabilità dei programmatori³⁶, trasparenza ed accessibilità dei sistemi, rischi connessi all'inquinamento probatorio determinato dalle *Deepfakes*³⁷.

Così facendo, tuttavia, non ci si rende conto che l'elaborazione culturale sta predisponendo l'ultimo tassello, quello che ancora manca, per l'accesso definitivo al processo artificiale³⁸. Quando, infatti, saranno garantiti il diritto di accesso ai sistemi di AI, da intendersi anche come possibilità di controllo degli stessi e come trasparenza delle logiche di funzionamento, il rispetto del principio di parità delle armi fra accusa e difesa, ossia la possibilità di un impiego in chiave contrapposta della AI, una chiara responsabilità in capo ai programmatori e ai manutentori delle macchine, il controllo umano sulle elaborazioni dei sistemi automatici e un uso degli algoritmi formalmente solo ancillare per le decisioni, il risultato sarà inevitabilmente quello di una presa d'atto della miglior efficienza del processo gestito e, di fatto, deciso da una AI dal volto umano, rassicurante nella sua *fairness*. In altri termini, si saranno avverate le condizioni per consegnare le chiavi del processo penale alla mac-

³⁶ Sul tema della responsabilità penale dei produttori dei sistemi di AI, v. la *call for action* svedese: SACHOULIDOU, *AI Systems and Criminal Liability*, (2024) 11:1 Oslo L Rev, 1 ss.

³⁷ Al riguardo, v. il recente studio di LOSAVIO, *Artificial Intelligence Systems and Criminal Procedure: AI, ChatGPT and Deepfakes*, (2024) 93(5), *Mississippi Law Journal*, 1005 ss.

³⁸ Quasi tutte le indagini sul tema sembrano convergere verso la necessità di dotare gli algoritmi della necessaria *fairness*: cfr. FOGGO, VILLASENOR, GARG, *Algorithms and Fairness*, (2021), 17:1 *Ohio St Tech LJ*, 123 ss.

china algoritmica.

Per comprendere la concretezza del pericolo è sufficiente ricordare come, già oggi e non solo da oggi, nella dimensione efficientista della produttività giudiziaria la scrittura delle sentenze è stata data in subappalto ai *law clerk*, gli addetti all'ufficio del processo tanto cari all'ex Ministro della Giustizia³⁹, o ai neolaureati in giurisprudenza che svolgono il tirocinio formativo ex art. 73 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 98⁴⁰. Il giudice si limita a ratificare l'operato di questo personale avventizio che dovrebbe riguardare solo i casi routinari, ma non vi è certezza che tale limite venga concretamente rispettato.

Le linee guida del CSM ammettono schiettamente che tanto gli addetti all'ufficio del processo quanto i tirocinanti «compiono tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice professionale, provvedendo, in particolare, allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti»⁴¹.

³⁹ Come sottolineava GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, uno dei punti qualificanti della riforma era rappresentato dalle «assunzioni straordinarie di 16.500 giovani laureati nell'Ufficio per il processo. Energie e forze intellettuali fresche chiamate in due scaglioni, nei prossimi cinque anni, a comporre l'*equipe* del giudice, con l'obiettivo di smaltire l'arretrato e ridurre i tempi della giustizia. Il primo bando, per 8.171 assunzioni con contratto di due anni e sette mesi, si è chiuso a settembre (oltre 66.000 le domande) e i vincitori prenderanno servizio nei diversi distretti italiani all'inizio dell'anno prossimo. A ben vedere, il decreto-legge 8 giugno 2021, n. 80, che disciplina le assunzioni straordinarie nell'ufficio per il processo, è in ordine di tempo la prima e non meno importante riforma della giustizia realizzata dal Governo Draghi. Lo ha pubblicamente in più occasioni sottolineato la Ministra Cartabia. Si tratta di una riforma che rappresenta uno straordinario investimento diretto, anche in questo caso, agli obiettivi dell'efficienza e della ragionevole durata del processo. È una riforma sinergica a quelle del processo penale e del processo civile. Per toccarne con mano l'impatto basti pensare che, nei prossimi cinque anni, consentirà di inserire nell'organico del personale della giustizia, con funzione ausiliaria del lavoro dei giudici, una quota pari ai due terzi dell'attuale organico dello stesso personale».

