

## Brevi riflessioni su giustizia artificiale e riserva di umanità

*Brief reflections on artificial justice and the reservation of humanity*

Giandomenico Salcuni

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Foggia

Sommario: 1. Introduzione– 2. L'impiego dell'IA nel diritto penale. – 3. L'IA e positivismo penale. - 4. Esiste differenza fra giudici e IA ed è davvero realistico ritenere che il giudice è bocca della legge? - 5. L'IA può affiancare il giudice penale? - 6. Contesti in cui può non funzionare l'impiego dell'IA. -7. È possibile teorizzare una giustizia predittiva penale senza un codice penale e processuale penale?

### ABSTRACT

L'A. si interroga in chiave problematica sulla possibilità di utilizzare l'intelligenza artificiale in materia penale come aiuto o addirittura come sostituto del giudice. Emergono però numerose criticità sulla possibilità che l'IA possa sostituire il giudice, mantenendo la materia penale una sorta di riserva di umanità.

\*\*\*

*The author questions the possibility of using artificial intelligence in criminal matters as an aid or even as a substitute for the judge. However, numerous critical issues emerge on the possibility that AI can replace the judge, keeping criminal matters a sort of reserve of humanity.*

### 1. Introduzione.

Un postulato dell'illuminismo in materia penale è l'affermazione del principio di stretta legalità e dei suoi corollari. In particolare, la massima esaltazione della legalità penale comporta, come conseguenza, a livello interpretativo, che la norma penale fosse soltanto applicata e che il giudice, quasi come un automa *ante litteram*, fosse «bocca della legge»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> R. RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova 2007, 65 ss.; Id., "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa), in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss. Impostazioni che esprimono un senso di inaffidabilità del giudizio e della giustizia umana, su cui si esprime anche la letteratura non giuridica: J. CHARPENTIER, *Justice Machine*, Macerata, 2015.

Da un diverso angolo visuale, invece, si ritiene ineliminabile una dose di creatività nell'interpretazione della legge penale, salvo ovviamente che non si sfoci nell'analogia<sup>2</sup>. Entrambe le posizioni dottrinali sono comunque critiche rispetto ad alcune interpretazioni, per così dire, disinvolute della giurisprudenza che non si limita a concretizzare precetti penali laschi, ma a riempire di contenuto tali precetti contribuendo a creare diritto<sup>3</sup>.

La creatività delle interpretazioni mostra sempre più la labilità del confine fra interpretazione ed analogia, specie se legata al testo, tanto è vero che – soprattutto (ma non solo) – a livello europeo la distinzione fra interpretazione ed analogia viene chiarita richiamando la prevedibilità dell'interpretazione giudiziaria<sup>4</sup>. Il criterio della prevedibilità dell'interpretazione è comunque un criterio valoriale, a meno che non si introduca, in tutto o in parte, il vincolo del precedente<sup>5</sup>. Vincolo del precedente che sarebbe anche utile per stabilizzare la giurisprudenza ed evitare discrasie e oscillazioni.

## 2. L'impiego dell'IA nel diritto penale.

Le cause dei ritardi nella stabilizzazione della giurisprudenza sono dovute a volte a colpe legislative, a causa di testi di legge a maglie larghe<sup>6</sup>, la cui gestione processuale appare complessa<sup>7</sup>, altre volte all'eccessivo carico di lavoro che grava sulla magistratura giudicante, costretta a "sentenziare" velocemente,

---

<sup>2</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008, 16; M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, 51 ss., 63 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

<sup>3</sup> O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 951 ss. M. DONINI, *Fattispecie o "case law"? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 79 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2016.

<sup>4</sup> Sul punto la letteratura è sconfinata, perciò si rinvia al lavoro più recente: D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 166 ss., 205 ss.

<sup>5</sup> Con diversità di argomenti e posizioni: E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 911ss.; G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale in Quest. giust.*, 2018, 137 ss.; O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 952.

