

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 a costui afferenti per prefigurare l'esito del processo o per controllarne l'attività professionale svolta, significa anzitutto 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* dei membri del pubblico potere³. Sul primo versante, infatti, si disciude 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 giudicante e al suo inquadramento "bio-professionale". Sul secondo versante, invece, si potrebbe condurre un'analisi del rendimento e dei comportamenti dei magistrati finora mai concepita in simili proporzioni.

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

In una accezione consonante con quella accolta dall'art. 4(4) regolamento 2016/679/UE (c.d. *G.d.p.r.*), nonché dall'art. 2 comma 1 lettera 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 determinato soggetto: il giudice, per quanto

¹ V. *infra*, I.

² V. *infra*, II e III.

³ V. *infra*, IV.

qui d'interesse. Anche i nomi dei magistrati indicati nelle sentenze da loro redatte, ed eventualmente gli altri elementi di pertinenza individuale elaborati a scopi predittivi o di controllo, sono infatti riconducibili alla definizione di dato personale ex art. 4(1) regolamento cit., sebbene i contenuti dei provvedimenti giurisdizionali, eccettuati i dati identificativi dei soggetti diversi dal giudice e dal pubblico ministero, sono sempre pubblicabili ai sensi degli artt. 51 comma 2 e 52 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice *privacy*).

Il profilare viene dunque definito in termini piuttosto ampi. Un punto sul quale soffermarsi è proprio questo, che nella disposizione di rango eurounitario – e nell'accezione impiegata da chi scrive – la profilazione include senz'altro le pratiche di raccolta ed elaborazione dei dati attraverso l'individuazione di determinate caratteristiche personali ritenute rilevanti e l'inserimento del soggetto profilato all'interno di una determinata classe, formata in ragione della scoperta di determinate correlazioni⁴. Attività del genere, consistenti nella classificazione, appunto, delle informazioni tratte dai dati, producono il risultato di attribuire un "profilo" al soggetto cui i dati e le informazioni si riferiscono. D'ora in avanti, potremo indicare questo tipo di profilazione come "classificatoria". Ma il profilare può anche arrestarsi, diciamo così, a uno stadio meno avanzato, limitandosi a raccogliere ed elaborare dati personali ordinando e organizzando determinate informazioni in un determinato modo. Per tale via, il "profilo" del soggetto 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 nostro studio. 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 soggetti sottoposti al trattamento, potrebbero fungere da materia prima fondamentale per la realizzazione di sistemi di profilazione classificatoria. Questo già avviene, come ognuno 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'imputato⁵. Nello sviluppo del lavoro, quindi, ci si dovrà confrontare con entrambe le categorie di profilazione; provvedendo, ove necessario, a evidenziare di volta in volta 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 dunque emerge la prima ra-

⁴ V. i necessari rilievi esplicativi *infra*, I, § 4.1.; II, § 1.1.

⁵ V. *infra*, II, § 1.1.

gione di rilevanza, nel discorso che si sta impostando, dell'i.a.: la quale si basa, fra l'altro, sull'automazione delle funzioni svolte. Gli "algoritmi di profilazione", di cui faremo cenno a tempo debito⁶, si qualificano giustappunto per l'esecuzione di operazioni di profilazione di base o classificatoria, come intese poc'anzi, 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 uno 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 descrittivo⁷ in favore dell'utente che interroga il sistema, dando conto delle varie statistiche del singolo giudice profilato. Chiaro peraltro che, in prospettiva, l'i.a. potrà essere impiegata pure per la produzione di un pronostico, giungendo cioè a ipotizzare l'esito di un determinato processo in base al profilo di un determinato giudice. Analogamente a quanto già avviene, per rimanere agli ambiti di cui sopra, nel *marketing* attraverso la prospettazione di ipotesi sul comportamento futuro del consumatore; e, nella misurazione del rischio di futura commissione di reati, attraverso la quantificazione numerica di un tale rischio. Nel prosieguo verrà dunque considerato anche uno sviluppo di tal genere, indicando di volta in volta che di sviluppo probabile nell'avvenire, ma non attuale, si parla.

Ferma l'essenziale cornice definitoria appena delineata, seguendo nell'illustrazione dell'oggetto del presente 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 accennati, a suo tempo debitamente illustrati e approfonditi. Primo, che il diritto prevedibile (o predicibile) è concettualmente tale in quanto se ne postuli l'attribuzione di una determinata qualità, quella del-

⁶ V. *infra*, II, § 1.

⁷ V. senz'altro *infra*, I, § 4.1.

l'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: si da realizzare, nei limiti del tecnicamente fattibile, le risalenti ambizioni di misurazione e misurabilità della c.d. giurimetria⁸. Quarto, che ad oggi non sono state raggiunte conclusioni scientifiche in grado di spiegare completamente l'*iter* del ragionamento umano, il quale in parte rimane dunque opaco come opaco risulta il funzionamento diciamo interno dell'*i.a.* più avanzata. Quinto, che neppure il testo della motivazione della sentenza – a prescindere da come essa venga articolata nei diversi ordinamenti – ci consente di desumere in base a cosa il giudice abbia effettivamente e realmente deciso: possono se mai essere calcolate le probabilità che il giudice abbia deciso in virtù di determinati elementi e non di altri.