⁴⁰ Gli uffici giudiziari, in realtà, sono affollati da una pletera di tirocinanti a vario titolo, oltre ovviamente agli addetti all'ufficio del processo: i tirocinanti di cui all'articolo 16-*octies* del decreto legge n. 179/2012, convertito con modifiche dalla legge n. 221/2012 (e così come successivamente modificato dall'articolo 50, comma 1, del decreto legge n. 90/2014, a sua volta convertito con modifiche dalla legge n. 114/2014), ossia coloro che svolgono lo stage ai sensi dell'art. 37, comma 5, del decreto legge n. 98/2011 (convertito con modifiche dalla legge n. 111/2011), e coloro che svolgono il tirocinio formativo di cui all'articolo 73 del decreto legge n. 69/2013 (convertito con modifiche dalla legge n. 98/2013).

⁴¹ Cfr. *Pratica num. 55/VV/2016 - 81/VV/2016. Ufficio per il Processo ex art. 50 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) ed ex art. 11 del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113). (delibera 13 ottobre 2021)*, p. 4. Si vedano, altresì, le *Linee guida per l'Ufficio per il Processo ex art. 50 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 - Monitoraggio delle esperienze, modelli organizzativi e buone prassi (delibera 13 giugno 2024)*.

Nel singolare modello di giurisdizione penale assistita o meglio delegata, che quasi mai viene descritto all'opinione pubblica, forse temendone la reazione sdegnata, al giudice è rimesso solo, quando va bene, il controllo della bozza di decisione. Se poi dalla finzione burocratica si passa alla realtà degli uffici giudiziari si scopre che il controllo si limita alla sottoscrizione di provvedimenti ideati e predisposti da chi non avrebbe né titolo né competenze per esercitare la funzione giurisdizionale, altrimenti sarebbe evidentemente a sua volta un giudice⁴².

Non ci vuole una fervida fantasia per comprendere che ben presto si passerà dal controllo del giudice sull'operato dei suoi aiutanti umani a quello sulla macchina. Quanto questo controllo sarà "significativo" possiamo prevederlo sulla scorta dell'esperienza della lasca sorveglianza esercitata sulle decisioni predisposte dai "giudici senza toga". L'ipocrisia del controllo umano significativo è così svelata da quanto accade con l'impiego di questi coadiutori del giudice. Sostituendo i *clerk* con la AI il risultato sarà il medesimo in termini di deresponsabilizzazione del giudice togato, mentre cambierà notevolmente sul piano della quantità, ma anche, a ben vedere, della qualità del lavoro.

Se attualmente il giudice, qualora lo volesse, avrebbe tutto sommato buon gioco nel respingere la proposta di decisione proveniente da un semplice laureato in giurisprudenza, domani sarà molto più complicato opporsi al responso di una macchina addestrata per decidere sulla base di conoscenze nemmeno paragonabili a quelle dei *clerk*. Come potrà discostarsi dalle valutazioni logico-giuridiche di una AI programmata per applicare, con perfetta osservanza, i principi di diritto della Cassazione? Quale giudice si assumerà la responsabilità di disattendere i giudizi prognostici di pericolosità elaborati, in materia cautelare o di misure di prevenzione, da algoritmi predittivi che tengono conto di una serie di variabili nemmeno calcolabili dall'uomo?

Rispondere a tali angosciosi quesiti con il *refrain* del controllo umano significativo o con altre petizioni di principio ispirate dalle "carte dei valori" internazionali⁴³, europee⁴⁴ o nazionali⁴⁵ significa eludere consapevolmente il pro-

⁴² Fra le poche voci critiche, si rinvia a MAZZA, *I giudici senza toga della riforma Cartabia*, in *Diritto di difesa*, 25 giugno 2021.

⁴³ Cfr. la bozza di Risoluzione ONU *Seizing the opportunities of safe, secure and trustworthy artificial intelligence systems for sustainable development*, 11 marzo 2024.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁴⁵ Disegno di legge n. 1146 AS *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*. V. anche le *Raccomandazioni adottate dal G7 delle Avvocature* il 17 aprile 2024.

blema.