<sup>6</sup> G. Forti, *L'immane concretezza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001,

<sup>7</sup> Si pensi alla gestione processuale dell'abuso d'ufficio in cui si susseguono riforme finalizzate, non tanto velatamente, all'esclusione dell'eccesso di potere dal penalmente rilevante, spesso sconfessate dall'applicazione pratica, v. G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?*, in *Arch. Pen.*, 2021, 7 ss.

non riflettendo sulle questioni giuridiche e sulle conseguenze a lungo termine delle soluzioni adottate che meritano un'opera di continuo cesellamento<sup>8</sup>.

Per migliorare la giustizia penale è stato proposto l'utilizzo dell'intelligenza artificiale (IA da ora). Non è da escludere l'ipotesi che l'IA possa offrire un utile contributo nel velocizzare il lavoro dei giudici (nei casi facili), consentendo loro di concentrarsi sui casi difficili<sup>9</sup>.

È ormai noto come in alcuni Stati si utilizzino *software* che affiancano il giudice penale nella fase di commisurazione della pena e, più nello specifico, nella valutazione dell'aggravamento di pena per la recidiva<sup>10</sup>. L'IA è altresì usata per coadiuvare le forze di polizia nella individuazione preventiva di luoghi in cui si realizzerà il delitto, specie, ma non solo, nella criminalità seriale<sup>11</sup>.

Non si tratta di una novità assoluta dal momento che l'idea di utilizzare la scienza per predire il comportamento criminale è rinvenibile già nei primi dell'800 con Alphonse Quêtelet che, da precursore della crimino-genesi, utilizzava la curva di Gauss per delineare l'uomo medio, di modo che tutti coloro che si pongono al di sopra o al di sotto di tale *standard* erano potenziali criminali<sup>12</sup>.

L'IA potrebbe stabilizzare il precedente giudiziario, ridurre i tempi della giustizia (a basso costo) e non si correrebbe il rischio che l'IA possa cadere in quei *bias* cognitivi in cui sarebbe intrappolato il giudice penale, spesso costretto a giudicare velocemente e dunque ad essere tradito da euristiche<sup>13</sup>. È un dato accettato, a volte non di buon grado, che l'interpretazione è frutto della propria visione del mondo, dunque, l'IA, mettendo fine a tutto questo, coronerebbe il sogno del giudice bocca della legge o giudice automa. Tutto ciò in linea con una corrente di pensiero, dai tratti neo retribuzionistici, per cui la pena applicata

---

<sup>8</sup> M. BODEN, *L'intelligenza artificiale*, Bologna, 2019, 7 ss.; P. DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino 2016; G. F. ITALIANO, E. PRATI, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in P. SEVERINO (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 22 ss.

O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 952.

<sup>9</sup> O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 952.

<sup>10</sup> S. QUATTROCOLO, *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell'era dei modelli computazionali psico-criminologici*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2021, 257 ss.; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 605 ss.

<sup>11</sup> D. CANTER, *Geografia criminale. Sulle tracce del serial killer*, Torino, 2009, 12 ss.; B. CUERVO GARCÍA, A. L. VINAGRE, A. M. GONZÁLEZ (a cura di), *Criminologia aplicada*, Barcellona, 2021, 79 ss.; D. K. ROSSMO, *Geographic profiling*, Boca Raton, 2000, 7 ss.

<sup>12</sup> S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, *Principi di criminologia*, Padova, 2011, 14.

<sup>13</sup> Tali trappole dipenderebbero dal sistema intuitivo di conoscenza umana (veloce, ma impreciso) che spesso prevale su quello razionale (lento, dispendioso ma più affidabile) e produrrebbe errori cognitivi, così: O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 954.

dipende da ciò che si è meritato, senza alcuna valutazione ulteriore rispetto al danno sociale ed in critica con il ruolo che le emozioni svolgono o possono svolgere nell'ambito della decisione<sup>14</sup>.

### 3. L'IA e positivismo penale.

L'accettazione dell'IA anche come giudice penale potrebbe essere motivata sulla scorta dell'argomento (forse provocatorio) secondo cui pure gli uomini sono macchine, nonché essi stessi sono determinati come le macchine<sup>15</sup>.

