

La responsabilità di giudicare tra errori, dubbi e certezze: qualche suggestione storica^(*)

Monica STRONATI*

Sommario: 1. L'ineluttabilità della decisione 2. La giustizia e le sfide dell'intelligenza artificiale 3. Una giustizia legalmente infallibile 4. L'errore giudiziario 5. Il cambio di paradigma: la Costituzione 6. La rimozione delle emozioni 7. Suggestioni conclusive

1. L'ineluttabilità della decisione

Il giudice M.T. comincia a dare segni di preoccupazione nel processo del caso pietoso di De Cosimis. Il fatto è che gli occhi del condannato e del giudice si incontrarono e “fu completamente inghiottito dallo sguardo umile e senza protesta del piccolo condannato, cascò nei suoi panni da un attimo all'altro e sentì che, a dispetto degli articoli di legge e del reato sicuramente commesso, De Cosimis era il delinquente più innocente della terra”¹. M.T. si dimette dal ruolo di giudicante, ma non è una soluzione soddisfacente perché rimane “responsabile delle leggi in base alle quali quelle sentenze vengono ogni giorno pronunciate” e dunque continuerà ad essere complice di tutte le sentenze rese in nome del popolo. Non ci si può sottrarre dalle responsabilità di giudicare, a meno di diventare una ‘sedia a dondolo’ come farà M.T., l'ex giudice, ex umano inventato da Gianni Rodari.

Il racconto fantastico e surreale di Rodari tocca temi fondamentali che investono certamente la figura del giudice, i suoi dubbi (e i dubbi su di lui)², la responsabilità di giudicare, più in generale pone la questione dell'ineluttabilità della decisione. “Il diritto è il *mondo della decisione*”, Irti ci ricorda che ‘decidere’ deriva dal latino e significa tagliare. Decidere vuol dire “‘tagliare’ fra le diverse soluzioni, ridurre la pluralità ad unicità”³, in qualche modo decidere significa ridurre ciò che è complesso in qualcosa di semplice. La funzione di dichiarare la giustizia “nella sua più generale configurazione (dirimere il conflitto e indicare la misura, coercitiva o anche pattizia, della sua composizione) è uno snodo essenziale di qualsiasi organizzazione politico-sociale”⁴. Quella di dover giudicare, dunque, sembra essere una condanna per le società umane, oggetto di preoccupazione nella dottrina della Chiesa che esorta a ‘non giudicare’, lo stesso ammonimento che, racconta Luigi Lacchè, ha accolto André Gide nei suoi ricordi di giurato alla Corte d'Assise di Rouen⁵.

(*) Viene qui riprodotto con modifiche e aggiunte il testo dell'intervento al Convegno “L'errore nella decisione nell'era dell'intelligenza artificiale”. Seminario internazionale a conclusione del progetto di ricerca “Dant”, tenuto il 24 settembre 2021 a Villa Lauri, Macerata.

* Professoressa di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Macerata.

¹ G. Rodari, *Il giudice a dondolo*, in C. De Luca (cur.), *Il giudice a dondolo*, Torino, 2013, p. 140.

² Cfr., *Il dubbio. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2, 2020.

³ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016 (cito dalla versione Kindle).

⁴ P. Costa, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in L. Lacchè, M. Meccarelli (cur.), *Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca*, Macerata, 2012, p. 20.

⁵ L. Lacchè, *Non giudicate: antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli, 2009.

La giustizia penale schiacciata sulla pena, sull'inflizione di un 'giusto' castigo, entra inevitabilmente in una profonda contraddizione. E non si tratta di scegliere tra modelli, retributivo o di prevenzione, "i principali modelli di concezione della pena, per ragioni diverse, ma anche per alcuni presupposti comuni, appaiono fortemente in crisi. Importante è sottolineare che non si tratta semplicemente di una crisi per così dire disciplinare, del diritto penale, ma di qualcosa che affonda le sue radici nell'idea stessa della pena"⁶. Curi giustamente osserva che la perpetuazione della sanzione penale non trova una giustificazione razionale e "si presenta ormai apertamente per quello che è: vendetta sociale, afflizione irrazionale, sofferenza senza scopo"⁷. Giudicare incide profondamente sulla vita delle persone dovrebbe quindi essere una funzione circondata da imponenti cautele. Ci sono voluti secoli, con avanzamenti e arretramenti, per affermare l'idea della necessità di 'incivilire' la giustizia, soprattutto il processo penale come luogo in cui prevedere garanzie e diritti all'imputato. Eppure gli ordinamenti giuridici hanno solo di recente riconosciuto formalmente l'ipotesi della fallibilità della giustizia di apparato e anche quando il principio è accolto non sempre viene perseguito con il dovuto rigore.

2. La giustizia e le sfide dell'intelligenza artificiale

In Occidente la storia della giustizia⁸ coincide con il *dicere ius* e, per associazione, si identifica nel giudice l'ufficio che per eccellenza misura il giusto e dichiara il diritto. La tentazione, tuttavia, è di rappresentare i giudici come gli esclusivi depositari della giustizia e di conseguenza attribuire a loro tutte le criticità e le debolezze degli ordinamenti giuridici senza considerare la complessità della funzione di giudicare.