L'unica strada per opporsi realisticamente e razionalmente all'avvento del processo artificiale, da tutti temuto, ma da pochissimi realmente osteggiato, è quella, come si è già detto, di rimettere in discussione i presupposti logico valoriali del processo efficiente che ormai ispira e condiziona la giurisdizione penale.

Gli anticorpi per scongiurare la distopia delle *justice machines* vanno ricercati nel passato, nella isegoria e nella isonomia di un processo pubblico, di un rito sociale e partecipato, condotto con metodo topico retorico, un processo in cui non conta il risultato in termini quantitativi, ma il percorso seguito, in cui la decisione si giustifica proprio in ragione di scelte assiologicamente orientate alla tutela dei diritti fondamentali di matrice costituzionale. Una decisione lasciata al libero convincimento del giudice e non imbrigliata nella logica della prevedibilità e del precedente vincolante⁴⁶, certamente razionale, ma al tempo stesso "imprevedibile" nella sua perfetta autonomia tanto nel risolvere la *quaestio facti* quanto nell'affrontare la *quaestio iuris*. Il ritorno alla libertà della giurisdizione significa che al giudice «deve ancora riservarsi una funzione essenziale pubblica di giustizia, ben analizzata dalla filosofia del diritto, secondo cui applicare la regola è rinnovare, precisare, interpretare la regola, cambiandola a volte in maniera infinitesimale e impercettibile. In tal modo si esprime una dinamica che parte dall'antico per creare del nuovo. L'esempio che ci tocca di più in Occidente è il Rinascimento, inteso come riscoperta dell'Antichità per inventare la modernità. Ora, tutta questa ricchezza dell'attività ermeneutica rischia di essere resa sterile dalla tecnica stessa»⁴⁷.

Per cogliere quanto sia rilevante il tornare a una giurisdizione non afflitta dall'ossessione efficientista e demandata a un giudice indipendente tanto dai precedenti quanto dai coadiutori imposti dalla catena di montaggio giudiziaria, sarebbe sufficiente ricordare che l'opposta direzione da tempo imboccata, quella appunto della prevedibilità e dell'efficientamento, poggia su una dimensione della risposta giurisdizionale misurabile in termini numerici e di capacità di calcolo, fondata su parametri conoscibili *ex ante*, una giustizia penale prevedibile e controllabile in base a criteri "matematici" perfettamente gestibili dagli algoritmi. La commensurabilità delle decisioni è l'*humus* della AI.

⁴⁶ A riprova di quanto sia condizionante e pervasivo il mito della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, v. il numero monografico dal titolo *Una giustizia (im)prevedibile?* in *Quest. giust.*, n. 4-2018.

⁴⁷ GARAPON, *Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon*, in *Quest. giust.*, n.4-2018, 197.

Al contrario, si pone al di fuori del dominio della AI una decisione giurisdizionale connotata da un tasso razionale di imprevedibilità, in quanto capace tanto di adattarsi alle peculiarità del caso concreto quanto di interpretare il diritto in chiave originale ed evolutiva, in modo del tutto svincolato dai precedenti.

Non basta, però, ripristinare un modello di giurisdizione non predeterminabile, ispirato a quella indipendenza interna del giudice dai precedenti e dall'operato dei *clerk*, occorre altresì recuperare i tratti umani del processo cancellati dalla cura efficientista. Si pensi ai giudizi di impugnazione che oggi non sono più atti sociali, ma puramente meccanici, privati della dimensione fisica e spaziale, ispirati a regole formalizzate tanto nella critica quanto nella decisione, sottoposti addirittura a una valutazione ponderale della loro complessità⁴⁸.

La logica del controllo, imbrigliata in regole predeterminate, è stata il filo conduttore di tutte le riforme delle impugnazioni penali degli ultimi dieci anni ed è, ancora una volta, il miglior viatico per l'avvento della AI. La mancanza di un'udienza di discussione e la camera di consiglio virtuale facilitano forme decisionali alternative, già oggi devolute al giudizio monocratico dei giudici senza toga, domani demandate a sistemi automatizzati intelligenti capaci di gestire in modo seriale atti di impugnazione confinati nella critica estrinseca della motivazione. Alla delega in favore delle macchine algoritmiche si deve contrapporre la forma simbolica e liturgica del processo penale da celebrarsi, anche nei gradi di impugnazione, in un tempo e in uno spazio sociale partecipato. Alla logica del controllo formalizzato si deve contrapporre un giudizio d'appello di merito, parzialmente devolutivo, rescindente e rescissorio nella logica del gravame, che richieda una nuova decisione sui punti impugnati (art. 597 comma 1 c.p.p.) e che prescindano da quanto affermato dal giudice di prime cure, nonché un giudizio di cassazione che possa liberamente affrancarsi dai principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite e che non si riduca alla sterile elencazione dei precedenti.