Sull'accostamento uomo-macchina, è interessante richiamare quanto scriveva Enrico Ferri e cioè che siamo macchine (*id est* siamo determinati) ma non siamo fatti come una macchina, cioè abbiamo una pluralità di risposte adattative agli stimoli.

«Ogni essere vivente - dal microbo all'uomo - adunque ha un proprio modo speciale di rispondere alle influenze esterne, che dipende, in modo necessario, da queste condizioni esterne combinate - in ciascun momento della sua vita - collo stato di sviluppo dal più semplice (microbo) al più complesso (uomo)»<sup>16</sup>.

«Talché, se io volessi precisare il mio concetto con una frase in apparenza bizzarra, direi, che l'uomo è una macchina, ma non è fatto a macchina. È una macchina, nel senso che egli nulla dà nelle sue azioni più di quanto ricava dall'ambiente in cui vive, sia nel fisico che nel morale; esso altro non è, come ogni essere vivente, che una macchina di trasformazione delle forze, soggetta alla legge universale di causalità, per cui, data, in quel momento, quella combinazione di cause fisiche, fisiologiche e psichiche, esso non può che reagire in quel dato modo. Ma non è fatto a macchina, nel senso di meccanismo inorganico, appunto perché esso è un organismo vivente, che ha una propria e speciale rispondenza alle cause esterne, determinata necessariamente, caso per caso, dalle cause fisiche e fisio-psicologiche precedenti; ma variabile, e perciò spesso imprevedibile, da individuo ad individuo, da momento a momento, appunto per la diversa combinazione di queste molteplici cause determinanti».

«Ecco perché è inesatto sostenere che, negato il libero arbitrio, gli uomini diventano automi soggetti ad un fatalismo cieco. Gli uomini sono così poco automi che ognuno di essi è dotato di un proprio e speciale modo di reagire contro l'ambiente esterno; ma ciò non esclude ed anzi esige il determinismo fisico e morale, molto che altrimenti, se l'uomo avesse una libertà, indipendente

---

<sup>14</sup> P. BLOOM, *Contro l'empatia. Una difesa della razionalità*, Macerata, 2019, secondo cui l'empatia ci porta spesso a emettere giudizi errati e a fare scelte politiche irrazionali e ingiuste.

<sup>15</sup> J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, Roma, 2018, 105 ss.

<sup>16</sup> E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, 190.

per poco o per molto dalle cause determinanti, più non si concepirebbe la stessa personalità, come tipo permanente di carattere individuale»<sup>17</sup>.

Con un argomentare simile e cioè, pur essendo determinato l'uomo, ma avendo allo stesso tempo più risposte possibili agli impulsi che derivano dall'ambiente, si giunge a soluzioni diverse affermando che egli possiede un (limitato) libero arbitrio<sup>18</sup>.

L'accostamento uomo macchina dunque sembra provare troppo, ma v'è da aggiungere che le reti neurali poi, proprio perché imparano dai propri errori, col passare del tempo supereranno in conoscenza e competenza gli esseri umani.

Il punto però sta nel fatto che l'IA è una nuova forma di agire efficace «ma non intelligente»<sup>19</sup>, decide in base alla statistica, ma non riesce, allo stato, a percepire e distinguere quando la statistica sia fallace rispetto alla soluzione del caso concreto.

#### **4. Esiste differenza fra giudici e IA ed è davvero realistico ritenere che il giudice è bocca della legge?**

La risposta alla domanda non è semplice. L'IA potrebbe essere manipolata, addirittura imparando un linguaggio razzista e discriminatorio<sup>20</sup>.

V'è subito da aggiungere però che anche il giudice può essere manipolato, o, peggio, corrotto. Il giudice comune può inoltre avere un atteggiamento razzista o discriminatorio, inserendo in sentenza argomenti sessisti, legati alla discriminazione di genere<sup>21</sup> per giustificare la non credibilità della persona offesa<sup>22</sup>.