Le sirene dell'intelligenza artificiale sembrano offrire una rapida soluzione a tutti i mali della giustizia. Le macchine intelligenti promettono efficienza, perché possono elaborare con estrema velocità enormi quantità di dati e promettono pure la certezza del diritto, se si confonde la certezza con la prevedibilità dei giudicati, come se l'esito delle controversie potesse essere univoco e ripetibile⁹. Finalmente le macchine, prive di emozioni, saranno imparziali e dunque giuste?

Gli studi delle scienze cognitive sono spietati, il panorama di errori nei processi decisionali è decisamente importante: Tunnel vision; Bias della conferma; Errore del 'senno di poi'; Perseveranza nella credenza; Bias del risultato; Effetto àncora nelle decisioni etc. Naturalmente le distorsioni cognitive riguardano tutti gli attori, ma è particolarmente inquietante sapere che il processo mentale che conduce alla decisione sia irto di trappole. Gli operatori della giustizia condividono le stesse fonti sulle quali si basano le decisioni dei giudici: le norme, anzitutto, ma anche le elaborazioni della dottrina. La differenza, scrive Santosuosso, è che il giudice organizza e gerarchizza i dati "in modo funzionale alla decisione e che, quindi, una buona motivazione è una motivazione che esplicita il perché, il come e il modo in cui il giudice abbia deciso di aggregare quei dati (elementi giuridici)"¹⁰. Le sentenze dei giudici, in definitiva, sarebbero dati aggregati depositabili in sistemi informatici "un insieme di decisioni che, se ben organizzato in un magazzino di dati (datawarehouse), è interrogabile con ricerche per parola, come negli attuali database, o esplorabile con modalità tecniche più raffinate, come i sistemi di *machine learning*"¹¹. Il *magazzino di dati* potrebbe essere di grande supporto al giudice, se interrogato con algoritmi capaci di individuare dati e proporre bozze di sentenze. Il ruolo del giudice rimarrebbe comunque fondamentale con "il compito, più difficile e di più alto pregio intellettuale e professionale, di selezionare quel materiale e quella proposta di motivazione, di sfidarla,

⁶ U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019 (cito dalla versione Kindle).

⁷ *Ibid.*

⁸ Cfr., P. Costa, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia?, ecc.*, cit.

⁹ Cfr., P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 4/2018, p. 17 ss.

¹⁰ A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, p. 107.

¹¹ *Ibid.*

cambiando o precisando alcuni parametri, o alcuni elementi di fatto e di diritto che contraddicono e cambiano la consequenzialità della proposta del sistema”¹².

L'ipotesi del supporto dell'IA alla decisione incide sull'efficienza ma non sulla fallibilità. Gli algoritmi di intelligenza artificiale adottano lo schema input-output-input, quindi è fondamentale avere i dati corretti nella prima fase operativa, perché i risultati compromessi sono utilizzati dall'algoritmo per creare nuovi risultati, sempre errati. L'errore diventa sistematico e il bias permanente diventa difficilmente risolvibile¹³. È fondamentale immettere dati corretti, ma non è sufficiente ad evitare ogni bias.

Si fa strada l'idea che non ci sia una “differenza categoriale tra intelligenza umana e intelligenza artificiale”, pertanto i sostenitori dell'IA debole affermano che “in linea di principio, non ci sia alcun limite alla computerizzazione (digitalizzazione) del pensare, del percepire, del decidere e del sentire che sono propri degli esseri umani”. Di conseguenza sarebbe possibile simulare “tutti i procedimenti umani che hanno a che fare con pensiero, percezione e decisione”¹⁴.

Francamente non si può ignorare la supposizione “forse azzardata ma non del tutto assurda” di Nida-Rümelin e Weidenfeld ossia:

che ai giorni nostri ci troviamo all'inizio di una seconda epoca razionalistica [...]. La speranza diffusa è che un giorno tutto il nostro mondo della vita verrà permeato dalla razionalità tecnologico-scientifica, che ogni suo ambito sarà afferrabile e prevedibile razionalmente [...] È comunque un fatto che la figura del robot in grado di pensare da solo rappresenti una sorta di emblema per questa (vecchia) speranza razionalistica¹⁵.

Il ‘modello’ illuminista è un'illusione grossolana ma, sostiene Ferrajoli, è ancora un orizzonte di legittimazione:

nonostante la sua infondatezza gnoseologica, quel modello della giustizia “facile, pronta, imparziale” [...] resta pur sempre un modello normativo, per così dire ideale e regolativo, non realizzabile perfettamente come tutti i modelli normativi, e tuttavia realizzabile in maggiore o minor misura a seconda delle garanzie penali e processuali adottate [...] Quel modello illuminista del giudice bocca della legge e del giudizio come accertamento fornisce quindi ancor oggi, se convenientemente riformato, la prima e principale fonte della legittimazione, identificabili con l'effettività, o quanto meno con il grado di effettività, delle garanzie che presiedono al giudizio”¹⁶.

