

RILIEVI INTRODUTTIVI

SOMMARIO: 1. Coordinate definitorie e concettuali. – 2. Obiettivo e metodo della ricerca.

1. *Coordinate definitorie e concettuali.*

Parlare di profilazione del giudice, cioè di sistemi che grazie all'intelligenza artificiale (i.a.)¹ elaborano masse di dati relativi al magistrato per prefigurare l'esito del processo o per controllarne l'attività professionale, significa entrare in un terreno di novità e, insieme, di tensione.

In un terreno di novità perché la profilazione porta a un altro livello la richiesta di prevedibilità della decisione giudiziaria² e la possibilità di monitoraggio delle *performances* di chi esercita il pubblico potere³. Sul primo versante, infatti, si dischiude la prospettiva di anticipare probabilisticamente segno e contenuto della futura decisione non tanto in base allo stato del c.d. diritto vivente quanto in base agli orientamenti del singolo giudice e al suo inquadramento bio-professionale. Sul secondo versante, invece, si potrebbe condurre un'analisi del rendimento e dei comportamenti di costui finora mai concepita in simili proporzioni.

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

¹ V. *infra*, I.

² V. *infra*, II e III.

³ V. *infra*, IV.

In un'accezione consonante con quella accolta dall'art. 4(4) reg. 2016/679/UE (c.d. *G.d.p.r.*), nonché dall'art. 2 comma 1 lett. e d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, di recepimento della direttiva 2016/680/UE, per profilazione intendiamo «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali» finalizzata ad anticipare, o comunque analizzare, «il comportamento», «le preferenze» e «il rendimento professionale» di un soggetto: il giudice, per quanto qui d'interesse. Anche i loro nomi indicati nelle sentenze, e gli altri elementi di pertinenza individuale elaborabili a scopi predittivi o di controllo, sono infatti riconducibili alla definizione *ex art.* 4(1) reg. cit., sebbene i contenuti dei provvedimenti giurisdizionali, nei limiti che vedremo⁴, siano sempre pubblicabili.

Il profilare, sul piano normativo, viene dunque descritto in termini piuttosto ampi. Un aspetto sul quale soffermarsi è proprio questo, che nella disposizione di rango eurounitario – e nel significato da noi prescelto – la profilazione include senz'altro le pratiche di raccolta ed elaborazione dei dati attraverso il riconoscimento di determinate caratteristiche ritenute rilevanti e l'inserimento del soggetto profilato all'interno di una determinata classe, formata in ragione della scoperta di determinate correlazioni⁵. Attività del genere, consistenti nella classificazione, appunto, delle informazioni tratte dai dati, producono il risultato di attribuire un “profilo” alla persona cui i dati e le informazioni si riferiscono. D'ora in avanti, si potrà indicare questo tipo di profilazione come “classificatoria”. Ma il profilare può anche arrestarsi a uno stadio meno avanzato, limitandosi a raccogliere ed elaborare dati ordinando e organizzando determinate informazioni in un determinato modo. Per tale via, il “profilo” che ne deriva è il risultato del raggruppamento di quelle informazioni, ordinate e organizzate, in un'unica sede. D'ora in avanti, potremo indicare questo tipo di profilazione come “di base”.

Distinguere tra categorie di *tools* di profilazione classificatoria e *tools* di profilazione di base, permette altresì una maggiore messa a fuoco dei connotati dei sistemi di profilazione del giudice, oggetto diretto del presente lavoro. Nei Paesi in cui sono stati diffusi, cioè, essi appartengono alla seconda delle categorie considerate. Chiaro peraltro che, in prospettiva, i risultati della profilazione di base, ossia i vari profili dei

⁴ V. *infra*, III, § 1.1.1.

⁵ V. i necessari rilievi esplicativi *infra*, I, § 4.2; II, § 1 ss.

soggetti sottoposti al trattamento, potrebbero fungere da materia prima fondamentale per la realizzazione di sistemi di profilazione classificatoria. Questo già avviene, come si sa, per prassi quotidiana nel campo del *marketing* attraverso la profilazione del consumatore, nonché, per prassi sempre più consolidata in alcuni ordinamenti, allo scopo di misurare il rischio di futura commissione di reati attraverso la profilazione dell'imputato⁶. Nel prosieguo, quindi, dovremo confrontarci con entrambe le categorie di profilazione; provvedendo, ove necessario, a evidenziare a quale delle due ci si starà riferendo.