Quanto poi all'argomento per cui l'IA non potrebbe essere corrotta, è agevole rilevare come ciò possa avvenire per il tramite del suo programmatore, fungendo l'IA da autore mediato, risultando punibile per il *pactum sceleris* il programmatore e l'offerente. Una parte della dottrina afferma che in ipotesi

---

<sup>17</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale*, 5°, Torino, Utet, 1939, 34.

<sup>18</sup> C. DENNET, G.D. CARUSO, *A ognuno quel che si merita. Sul libero arbitrio*, Milano, Raffaello Cortina, 2022, 141 ss.

<sup>19</sup> L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 65.

<sup>20</sup> O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 957; E. LO MONTE, *Intelligenza artificiale e diritto penale. Le categorie dommatiche alla prova del futuribile*, in F. BASILE, M. CATERINI, S. ROMANO, *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, Pisa, Pacini, 2021, 47.

<sup>21</sup> v. CEDU 27 maggio 2021, JL c/ Italia.

<sup>22</sup> R. SANLORENZO, *Il Giudice e la sua vittima*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2.6.2021. Il giudice nazionale non si limita all'assenza di riscontri estrinseci, ma sulla scorta di ripetuti riferimenti alla vita privata della denunciante, alla sua vita familiare ed alle sue abitudini sessuali, e persino alle sue passate espressioni artistiche, nonché agli atteggiamenti tenuti in pubblico nei momenti precedenti l'episodio denunciato.

simili troverebbe applicazione il modello degli agenti innocenti (AI Robots as Innocent Agents) che ricorre quando le entità che sfruttano l'IA sono assimilabili a quegli esseri che presentano una degradazione o una menomazione mentale, come per esempio i bambini e gli incapaci naturali, e che in quanto tali difettano di un elemento soggettivo compatibile con l'attribuzione della responsabilità penale<sup>23</sup>. La responsabilità penale sarebbe da ascrivere in capo a coloro che sfruttano dolosamente la macchina per commettere un reato.

L'IA inoltre non sarebbe in grado di prevenire i pregiudizi, così come il giudice comune. Il *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanction* (COMPAS), *software* per valutare la prognosi di recidiva, sarebbe incorso in pregiudizi razziali contro l'etnia afro-americana<sup>24</sup>. Questi problemi, sia che riguardino il giudice artificiale, sia quello in carne ed ossa, potrebbero essere risolti con un maggior controllo delle premesse impedendo che i pregiudizi delle premesse si veicolino nelle conclusioni, inficiandole.

Il *machine learning* farebbe parte, infatti, della statistica più che dell'IA, ma, secondo altri, non ci sono confini netti in questi campi<sup>25</sup>, tanto che gli algoritmi di *machine learning* sono diventati gli "oracoli" dell'era digitale<sup>26</sup>.

Ciò che inficia l'IA è il suo modo di giudicare cioè attraverso una decisione statistica o generalizzante, ma non in grado – per ora – di decisioni individualizzanti rispettose del criterio dell'art. 533 c.p.p.<sup>27</sup>.

Sembra pressoché impossibile aspettarsi da un algoritmo la capacità di intendere e applicare la regola di giudizio, di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., basata sull'"oltre ogni ragionevole dubbio", dal momento che possiamo immaginare *software* capaci di fornire risposte secondo una logica binaria (sì/no; bianco/nero; vero/falso), o anche secondo una logica probabilistica (sì al 70%; bianco all'80%; vero al 90%), ma difficilmente *software* capaci di esprimere valutazioni, nella cui assunzione giochino un ruolo irrinunciabile – per quanto non ponderabile in termini precisi – fattori irriducibilmente umani<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> E. LO MONTE, *op. cit.*, 51

<sup>24</sup> A. Z. HUQ, *Racial equity in Algorithmic Criminal Justice*, in *DukeJL*, 2019, 1043.

<sup>25</sup> M. BODEN, *L'intelligenza artificiale*, cit., 47 ss. G. F. ITALIANO, E. PRATI, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, cit., 24 ss.