Dal punto di vista storico-giuridico, può essere di qualche utilità rammentare che quel ‘modello’ ha preso forme storiche non del tutto rassicuranti. Anzitutto la strategia illuminista fu una ‘reazione’ critica nei confronti della giustizia di Antico regime, quella del processo inquisitorio tutto incentrato sulla figura del giudice *factotum*, con estesi poteri di *arbitrium*. La giustizia egemonica d'apparato è probabilmente il momento di massima espressione del potere dei giudici, in realtà è una giustizia che si regge sul sistema delle *Practicae* ed è governata dai giuristi. Sono loro che gestiscono e teorizzano il penale in pieno accordo con gli apparati cittadini e degli Stati nascenti. La scienza giuridica razionalizza le pratiche di giustizia degli apparati e contestualmente opera anche un controllo e modera il potere di punire. Attraverso le pratiche il giudice viene guidato passo passo: “Timone, briglia e freno, avrebbero detto quei giuristi, così come oggi noi potremmo dire garanzia”¹⁷. Quando la giustizia delle pratiche entra in crisi, dal Seicento, i giudici diventano i rappresentanti di tutti i vizi della giustizia, diventano la personificazione della giustizia arbitraria: “infidi per i governi se

¹² *Ibid.*, p. 108.

¹³ G. D'Acquisto, *Qualità dei dati e intelligenza artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. Pizzetti (cur.), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 266.

¹⁴ J. Nida-Rümelin, N. Weidenfeld, *Umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'Intelligenza Artificiale*, Milano, 2018, p. 52.

¹⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹⁶ L. Ferrajoli, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. Chiodi, D. Pulitanò (cur.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, p. 21.

¹⁷ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, t. I, p. 15.

incontrollati, parziali se sottoposti al potere politico, non sempre capaci tecnicamente, talora corrotti, considerati responsabili della giustizia tragica che aveva dato la caccia agli untori, alle streghe, agli eretici, agli innocenti”¹⁸. La giustizia della giurisprudenza dottrinale d’Antico regime cercò di avvicinarsi alla certezza del diritto attraverso la *communis opinio*, un criterio endogiurisprudenziale di risoluzione delle contraddizioni dell’ordinamento giuridico in assenza del sistema del precedente. In ogni controversia la coincidenza di opinioni delle massime autorità dottrinali diventò determinante, tanto che sarebbe stato ‘temerario’ per il giudice allontanarsi dalla *communis opinio*. La consuetudine di fondare le decisioni sull’autorità dell’opinione di alcuni giuristi, divenne il criterio prevalente delle decisioni giudiziali ma non diede il risultato auspicato della certezza. Finì con il far prevalere il calcolo matematico, realizzando una sorta di automatizzazione delle decisioni fondato sulla quantità anziché sulla qualità delle opinioni e contribuì alla definitiva crisi della giurisprudenza consulente e del potere corporativo dei giuristi.

3. Una giustizia legalmente infallibile

La nuova stagione aperta degli intellettuali illuministi¹⁹ non a caso adotta l’ideologia anti-giurisprudenziale ed esorta ad un cambiamento epocale dell’ordine giuridico. “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria diventa il manifesto europeo dell’abolizionismo della pena di morte²⁰. Tuttavia, nel *Pamphlet* Beccaria non menziona l’errore giudiziario tra gli argomenti a sostegno dell’abolizione della pena capitale, perché il modello di giustizia illuminista fa leva su una presunzione: la legge è infallibile, l’interprete è suo servitore e deve applicarla in modo sillogistico. È una questione di coerenza dell’ordinamento giuridico che Beccaria, “scenziato della legislazione”²¹, coglie perfettamente. È chiaro che si tratti di una finzione, ma è necessaria per legittimare le ‘decisioni’ dei giudici. Beccaria esalta il sovrano legislatore, una sorta di “Re Mida” al di sopra delle passioni, un essere superiore e infallibile, esattamente come le sue leggi²². Il ruolo dei giudici viene ridotto alla mera applicazione della legge ed è un principio che insieme alla rigida separazione dei poteri verrà accolto nelle successive codificazioni moderne. Al di là dell’interpretazione del *Pamphlet*, da parte dei legislatori, Beccaria ragionava da aspirante funzionario della monarchia austriaca e il suo obiettivo era quello di rafforzare la giustizia di apparato.

La giustizia egemonica è decisa dalla legge, consiste nell’applicare correttamente la legge, che è uguale per tutti, attraverso un processo svolto secondo la legge, con le garanzie previste dalla legge²³. La giustizia alla quale aspira Beccaria intende anzitutto realizzare in modo compiuto il progetto politico-giuridico del centralismo assolutista:

È il trionfo dell’egemonico, coniugato alla ragione. In primo luogo si invoca la legge. Una legge dettata da un legislatore che rappresenti il volere di tutta la società, che si preoccupi della sua difesa, che individui con certezza delitti e pene, seguendo il principio dell’utilità sociale, solo criterio della giustizia. Il giudice, primo servo della legge, si limiterà a dare seguito”²⁴.