Si tratta, in definitiva, di un cambio di prospettiva. Se realmente si vuole arginare l'impiego massiccio e crescente dei sistemi di AI in ambito giudiziario, impedendo la progressiva sostituzione dell'uomo con la macchina, non è sufficiente regolare e limitare l'uso degli algoritmi sulla base di precetti irrealistici e destinati ad essere travolti dalla prova dei fatti ossia dalla dimostrazione della straordinaria efficacia della macchina nell'affrontare il *problem solving* pe-

⁴⁸ In proposito, si vedano le indicazioni del CSM dal titolo *Pratica num. 962/VV/2016 - Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*.

nale⁴⁹, sia nei giudizi storici sia in quelli prognostici, per non parlare della sistematizzazione dei dati investigativi.

Se l'obiettivo rimane il processo efficiente, sarà ineluttabile l'impiego strutturato e coerente del sistema più efficiente che c'è, l'AI.

Se, invece, si imboccasse la strada opposta, fatta di scelte di valore che privilegiano i profili retorico formali della procedura e la componente soggettivo-imprevedibile della decisione rispetto ai meri obiettivi quantitativi, allora l'AI sarebbe messa fuori gioco, anche a prescindere dagli ottimistici divieti delle carte dei valori.

Paradossalmente, proprio gli Stati Uniti d'America, culla della AI, rappresentano il modello di un sistema penale in cui la decisione non potrà mai essere surrogata dagli algoritmi, essendo da sempre affidata al verdetto immotivato di una giuria composta da dodici pari. In quel sistema processuale la giuria non è solo un preciso diritto costituzionale di ogni accusato⁵⁰, ma rappresenta, soprattutto, il profondo valore etico e ideologico del *bullwark of liberty*⁵¹ capace di assumere una decisione giusta, in quanto affidata al comune buon senso del tribunale degli eguali⁵². Questa connotazione etica del momento decisionale, solo apparentemente irrazionale, costituisce una barriera insuperabile per l'intelligenza artificiale, proprio perché la decisione si giustifica politicamente e democraticamente in quanto assunta da uomini pari a quello che deve essere giudicato. *Mutatis mutandis*, anche nel nostro ordinamento l'umanesimo processuale, così lontano dai miti dell'efficienza e della prevedibilità e proprio in ragione dei suoi limiti, è l'unica barriera in grado di scongiurare l'inverarsi della distopia del processo artificiale.

⁴⁹ In tal senso, v. i risultati di una recente ricerca universitaria italiana, condotta da LAVAZZA, SARTORI, FARINA, MELIS, ORRÙ, *Minds of Their Own? Decoding Free Will in Large Language Models*, nelle cui conclusioni si afferma che «AI systems could soon be able to display capabilities that are very close to human free will».

⁵⁰ Il sesto emendamento della Costituzione federale statunitense recita: «*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed*». Analogamente, l'art. III della Costituzione stabilisce che «*all crimes, other than impeachment, shall be by jury*».

Per una ricostruzione del fondamentale istituto della giuria, v. WARD FRAMPTON, *The Uneven Bullwark: How (and Why) Criminal Jury Trial Rates Vary by State*, (2012) 100(1), *California Law Review*, 183 ss. Sulle eccezioni al Jury Trial, limitate ai reati meno gravi per cui può essere concretamente irrogata una pena detentiva pari o inferiore a sei mesi di reclusione, v. ROTH, *The Lost Right to Jury Trial in "All" Criminal Prosecutions*, (2022), 72(3) *Duke Law Journal*, 599 ss.

⁵¹ Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, si tratta di un istituto «*fundamental to the American scheme of justice*» (*Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. at 145).

⁵² Nella dottrina italiana, v., ad esempio, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di Gambini Musso, Torino, 1994, 134 ss.