<sup>26</sup> V. *amplius* A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano, 2019.

<sup>27</sup> A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 244. Una posizione diversa sembra espressa da P. P. PAULESCU, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. Pen.*, 2022, 20 ss., il quale ritiene utilizzabile lo strumento soprattutto in casi di decreto penale di condanna o altri riti speciali caratterizzati da attività ripetitive e standardizzate (es. patteggiamento). Da ultimo, R. Blaiotta, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *www.sistemapenale.it.*, 23.10.2023, p. 7, 11.

<sup>28</sup> M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'IA: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2019.

In definitiva, la soluzione statisticamente corretta non è detto che sia giusta nel caso concreto<sup>29</sup>. Il rischio di recidiva potrebbe essere elevato per l'ambiente frequentato, per le condizioni familiari, per le condizioni economiche, per l'età, ma potrebbero esistere condizioni soggettive o personali sconosciute all'algoritmo che potrebbero non suffragare questo rischio. La metateoria dell'incidente critico di Williams afferma che crimine e criminale sono concetti complessi perché il crimine è dato da variabili biologiche, sociali, ambientali, psicologiche che si accumulano nel tempo fino ad un punto critico in cui il soggetto agisce per alleggerire la tensione. È però impossibile prevedere quando il soggetto agirà, perché il suo operare dipende, oltre che dai fattori indicati, da altri di natura situazionale. Non può predirsi il comportamento criminale del singolo, ma può predirsi solo il tasso generale di criminalità<sup>30</sup>.

L'IA può dunque solo affiancare il giudice, ma non sostituirlo in quanto il personale, il soggettivo, ciò che esula dal ragionamento standardizzabile o generalizzante deve essere appreso e valutato dal giudice in carne ed ossa.

Per tutto il resto bisogna convenire con la dottrina che afferma che la decisione non venga presa solo sul piano della logica consequenziale a base statistica, ma anche con le emozioni, negando però il postulato illuministico del giudice bocca della legge<sup>31</sup>.

##### **5. L'IA non può sostituire, ma affiancare il giudice penale?**

L'IA non può certamente giudicare da sola in materia penale, ma anche l'affiancamento di essa al giudice in carne ed ossa non è esente da rischi e problemi. Il rischio è quello che il giudice si lasci trascinare dalla soluzione elaborata dall'IA<sup>32</sup>. Il c.d. "effetto gregge" può essere accentuato, ad esempio, da quelle ricostruzioni bifasiche del dolo, dal momento che il rischio doloso, calcolato a base statistica (magari con l'uso dell'IA), difficilmente sarà smentito dal giudice in carne ed ossa in sede di valutazione della colpevolezza dolosa<sup>33</sup>.

Si tratta di un rischio molto presente nelle aule di giustizia quando si parla di recidiva e non solo, laddove i precedenti penali, peggio se specifici, costituiscono un macigno sul libero convincimento del giudice. Se richiamiamo in causa Enrico Ferri prendiamo atto di come la pericolosità sociale (a cui

---

<sup>29</sup> Seppur nel diverso, ma affine settore della geo-investigazione, v. B. E. TURVEY, *Criminal profiling. An introduction to behavioral evidence analysis*, 4°, Oxford-San Diego, 2011, 87 ss. e spec. 90.

<sup>30</sup> F. P. WILLIAMS, M. SHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002.

<sup>31</sup> O. DI GIOVINE, *Il "judge bot"*, cit., 964.

<sup>32</sup> A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 279.

<sup>33</sup> La letteratura sul punto è sconfinata perciò sia consentito rinviare a G. SALCUNI, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, 2018, 102 e bibliografia ivi richiamata.

attengono i precedenti) non escludeva in tempi passati i suoi effetti sull'interpretazione della norma.