Perché possa parlarsi di profilazione, inoltre, i dati devono essere oggetto di un «trattamento automatizzato», in tutto o in parte. Così emerge la prima ragione di rilevanza, nel discorso che si sta impostando, dell'i.a.: la quale si fonda, tra l'altro, sull'automazione delle funzioni svolte. Gli «algoritmi di profilazione», cui verrà fatto cenno al momento opportuno⁷, si qualificano per l'esecuzione di operazioni di profilazione di base o classificatoria senza l'intervento dell'uomo.

Un altro elemento tipico indefettibile della profilazione è la sua finalità; pertanto, in apertura il tema è stato introdotto menzionando subito il relativo scopo predittivo o di controllo. Anche al riguardo, volendo fugare potenziali fraintendimenti, appare doveroso esprimere un'avvertenza: il dire per esempio che scopo della profilazione può essere l'anticipazione del futuro esito di un processo, e che i profili dei giudici possono essere costruiti attraverso l'i.a., non vuol necessariamente dire che sia la medesima i.a. – o altro sistema d'i.a. – a formulare il pronostico. Quantomeno allo stato attuale, infatti, i *tools* di profilazione, oltre ad arrestarsi allo stadio della profilazione di base, si limitano a produrre un risultato meramente descrittivo⁸, dando conto delle varie statistiche del giudice, in favore dell'utente che interroga il sistema. Chiaro peraltro che, in prospettiva, l'i.a. potrà essere impiegata pure per la produzione di un pronostico, giungendo a ipotizzare l'esito del processo sulla scorta del profilo del giudice competente a conoscerlo. Analogamente a quanto già avviene, per rimanere agli ambiti di cui sopra, nel *marketing* attraverso la prospettazione di ipotesi sul comportamento futuro del consuma-

⁶ V. *infra*, II, § 1.1.

⁷ V. *infra*, II, § 1.

⁸ V. *infra*, I, § 4.1.

to; e, nella misurazione del rischio di futura commissione di reati, attraverso la quantificazione numerica di un tale rischio. In seguito verrà dunque contemplato anche uno sviluppo del genere, indicando di volta in volta che di sviluppo probabile nell'avvenire, ma non attuale, si parla.

Ferma l'essenziale cornice definitoria appena delineata, seguitando nell'illustrazione dell'oggetto del nostro studio va ancora precisato che ci si concentrerà prevalentemente sul rapporto tra profilazione e prevedibilità. Non a caso, la profilazione è *in primis* qualificabile come uno strumento di "giustizia predittiva": locuzione dalla portata indefinita ma nella quale comprenderemo i sistemi d'i.a. volti all'anticipazione della futura decisione giudiziaria in punto di applicazione delle disposizioni processuali, del precetto, della pena; nonché di formulazione delle valutazioni probatorie. Proprio in questi termini, del resto, lo sguardo sul «futuro giuridico», di cui subito si dirà, verrà posizionato.

Certo un siffatto sguardo si dovrà rivelare pure consapevole di alcuni presupposti imprescindibili: ora appena evocati, più oltre debitamente illustrati e approfonditi. Primo, che il diritto prevedibile (o predicibile) è concettualmente tale in quanto se ne postuli l'attribuzione di una specifica qualità, quella dell'essere più o meno calcolabile. Secondo, che almeno nel senso tradizionale del termine il tessuto aperto e permeabile del diritto vive una dinamica apparentemente inconciliabile con la piena calcolabilità. Terzo, che una via attuale e futura per l'efficace gestione della ineliminabile incalcolabilità è rendere almeno parzialmente calcolabile l'incertezza, ossia rendere parzialmente calcolabile l'incalcolabile: sì da realizzare, nei limiti del fattibile sul lato tecnico, le risalenti ambizioni di misurazione e misurabilità della c.d. giurimetria⁹. Quarto, che ad oggi non sono state raggiunte conclusioni scientifiche in grado di spiegare completamente l'*iter* del ragionamento umano, il quale in parte rimane dunque opaco come opaco risulta il funzionamento diciamo interno di molti applicativi d'i.a. Quinto, che neppure il testo della motivazione della sentenza – a prescindere da come essa venga articolata in Italia o in altri Paesi – ci consente di desumere in virtù di cosa il giudice abbia effettivamente e realmente deciso: possono se mai essere calcolate le probabilità che sulla decisione abbiano inciso alcuni elementi al posto di altri, o in modo più marcato di altri.