¹⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁹ Cfr., M.G. di Renzo Villata, *Beccaria e gli altri. Noterelle sulla criminalistica del tardo Settecento*, in G. Rossi, F. Zanuso (cur.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, 2015, pp. 41-74.

²⁰ M. Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, 2003, tr. it. *Beccaria. Il diritto di punire*, Bologna, 2013.

²¹ Cfr., M.N. Miletto, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, pp. 179-201.

²² Cfr., P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, pp. 136-137; si vedano anche: Id., *Società, Diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2007; Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

²³ Cfr., M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, tomo II, 2009, sp., p. 1236 ss.

²⁴ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., p. 27.

Non a caso la giustizia egemonica si afferma attraverso le prime grandi leggi dei Sovrani, le *Ordonnances* francesi ma anche, e forse soprattutto, con la *Constitutio criminalis carolina* del 1532 che vuole affermare “la primauté d’une justice pénale fondée sur des normes certaines, construites sur la doctrine pénale élaborée dans les Practicae criminales de la tradition du ius commune”²⁵. Naturalmente quelle grandi leggi dei sovrani operavano ancora in un contesto di pluralità delle fonti giuridiche, nella quotidianità la giustizia era garantita dai giudici, anche attraverso i poteri di *arbitrium*²⁶, ma questo non costituiva “il criterio ultimo di normazione”²⁷, perché oltre l’ordine naturale e oltre la giustizia legale esisteva un ordine divino che continuava a svilupparsi.

Cesare Beccaria e i fratelli Pietro e Alessandro Verri hanno dato un contributo fondamentale alla mitizzazione del legislatore e della legge contestualmente alla demolizione della fiducia nei confronti dei giudici. Questi erano dei veri e propri bersagli usati per abbattere il vecchio sistema corrotto e per innalzare un nuovo sistema che invece sarebbe stato permeato dalla certezza e dall’equità.

Obiettivo della critica non era dunque il legislatore, ma la giurisprudenzialità del diritto comune, perché se nel corso del XVI secolo il penale si era accentrato nelle mani dei Principi legislatori tuttavia rimaneva fondamentale la mediazione della scienza penale: “I giuristi, sia quelli con vocazione più pragmatica sia quelli dalla più spiccata capacità speculativa, lavorano per rendere il sistema criminale più ordinato, chiaro, manovrabile dal vertice”²⁸.

Le ragioni della feroce critica di Beccaria²⁹, in fondo, erano conservatrici cioè miravano a realizzare un ordine promesso: la rigida legalità nelle mani dei sovrani. Un ordine giuridico mai interamente realizzato con la conseguenza di aver:

lasciato uno spazio indebito ed abnorme a fonti diverse, quali la consuetudine e le opinioni formulate dalla scienza giuridica ed ha di conseguenza prodotto i due più gravi morbi che possano infettare il diritto nella visione dei pensatori illuministi settecenteschi: l’incertezza sul contenuto (oltre che sovente sull’esistenza stessa) delle norme e, soprattutto, la disparità di trattamento dovuta alla differente interpretazione ed applicazione della norma (incerta perché non scritta in una legge) da parte dei giudici³⁰.

4. L’errore giudiziario

L’approccio ideologico non sarà senza conseguenze. Il primo codice penale francese, dopo la Rivoluzione, accoglie gran parte dei precetti illuministi. Un codice che introduce in modo

²⁵ M. Sbriccoli, *La triade, le bandeau, le genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l’âge moderne*, in *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 9, n. 1, 2005, p. 61. Cfr., E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, 2013, sp., p. 39 ss. Disponibile online : http://purl.oclc.org/paviauniversitypress/dezza_lezioni-spp_2013.

²⁶ Vedi M. Meccarelli, ‘*Arbitrium*’. *Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998; Id., *Le categorie dottrinali della procedura e l’effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l’Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, 2007, disponibile online: <http://books.openedition.org/efr/1842>.

²⁷ A.M. Hespanha, *La cultura giuridica europea*, Bologna, 2012, p. 130; cfr., anche Id., *La gracia del derecho*, Madrid, 1993; Id., *Les autres raisons de la politique. L’économie de la grace*, in P. Schiera (cur.), *Ragion di Stato e ragioni dello Stato (secoli XV-XVII)*, Napoli, 1986, pp. 38-67.

²⁸ I giuristi anzitutto avevano una funzione legittimante del potere punitivo, oltre a razionalizzare le regole processuali, costruire il sistema dei delitti e delle pene e soprattutto riorganizzare il diritto comune, cfr., M. Pifferi, *La criminalistica*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze Lettere ed Arti*, Ottava Appendice, *Diritto*, Roma, 2012, p. 144.

²⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 465.