Il giudice «deve dare a tale norma un'interpretazione restrittiva, cioè più favorevole all'imputato, quando si tratti dei delinquenti meno pericolosi ed un'interpretazione estensiva, cioè più favorevole alla difesa sociale, quando si tratti di delinquenti più pericolosi»<sup>34</sup>. L'interpretazione deve dipendere «anche per la stessa figura di reato, dalle diverse circostanze reali e personali di esso e dalle ragioni supreme della giustizia penale, che è difesa da proporzionarsi, caso per caso, alla potenza offensiva dei malfattori»<sup>35</sup>.

L'idea di Enrico Ferri per cui la pericolosità sociale doveva orientare l'interpretazione e la valutazione delle prove è oggi negata a parole, ma è un rischio presente nella “precognizione” dei decisori<sup>36</sup>. In attesa di un processo penale bifasico<sup>37</sup>, in cui vi è un giudice che decide sulla condanna in forza dei dati obbiettivi e soggettivi (illecito e colpevolezza) ed un altro che applica la sanzione conoscendo anche tutti quegli elementi che non attengono al fatto di reato, l'unica garanzia potrebbe o dovrebbe essere la tenuta razionale della motivazione. Il libero convincimento del giudice richiede una libertà di pensiero sulle prove che la macchina, istruita a pensare per schemi, non può possedere e si presta più a sistemi di prove legali.

La motivazione è però una garanzia che mantiene molto meno rispetto a quello che promette non fosse altro perché in sede di legittimità il vizio di motivazione è sindacabile negli stretti limiti consentiti dall'art. 606, lett. e), c.p.p.<sup>38</sup> e tali limiti risultano ancora più stringenti in caso di c.d. doppia conforme, cioè quando la sentenza di appello, nella sua struttura argomentativa, si salda con quella di primo grado. La motivazione diviene così più complessa da aggredire potendo le lacune argomentative del secondo grado essere colmate dalla motivazione del primo grado.

La questione più importante è comunque quella per cui la falsificazione di una prognosi positiva di recidiva non può essere sconfessata, perché il reo non commetterà reati in quanto detenuto, perciò, il giudice potrebbe essere avvezzo a riconoscere la capacità criminale o la recidiva per non essere sconfessato<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> E. FERRI, *Principii di diritto criminale Delinquente e delitto*, Torino, 1928, 190.

<sup>35</sup> E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., 193.

<sup>36</sup> E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., 193.

<sup>37</sup> A. SAPONARO, *L'esame della personalità del reo nel processo penale: evoluzione, involuzione, modelli alternativi, prospettive*, Bari, 1997.

<sup>38</sup> Cioè quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. Cass. pen., sez. V 26.11.2019 n. 48050, in CED rv. 277758 – 01.

<sup>39</sup> O. DI GIOVINE, *Il “judge bot”*, cit., 963.

## 6. Contesti in cui può non funzionare l'impiego dell'IA.

L'IA nel giudicare può non funzionare laddove si debba procedere a *revirement* giurisprudenziali, cioè quando la sequenza delle decisioni dell'IA deve essere cambiata<sup>40</sup>, oppure, quando ci si deve confrontare con concetti giuridici vaghi (dolo eventuale, colpa cosciente, cooperazione colposa) non riducibili ad una applicazione meramente statistica<sup>41</sup>.

L'IA ad oggi sembrerebbe non possa giudicare nei casi (sono molti) in cui si richiamino giudizi valoriali. In un processo indiziario, ancor più difficile sarebbe per un algoritmo stabilire se determinati indizi possano essere considerati "gravi" ai sensi dell'art. art. 192, comma 2, c.p.p., ossia consistenti, resistenti alle obiezioni e con capacità dimostrativa in relazione al "thema probandum"<sup>42</sup>.

Nel dolo, come nella causalità e nella colpa vengono veicolati anche giudizi di tipo assiologico - valoriale. In questo senso la giustizia predittiva potrà al più coadiuvare, ma mai sostituire la scelta umana (art. 22 Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, entrato in vigore il 25 maggio 2018).