⁹ V. *infra*, I, § 4.1.

Le notazioni appena svolte rendono contestualmente possibile spiegare perché, come si diceva, il tema della profilazione rappresenti, oltre a un terreno di novità, un terreno di tensione; tensione tra contrapposti interessi e valori.

Da un canto, infatti, appare intuitivo constatare la congiunzione tra l'interesse economico dei privati che commercializzano *tools* di giustizia predittiva e lo spessore strategico della pretesa di certezza. Spessore socialmente strategico, dato il bisogno di certezza delle conseguenze penali del proprio agire e di simile soluzione dei casi simili; e, ancora, economicamente strategico, vuoi perché la certezza giuridica è un fattore determinante di attrazione degli investimenti, vuoi perché l'incertezza giuridica finisce comunque col rendere indispensabili i prodotti delle società di *legal tech*, i quali proprio nell'ottica della semplificazione promuovono la disintermediazione umana delle informazioni disponibili per gli utenti.

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

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

Non intendendo nemmeno celare, sin da ora, la preoccupazione dovuta al vistoso disallineamento tra i contenuti dell'attuale dibattito sulla giustizia e gli scenari prossimi futuri: la recente apertura al pubblico in *open access* della banca dati ospitante una parte della giurisprudenza di merito, nella quale si possono ricercare i provvedimenti filtrati mediante i nomi dei giudici¹⁰, è un fatto che parla da sé. Ma cavalcare, da parte delle istituzioni politiche, la retorica del giudice trasparente suona solo come il tentativo illusorio di spostare l'attenzione dall'obiettivo vera-

¹⁰V. *infra*, III, § 1.1.1.

mente meritevole di essere perseguito: governare la complessità del diritto conciliando il pluralismo valoriale, contemporaneamente presente nella collettività e nella magistratura, attraverso decisioni ragionevoli e perciò socialmente accettabili.

2. *Obiettivo e metodo della ricerca.*

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

Sul fronte del metodo, prima di giungere a riflettere sull'argomento nel contesto nazionale si prenderà in esame quello degli Stati Uniti d'America, in cui i sistemi c.d. di *judge profiling* sono realtà operativa ormai da qualche anno¹¹ e vengono impiegati soprattutto a scopo predittivo, nei termini chiariti in apertura.

Anche da noi, già se n'è fatta menzione, profilando il giudice la sua decisione diverrebbe maggiormente prevedibile – meglio, predicibile –, tanto sul piano del diritto sostanziale e processuale applicato a determinate classi di casi, quanto sul piano dei giudizi valutativi effettuati in ambito probatorio¹². A quest'ultimo riguardo, per fare solo un esempio, pensiamo alla valutazione della prova testimoniale: attraverso il trattamento in parola, si può teoricamente puntare ad anticipare come quel giudice probabilmente valuterà una determinata testimonianza, proveniente da un determinato tipo di testimone, in determinate circostanze, quando si proceda per determinati titoli di reato, e via dicendo.

Ma al netto di indubbi benefici, vi sono pure dei costi da dover considerare. Bisognerà quindi domandarsi quali essi siano, tentando di sta-

¹¹ V. *infra*, II, § 2 ss.

¹² V. *infra*, III, § 1.3 ss.

bilirli in ragione di considerazioni pratiche, ipotizzando se e in che misura l'incidenza della profilazione possa cagionare in concreto un *vulnus* ad alcuni diritti e garanzie fondamentali, individuali o collettivi. La prevedibilità della decisione è un principio – meglio, un valore – essenziale di cui tenere conto, che però non prevale, e non deve prevalere, sempre e comunque su altri non meno importanti¹³.

Una riflessione simile, sebbene non organicamente sviluppata, risulta essere stata decisiva in Francia, ove la profilazione del giudice, a mente dell'art. 33 *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, di modifica dell'art. 111-13 *code de l'organisation judiciaire*, si è addirittura criminalizzata¹⁴.

Nell'economia dell'analisi qui proposta, la questione della determinazione dei singoli costi del *judge profiling* verrà trattata operando una distinzione, a livello macro, tra costi “strutturali” e costi “eventuali”.