³⁰ Cfr., G. Rossi, *Il ripudio del diritto giustiniano e la riforma della società nell’Europa del Settecento: Beccaria nel contesto europeo*, in G. Rossi, F. Zanuso (cur.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, 2015, p. 8; C. Storti (cur.), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016; G. Alessi, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, tomo I, pp. 43-79.

preponderante la pena del carcere, ma non abolisce la pena di morte³¹; sopprime la grazia³² ed elimina pure l'istituto della revisione che è chiamato a riparare gli errori di fatto: il codice è legalmente infallibile. Ed è una legge sottratta all'interpretazione dei giudici perché viene accolto il principio della separazione dei poteri e attribuita la giustizia alla sovranità del popolo che la esercita nel processo penale attraverso l'istituto della giuria.

Il modello preso troppo sul serio dai francesi nel 1791 causò diversi errori giudiziari. Un caso che turbò profondamente l'opinione pubblica è quello di Lesurques, inquisito e condannato a morte per l'assassinio del corriere di Lione. Dopo la sentenza sorsero dubbi ai giudici perché dalle testimonianze emergeva la somiglianza ad uno degli assassini sottrattosi alle ricerche. Il governo sottopose il caso al Corpo Legislativo ma questo, nell'impossibilità di sospendere l'esecuzione di una sentenza legalmente resa, passò all'ordine del giorno. Dopo pochi anni si ebbero le prove dell'innocenza. Nessuna riparazione, neanche postuma, per la confisca dei beni e per l'onore dell'innocente, perché la giustizia legale doveva apparire infallibile e non poteva prevedere istituti giuridici 'riparatori'.

Non ideologizzata è l'esperienza del Granducato della Toscana dove prevalse un atteggiamento pragmatico. La legge toscana del 1786 cercò di conciliare l'inesorabilità della pena con il ragionevole dubbio dell'imperfezione della legge e dell'ordinamento giuridico. Leopoldo fece istituire un banco di deposito in cui confluivano tutte le multe e le pene pecuniarie inflitte dai tribunali per indennizzare le vittime di errore giudiziario, per coloro che per circostanze fortuite, fossero stati senza dolo o colpa di alcuno processati, privati della libertà e successivamente ritenuti innocenti. Anche il codice delle Due Sicilie del 1819 prevedeva una cassa delle ammende destinata al "ristoro de' danni ed interessi, e delle spese sofferte principalmente dagli innocenti perseguitati per errore o calunnia nei giudizi penali, e quindi da danneggiati poveri; purché i colpevoli che debbono per legge soddisfare sì gli uni, che gli altri, non ne abbiano il modo".

Dopo l'unificazione, si tentò il recupero dell'esperienza toscana e di quella napoletana con il progetto di c.p. De Falco, del 1878, che riprodusse (art. 87) la previsione delle Due Sicilie "ma suscitò forti riserve e più tardi, nella relazione al progetto del 1887, il ministro Zanardelli si limitava ad auspicare più maturi studi sull'argomento ed esprimeva la speranza che le future condizioni finanziarie dello Stato consentissero di superare le difficoltà più rilevanti"³³. Tuttavia, il problema della riparazione rimaneva e spesso i giuristi che si occupavano della revisione dei giudicati penali accostavano la revisione alla grazia, ma questa avrebbe potuto riparare solo parzialmente le conseguenze di una condanna ingiusta e soprattutto faceva della revisione un mezzo non configurabile alla stregua di un diritto in capo al cittadino. La revisione veniva accostata anche al ricorso per cassazione per l'annullamento della sentenza di condanna, che però era esperibile per la pronuncia che "non fosse ancora passata in giudicato e solo per i motivi indicati dalla legge, cioè quando si trattava di errori cosiddetti di diritto"³⁴.

Nel 1904 la Commissione di riforma del codice di procedura penale, su proposta di Lucchini, ammise all'unanimità il principio della riparazione in seguito al giudizio di revisione: successivamente alla revisione, il giudice penale assegnava, a carico dello Stato, una somma a titolo di riparazione dei danni patrimoniali cagionati alle vittime di errori giudiziari che si fossero trovate "in condizioni economiche bisognose di soccorso" e avessero espiata "una pena restrittiva della libertà personale per oltre tre anni"³⁵. Il codice del 1913 (art. 551) alla fine mantenne la linea dell'art. 625 del progetto anche se l'assoluzione per insufficienza di prove nel giudizio di revisione impediva l'ammissibilità della domanda di riparazione. Lo stesso criterio venne ribadito da Rocco sotto il regime fascista. Per il

³¹ M. Stronati, *L'héritage de Beccaria en Italie. La mesure et la modération de la peine (XIX^e - XX^e siècles)*, in M. Porret, E. Salvi (sous la dir. de.), *Cesare Beccaria. La controverse pénale XVIII^e-XXI^e siècle*, Rennes, 2015, pp. 257-263.

³² Cfr., M. Stronati, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, 2009.

³³ Cfr., M. Scardia, *Errore*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, 1966.