Il dubbio è che si perda di vista la costruzione, sempre in divenire, di un diritto penale dal volto umano, in favore di un diritto penale dal volto artificiale e soprattutto razzista o classista, ecco perché deve essere rivendicata la centralità della persona umana e delle emozioni nel giudicare. Torna la frase di Enrico Ferri: *siamo macchine, ma non siamo fatti a macchina*, cioè siamo determinati, ma ci differenziamo dai *robot* per la finezza del giudizio, la capacità di cogliere sfumature sottili e per l'intuito, «che sicuramente deriva dall'esperienza e dalla "computazione" di gran messi di dati (ciò di cui l'algoritmo sarà sempre più capace nei prossimi tempi), ma che è pure legato al funzionamento di sistemi emozionali i quali consentono la "pesatura", per quanto soggettiva e opinabile, di valori. Valori ai quali peraltro – in una società democratica e pluralista – sarà sempre più difficile assegnare convenzionalmente un punteggio fisso "buono per tutti" e quindi oggettivo (come invece potrebbe fare un algoritmo)»<sup>43</sup>.

Se è però bene giudicare con emozioni, in fondo ritorna attuale anche il pensiero di Beccaria che, suggerendo il processo con giuria popolare, affermava è meglio essere giudicato con la sensibilità che con le opinioni<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> O. DI GIOVINE, *Il "judge bot"*, cit., 963.

<sup>41</sup> R. BLAIOTTA, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, cit., 12.

<sup>42</sup> Cass. 11.12.2020 in *Mass. Ced Rv.* 280414 – 01.

<sup>43</sup> O. DI GIOVINE, *Il "Judge bot"*, cit., 965; ID., *Dilemmi morali*, cit., 20.

<sup>44</sup> «Perciò io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per

L'insegnamento di Beccaria è quello che ispira il processo accusatorio americano, caratterizzato dalla giuria popolare<sup>45</sup>, il quale pone un nuovo tema di discussione relativamente all'obiezione della mancata conoscenza del funzionamento dell'algoritmo (c.d. *black box*), poiché il processo di calcolo che produce l'*output* non è facilmente interpretabile dall'esterno<sup>46</sup>. Mentre in America la scelta della giuria popolare è attività effettuata in contraddittorio, in cui le parti processuali hanno un ruolo fondamentale nella designazione della stessa, nella predisposizione dell'algoritmo e del suo funzionamento le parti non conoscono nulla. Si tratta di una situazione nemmeno lontanamente paragonabile all'attuale stato del processo penale italiano, nel quale, anche laddove v'è una giuria, questa è affiancata da magistrati togati e tutti sono poi tenuti a redigere la motivazione della decisione e spiegare dunque le ragioni del verdetto. Il sistema penale e processuale italiano ha un'impostazione, sul punto, dissimile da quella di Beccaria, basandosi sulla tendenziale asetticità del giudice, su di una serie di garanzie che tendono a evitare che il giudice sia influenzato dall'opinione pubblica (legalità, imparzialità, terzietà, impugnazioni, selezione attraverso il sapere tecnico).

## 7. È possibile teorizzare una giustizia penale artificiale senza un codice penale e processuale penale?

Afferma Filippo Sgubbi: «i *big data* assumono centralità nell'operato della giustizia, anche penale: tutti gli elementi di fatto e di diritto entrano in un *database* in grado di utilizzare e di elaborare tali dati a fini predittivi. L'algoritmo progressivamente tende a sostituire la legge, al punto che il primato delle norme incriminatrici viene sostituito dalle norme che regolano l'applicazione del software: e ciò accade sia nel giudizio di fatto attinente alla individuazione di innocenza e colpevolezza dell'imputato, sia nel giudizio di diritto circa la definizione del confine fra lecito e illecito. Dunque il testo della norma penale diviene uno degli elementi, uno fra i tanti, che entrano nella piattaforma digitale di gestione della *governance* giudiziaria»<sup>47</sup>.