In breve, strutturali sarebbero quelli verosimilmente da sopportare alla luce delle operanti norme costituzionali ed europee; cioè a prescindere dall'assetto della legislazione ordinaria e del relativo diritto vivente¹⁵. Eventuali si presenterebbero, invece, i costi verosimilmente da sopportare non già *a priori*, ma condizionatamente all'assetto della legislazione ordinaria e del diritto vivente. Detto altrimenti, sarebbero da intendersi eventuali i costi derivanti non dall'impiego della profilazione in quanto tale, ma dalla combinazione della profilazione con determinati istituti giuridici nazionali¹⁶.

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

I costi specifici della profilazione, bisogna ancora avvertire, non vanno confusi con quelli discendenti, più in generale, dal consolidamento del paradigma della predicibilità, in termini di rialfabetizzazione, riduzione e sclerotizzazione della realtà umana e giuridica per conseguenza del pieno ingresso dell'i.a. nel settore della giustizia. In particolare, fin dove la pre-

¹³ V. *infra*, III, § 2 ss.

¹⁴ V. *infra*, II, § 3 ss.

¹⁵ V. *infra*, III, § 2.1 ss.

¹⁶ V. *infra*, III, § 2.2 ss.

dicibilità abbia realmente a che fare con la ragionevole prevedibilità delle decisioni costituirà l'interrogativo preliminare e di fondo della prima porzione del lavoro. Lì, a una parte *destruens* si affiancherà una parte *construens*, in cui discorrere del come l'i.a. potrebbe e dovrebbe essere adoperata, nell'ottica della minimizzazione dei costi e della massimizzazione dei benefici.

Lo stesso schema, a seguire, verrà adottato con riguardo alla possibilità di finalizzare la profilazione del giudice al più efficace ed efficiente monitoraggio delle *performances* individuali, vuoi allo scopo di formulare le c.d. valutazioni di professionalità, che impongono appunto una valutazione del trascorso professionale della persona; vuoi allo scopo di conferire gli incarichi di c.d. dirigenza giudiziaria, che come noto hanno luogo a valle di procedure competitive fondate sulla comparazione dei candidati. Inoltre, con la profilazione potrebbe essere reso più efficace ed efficiente, nei confronti del magistrato, l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte del Ministro della giustizia e lo svolgimento delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione; il sindacato giurisdizionale in ordine alla responsabilità disciplinare; il sindacato giurisdizionale sulla responsabilità civile¹⁷.

L'impiego del *judge profiling* a fini di controllo latamente inteso appare anche l'impiego più vicino alla realtà odierna rispetto alla finalità predittiva. La recente legge 17 giugno 2022, n. 71, cui è seguito il d.lgs. 28 marzo 2024, n. 44, ha difatti sancito la creazione del c.d. fascicolo personale delle *performances* del magistrato: che si prepara, lo si comprenderà, a essere uno strumento di profilazione di base, nonostante all'atto pratico un apporto significativo dell'i.a. ancora manchi. Uno strumento di profilazione giuridicamente nominato, il quale dovrà essere debitamente progettato e disciplinato.

Tanto premesso, possiamo ora afferrare che la domanda fondamentale della ricerca ruota attorno alla individuazione e alla misurazione dei costi sistemici della profilazione, a fronte dei benefici in termini di calcolabilità penale sostanziale e processuale, nonché di controllo sull'amministrazione della giustizia.

Più oltre, nell'ambito dei rilievi conclusivi, verrà stilato un bilancio, effettuando una comparazione dei costi in rapporto ai benefici com-

¹⁷ V. *infra*, IV, § 1.1 ss.

pletivamente considerati. In quella sede tornerà pure utile la differenziazione tra costi strutturali ed eventuali, almeno in due sensi. Primo, come criterio di descrizione: per avere cioè contezza della differente tipologia dei costi prospettabili. Secondo, come criterio di ponderazione: per potersi pronunciare sulla legittimità o sull'opportunità del fenomeno, tenendo presente, come s'illustrerà, che i costi strutturali dovrebbero pesare di più rispetto a quelli eventuali.

In via speculare al già esplicitato obiettivo primario della ricerca, il risultato (provvisorio) sarà l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali il *judge profiling* possa ritenersi compatibile con il nostro sistema penale costituzionale ordinamentale¹⁸: affinché, in definitiva, la decisione giusta non finisca per rappresentare un'anomalia.

¹⁸V. *infra*, V, § 2.