³⁴ A. Monti, *Errore giudiziario e revisione del giudicato penale in Italia nella seconda metà dell'Ottocento* in A. Gouron (cur.), *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, Frankfurt am Main, 1998, p. 158.

³⁵ M. Scardia, *Errore giudiziario (riparazione dell')*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, 1966, p. 325.

codice di procedura penale del 1930 la riparazione alle vittime degli errori giudiziari era un intervento dello Stato a titolo di soccorso, condizionato al bisogno del condannato e della sua famiglia. Il principio della riparazione non si fondava, dunque, sulla decisione errata che aveva procurato una lesione all'individuo, ma veniva "intesa come azione soccorritrice, come sussidio caritativo", si fondava "sullo stato di bisogno (inteso come disagio delle condizioni economiche) [...]. In sostanza, la perdita della libertà era considerata dal legislatore quale danno provocato da necessità naturali, e quindi tale da dover essere sopportato con le regole della fatalità"³⁶.

5. Il cambio di paradigma: la Costituzione

Il momento di svolta lo possiamo certamente individuare nella Costituzione in particolare nella previsione dell'art. 24 sulla riparazione degli errori giudiziari. Il cambio di paradigma è profondo perché si passa da una visione assistenziale e 'graziosa' al riconoscimento di un diritto soggettivo alla riparazione. Che le intenzioni dei costituenti fossero queste è manifesto, per esempio nel dibattito suscitato da Girolamo Bellavista, l'avvocato e docente di diritto e procedura penale all'Università di Messina, un liberale eletto nella lista dell'Unione Democratica Nazionale. Bellavista va dritto al punto e cioè che "Si deve riconoscere il diritto subiettivo di pretendere risarcimenti e riparazioni. Questo diritto, evidentemente, deve essere circondato da garanzie; da forme, da modi che lo rendano veramente alta affermazione di giustizia", allora si sarebbe "un vero gioiello". Il dubbio è che ci si voglia limitare al "quasi principio", già espresso nel c.p.p., una "mortificazione statolatrìca", dice Bellavista che evoca il caso Dreyfus a sostegno della sua indignazione. Per il legislatore Dreyfus avrebbe soltanto un 'diritto di istanza' e lo Stato concederebbe, se crede, una somma irrisoria. Allora no, dice Bellavista, l'epoca "io spero e credo, dell'uomo-mezzo, dell'uomo-bullone, dell'uomo-vite è finita"³⁷. Il riferimento all'affaire Dreyfus è d'obbligo per l'immediatezza del messaggio che evoca; lo stesso Durkheim ha espresso per la prima volta l'idea della sacralità della persona, proprio nel 1898, "nel tumulto dello scandalo Dreyfus"³⁸. Forse involontariamente, ma coerentemente con l'impianto della Costituzione, Bellavista centra il punto: la tutela della dignità delle persone deve essere il baricentro della Costituzione. Ed è da rifiutare la formula dell'istanza, cioè di una potestà di richiedere alla quale non corrisponde un obbligo a dare, è una formula, dice Bellavista:

che si addice "to the gracious Queen", ma che "the gracious Republic" non può accettare. E non bisogna accettarla, perché non accettando questo principio statolatrìco, affermando il diritto alla riparazione, noi affermeremo una cosa veramente grandiosa che supera ogni ideologia particolare, perché investe l'ideologia di tutti: la creatura umana è una cosa sacra e diventa sublime quando è stata ingiustamente calpestata (Applausi)³⁹.

L'articolo provvisorio sulla riparazione degli errori giudiziari è una nuova disposizione per il diritto italiano, dice Calamandrei che ne è il proponente, e Giovanni Leone conferma immediatamente che il principio deve trovare posto nella Costituzione⁴⁰. Come noto, Calamandrei è stato un convinto assertore del formalismo legale, una convinzione che si riassume, scrive Paolo Grossi, nel "solito

³⁶ *Ibid.*, p. 326.

³⁷ Assemblea Costituente discussione generale del Titolo primo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti civili», 26 marzo 1947, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/04p1/01p1t1/01/index.htm?002.htm&2>

³⁸ H. Joas, *La sacralità della persona. Una nuova genealogia dei diritti umani*, traduzione e cura di A.M. Maccarini, Milano (cito dalla versione Kindle).

³⁹ Assemblea Costituente discussione generale del Titolo primo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti civili», 26 marzo 1947, <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/04p1/01p1t1/01/index.htm?002.htm&2>.