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

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

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

Non intendendo peraltro celare, sin da ora, la preoccupazione dovuta al vistoso disallineamento tra i contenuti dell'attuale dibattito sulla giustizia e le prospet-

⁸ Su cui v. *infra*, I, § 4.1.

tive future: la recente apertura al pubblico in *open access* della banca dati ospitante una parte della giurisprudenza di merito, nella quale si possono ricercare i singoli provvedimenti filtrati attraverso i nomi dei singoli giudici⁹, è un fatto che parla da sé. Ma cavalcare, da parte delle istituzioni politiche, la retorica del giudice trasparente suona solo come il tentativo illusorio di spostare l'attenzione dall'obiettivo realmente meritevole di essere perseguito: governare la complessità del diritto conciliando il pluralismo valoriale, contestualmente presente nella collettività e nella magistratura, attraverso decisioni ragionevoli e perciò socialmente accettabili.

2. Obiettivo e metodo della ricerca

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

Prima di giungere a riflettere sull'argomento 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 oramai da qualche anno¹⁰ 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 probatorio¹¹. A quest'ultimo riguardo, per fare solo un esempio, pensiamo alla valutazione della prova testimoniale: profilando il giudice, si può teoricamente puntare ad anticipare come quel giudice probabilmente valuterà una determinata testimonianza, 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 determinarli in virtù di considerazioni pratiche, ipotizzando se e in che misura l'incidenza della profila-

⁹ Se ne parlerà *infra*, III, § 1.1.1.

¹⁰ V. *infra*, II, §§ 2 ss.

¹¹ V. *infra*, III, §§ 1.3 ss.

zione possa cagionare in concreto un *vulnus* a determinati diritti e garanzie fondamentali, individuali o collettivi. La prevedibilità della decisione è un principio – meglio, un valore – essenziale di cui tenere conto, che però non prevale, e non deve prevalere, sempre e comunque su altri non meno importanti¹².

Una riflessione simile, sebbene non organicamente sviluppata, risulta essere stata decisiva in Francia, ove la pratica della profilazione del giudice, a mente dell'art. 33 *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, di modifica dell'art. 111-13 *code de l'organisation judiciaire*, è stata addirittura criminalizzata¹³.

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

In breve, strutturali sarebbero quelli verosimilmente da sopportare alla luce delle norme costituzionali ed europee operanti nel nostro ordinamento; cioè a prescindere dall'assetto della legislazione ordinaria e del relativo diritto vivente¹⁴. Accessori risulterebbero, 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 quali accessori i costi derivanti non dall'impiego della profilazione in quanto tale, ma dalla combinazione della profilazione con determinati istituti giuridici nazionali¹⁵.

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

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

Lo stesso schema, a seguire, verrà adottato con riguardo alla possibilità di finalizzare la profilazione del giudice al più efficace ed efficiente monitoraggio delle *performances* individuali, vuoi allo scopo di formulare le c.d. valutazioni di professionalità, che impongono appunto una valutazione del trascorso professionale

¹² V. *infra*, III, §§ 2 ss.

¹³ V. *infra*, II, §§ 3 ss.

¹⁴ V. *infra*, III, §§ 2.1. ss.

¹⁵ V. *infra*, III, §§ 2.2. ss.

del giudicante; vuoi allo scopo di conferire gli incarichi di c.d. dirigenza giudiziaria, che come noto hanno luogo a valle di procedure competitive fondate sulla comparazione dei candidati. Inoltre, con la profilazione potrebbe essere reso più efficace ed efficiente, nei confronti del giudice, l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte del Ministro della giustizia e lo svolgimento delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione; il sindacato giurisdizionale in ordine alla responsabilità disciplinare; il sindacato giurisdizionale sulla responsabilità civile¹⁶.

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 l. 17 giugno 2022, n. 71, a cui è seguito il d. lgs. 28 marzo 2024, n. 44, ha difatti stabilito la creazione del c.d. fascicolo personale delle *performances* del magistrato: che si prepara a essere uno strumento di profilazione di base, come si vedrà, a tutti gli effetti, nonostante all'atto pratico ancora manchi un apporto significativo dell'i.a. In prospettiva, quindi, uno strumento di profilazione giuridicamente nominato, il quale dovrà essere debitamente progettato e disciplinato.

Tanto premesso, si può ora comprendere che la domanda fondamentale della ricerca ruota attorno alla individuazione e alla misurazione dei costi di sistema 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 complessivamente considerati. In quella sede tornerà pure d'interesse la differenziazione tra costi strutturali e accessori, almeno in due sensi. Primo, come criterio di descrizione: per avere cioè contezza della differente tipologia dei costi prospettabili. Secondo, come criterio di ponderazione: per potersi pronunciare sulla legittimità o sull'opportunità del *judge profiling*, tenendo presente, come s'illustrerà, che i costi strutturali dovrebbero pesare di più rispetto a quelli accessori.

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 ordinamentale¹⁷: affinché, in definitiva, la decisione giusta non finisca per rappresentare un'anomalia.

¹⁶ V. *infra*, IV, §§ 1.1. ss.

¹⁷ V. *infra*, Rilievi conclusivi, § 2.