Si assiste ad un passaggio dal giudice bocca della legge, in cui si adotta il ragionamento sillogistico; ad un giudice creatore, in cui l'applicazione della norma avviene in base ad abduzione e il diritto è dato dal testo scritto e dalla sua interpretazione; ad un giudice predittivo in cui l'applicazione della norma avviene con *predittività* della decisione giudiziale fondata su calcoli algoritmici

---

sentimento che la scienza che giudica per opinione». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Giappichelli, 2022, 37.

<sup>45</sup> R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2009, 93 ss.; V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, in *Dig discipl. pen*, X, Torino, 1995, 156 ss.

<sup>46</sup> A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano, 2019.

<sup>47</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 27 ss.

di formazione non trasparente. L'algoritmo, usato come fattore di predizione della pericolosità, di commisurazione della pena, diviene fonte del diritto anche in materia penale<sup>48</sup>.

Ebbene, il nostro processo penale e soprattutto il nostro diritto penale è, *de jure condito*, pronto ad essere adattato all'ingresso dell'IA, oppure, è necessario un ritocco normativo<sup>49</sup>, addirittura, un codice penale pensato per l'IA? Prendendo ad esempio la tematica del dolo, per quanto si possa limitare la lettura del requisito volontaristico di cui all'art. 43 c.p., essa non può essere del tutto pretermessa, per il principio di conservazione degli atti normativi. La volontà come scelta, come tensione verso un fine non può essere presunta dall'agire di una macchina, ma deve essere parametrata sull'agente astratto-concreto, deve, cioè, essere individualizzata e individualizzante, coi criteri dell'art. 192 c.p.p. Di conseguenza, se si vuol dare ingresso all'IA nel processo penale, è necessario ri-descrivere il dolo sulla base della sola rappresentazione, sulla scorta degli indicatori (la stragrande maggioranza di essi esprime la rappresentazione), in modo da rendere standardizzabile e provabile tale criterio di imputazione soggettivo.

Occorre evitare il rischio che attraverso questi strumenti si apra la strada a una forma inaccettabile di determinismo penale, per cui dal diritto penale del fatto – sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. – si passi ad un inaccettabile diritto penale del profilo d'autore, nel quale il dolo viene desunto esclusivamente dagli schemi comportamentali statisticamente più frequenti. Ovviamente, questo sarebbe contrario al principio di personalità della responsabilità penale ed al finalismo della pena ex art. 27, commi 1 e 3, Cost. Occorre allora chiedersi se l'art. 27 della Cost. funzioni da regola di esclusione della valutazione del dolo basato su meccanismi che si fondano su generalizzazioni di condotte di soggetti diversi dall'interessato. Il tema è delicato ed è difficile fornire una risposta in termini generali, indipendentemente dalla struttura del dispositivo; in fondo, le stesse massime di esperienza che vengono impiegate dall'intelligenza umana per effettuare giudizi predittivi di responsabilità nascono da generalizzazioni di esperienze di altri soggetti. Quel che cambia, nel caso dell'IA è la quantità di fattispecie passate e di informazioni che vengono prese in considerazione e, naturalmente, i criteri di valutazione ed elaborazione dei dati. Come si è rilevato, appare dunque essenziale garantire la trasparenza dell'algoritmo e

---

<sup>48</sup> F. SGUBBI, *op. cit.*, 33 ss.; di recente anche M. AMISANO, *Prevedere -e non predire- attraverso gli algoritmi e le loro insidie*, in *Arc. Pen.*, 2022, 11 ss.

<sup>49</sup> Seppur in un contesto in parte diverso, v. M. GIUCA, *Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma*, in *Arch. Pen.*, 2022, 52, secondo cui i problemi derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel quotidiano sono risolvibili con gli schemi ordinari propri del diritto penale e che, almeno per ora, discutere di una responsabilità del sistema di IA rappresenta solo un esercizio giuridico, perché non esistono sistemi che operano senza la supervisione dell'uomo.

coinvolgere i giuristi nella sua creazione, affinché i dati impiegati siano affidabili e pertinenti alla valutazione di pericolosità e i criteri di valutazione non siano irragionevoli o discriminatori.

NOC