⁴⁰ Cfr., Seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 5 dicembre 1946, <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/024/index.htm>.

messaggio pienamente intriso di passato” lasciato agli studenti fiorentini: “nel sistema della legalità giustizia non vuol dire altro che conformità alla legge; il giudice non ha altro modo di essere giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge”⁴¹. Ma stavolta le ragioni di Calamandrei non stanno nella ‘fede illuministica’ della perfezione della legge e nella sfiducia nei confronti dei giudici; la decisione di inserire la riparazione degli errori segue una visione nuova dell’ordine giuridico. Non sorprende che la proposta venga da Calamandrei, perché è il giurista ‘nuovo’, attento ‘ascoltatore’ del presente e aperto al futuro. La svolta viene ‘ufficializzata’ con il solenne discorso di Palazzo Vecchio, il 5 novembre 1947:

è l’accesso segnale che Piero ha lasciato la quieta e comoda nicchia all’ombra del legislatore ed è coraggiosamente asceso a un crinale alto, a un vero spartiacque da dove si può non soltanto contemplare un paesaggio ben più complesso, ma cogliere di questo paesaggio il respiro ampio e le novità piene di futuro. Ora, la legalità fascista viene spogliata degli orpelli formali che ne celavano le nudità vergognose, e viene gettato alle ortiche un artificioso mantello legalitario che, a un esame impietosamente oggettivo, appare inadatto ed iniquo: “custodi per vocazione della santità delle leggi, abbiamo dovuto vivere un periodo in cui violare le leggi era diventato un mezzo di civile protesta e di ribellione generosa all’oppressione”⁴².

6. La rimozione delle emozioni

L’art. 24 rappresenta un momento di svolta fondamentale perché si passa da una visione ‘graziosa’ e assistenziale al riconoscimento di un diritto soggettivo alla riparazione degli errori giudiziari. Tuttavia tutto il sistema parte dal postulato “di una legge razionale (art. 3 Cost.), che si rivolge a destinatari razionali (artt. 24 e 25 Cost.) e viene applicata da giudici razionali attraverso una motivazione razionale (art. 111 Cost.)”⁴³. L’eredità dell’illuminismo non si limita dunque all’illusione grossolana del sillogismo giudiziale. Tutto il sistema giuridico deve partire dal postulato della razionalità nel tentativo di “epurare” le emozioni, perché la “verità”, scrive Iacoviello, “è che non ci fa paura un giudice razionale. Ci fa paura un giudice emotivo”⁴⁴.

Nell’applicare la legge non si può essere allo stesso tempo ‘umani’ e meri esecutori di precetti. Non a caso tra la fine dell’Ottocento e primi anni del Novecento si è parlato di giustizia dei sentimenti, una giustizia emotiva, una “jurisprudence de pur sentiment”⁴⁵, per usare le parole di Génay. In quegli anni si metteva in discussione il primato della legge in rapporto alla società⁴⁶, una legge chiusa in codici classisti e in un contesto di grave crisi sociale. Un affresco piuttosto efficace della giustizia di allora è offerto da un racconto del 1901 di Anatole France: *L’affaire Crainquebille*. Un racconto tragicomico, una denuncia delle distorsioni della giustizia che ha poco di surreale ed è,

⁴¹ P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, 2014, p. 39.

⁴² *Ibid.*, p. 46.

⁴³ F.M. Iacoviello, *Postfazione*, in A. Forza, G. Menegon, R. Ruminati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, p. 220.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁵ Génay “non ha alcun movimento simpatetico” nei confronti del *phénomène Magnaud*, lo ‘liquida’ prendendo a prestito la formula usata dal critico d’arte Leroy per schernire la nuova corrente artistica: gli impressionisti. Per Génay, il fenomeno Magnaud non è che “‘une passade de jurisprudence’ e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di ‘une façon d’impressionisme dans l’application du droit’, di ‘sentences purement ‘impressionistes’’, di ‘impressionisme judiciaire’ e di ‘jurisprudence de pur sentiment’”, P. Grossi, *Pagina introduttiva* (ripensare Génay), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, pp. 32-33). Anche Saleilles esprime un giudizio severo, perché “Magnaud incarna un modello di giurisdizione incompatibile con la visione di Saleilles, che colloca nelle *constructions juridiques*, e quindi in primo luogo nell’opera metodica e prudente dei dottrinari, il fondamento dell’evoluzione del sistema”, M. Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010, p. 172; P. Costa, *L’interpretazione della legge: François Génay e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, p. 210.

⁴⁶ M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, t. II, p. 723.

invece, molto verosimile. La vittima della giustizia è Jérôme Crainquebille, un venditore ambulante di verdure che ogni mattina all'alba si reca nei quartieri parigini per servire i propri clienti. Un giorno, in attesa di ricevere i soldi di una vendita, viene rimproverato da un agente di polizia che gli chiede di spostare la sua attività per non intralciare il passaggio. Crainquebille farfuglia che sta aspettando la sua legittima ricompensa della vendita, ma l'agente intende una cosa diversa, un insulto: *Mort aux vaches!*, cioè alla polizia. Lo arresta. In tribunale, nonostante la testimonianza a discolta dello stimato dottore David Matthieu, Crainquebille viene condannato. Anatole France fa dire al giudice:

l'agent 64, abstraction faite de son humanité, ne se trompe pas. C'est une entité. Une entité n'a rien en elle de ce qui est dans les hommes et les trouble, les corrompt, les abuse. Elle est pure, inaltérable et sans mélange. Aussi le Tribunal n'a-t-il point hésité à repousser le témoignage du Docteur David Matthieu, qui n'est qu'un homme, pour admettre celui de l'agent 64, qui est une idée pure, et comme un rayon de Dieu descendu à la barre.

Il giudice concorre nella conservazione delle cose come stanno:

Sans les gendarmes, le juge ne serait qu'un pauvre rêveur. Je me nuirais si je donnais tort à un gendarme. D'ailleurs le génie des lois s'y oppose. Désarmer les forts et armer les faibles ce serait changer l'ordre social que j'ai mission de conserver. La justice est la sanction des injustices établies⁴⁷.

Il racconto di Anatole France prosegue, il povero Jérôme Crainquebille sconta i suoi 15 giorni di prigione, non se la passa male, ottiene anche l'aiuto economico per pagare la sanzione amministrativa. Torna al lavoro ma i suoi vecchi clienti lo scostano oramai etichettato per il suo trascorso in carcere. Finisce nella povertà assoluta, può consolarsi solo con qualche bevuta. Se non si toglierà la vita, Crainquebille non potrà che finire nuovamente in carcere per vagabondaggio. Per la verità ci prova: esausto urla "Mort aux vaches!" ad un agente. Stavolta, però, il gendarme usa buon senso e impietosito lo lascia a sé stesso. Il personaggio letterario Crainquebille entra molto verosimilmente in un percorso di criminalizzazione per l'inerzia di una giustizia burocraticamente applicata. Il giudice di Crainquebille è un funzionario che difende l'ordine con regole fisse e mentalità giuridica, non deve essere umano, sensibile:

Surtout ne lui demandez pas d'être juste, elle n'a pas besoin de l'être puisqu'elle est justice, et je vous dirai même que l'idée d'une justice juste n'a pu germer que dans la tête d'un anarchiste. Le President Magnaud rend, il est vrai, des sentences équitables. Mais on les lui casse, et c'est justice⁴⁸.

Nel suo racconto Anatole France mette in contrasto il giudice burocrate di 'fantasia' con un giudice ben noto alla cronaca di quegli anni: Paul Magnaud che aveva forzato il dettato normativo per assolvere Louise Ménard imputata di furto di pane. Era il 4 marzo del 1898, una giornata come le altre nel palazzo di giustizia di Château-Thierry, il contesto era però ben più teso perché neanche un mese prima, il 13 gennaio 1898, il giornale socialista *L'Aurore* aveva pubblicato la denuncia di Émile Zola contro i persecutori di Alfred Dreyfus. Il caso dell'imputata Louise Ménard sembra essere l'occasione per il *j'accuse* del giudice Paul Magnaud. Si trattava di una giovane donna di buona fama, ma ragazza madre di un bimbo di due anni e senza lavoro. L'ufficio di beneficenza aveva fornito,

⁴⁷ A. France, *L'Affaire Crainquebille*, 1901 (cito da edizione Kindle).

⁴⁸ "Ainsi sans doute eût parlé le président Bourriche, car il a l'esprit juridique et il sait ce qu'un magistrat doit à la société. Il en défend les principes avec ordre et régularité. La justice est sociale. Il n'y a que de mauvais esprits pour la vouloir humaine et sensible. On l'administre avec des règles fixes et non avec les frissons de la chair et les clartés de l'intelligence. Surtout ne lui demandez pas d'être juste, elle n'a pas besoin de l'être puisqu'elle est justice, et je vous dirai même que l'idée d'une justice juste n'a pu germer que dans la tête d'un anarchiste. Le President Magnaud rend, il est vrai, des sentences équitables. Mais on les lui casse, et c'est justice": *ibid*.

come ogni settimana, una pagnotta di due chilogrammi e due libbre di carne, un soccorso insufficiente tanto che dopo trentasei ore dall'averle esaurite, e senza soldi, ruba il pane da una bottega. Il collegio dei tre magistrati, presieduto dal giudice Paul Magnaud, assolve l'imputata forzando la lettera della legge. Magnaud, inventa lo stato di necessità quale causa scriminata forzando l'articolo 64 del codice penale francese del 1810 che contemplava il caso di demenza al momento dell'azione o quando vi si fosse costretti da una forza alla quale non si potesse resistere. A giudizio di Magnaud, Louise Ménard aveva agito sotto la forza irresistibile della fame e sotto la necessità di evitare sofferenze al figlio. La sentenza ebbe un forte impatto sull'opinione pubblica e non fece guadagnare a Magnaud la stima dei giuristi che temevano la pericolosa esaltazione delle 'emozioni' del giudice e soprattutto l'ingresso di elementi sociologici nelle decisioni dei magistrati. Diversa è l'accoglienza tra i giudici che condividono il disagio di decisori di sentenze sostanzialmente ingiuste. Le sentenze di Magnaud vengono tradotte e pubblicate in Italia nel 1901 dal giudice Raffaele Majetti, che guadagna così anche lui l'appellativo di 'buon giudice'⁴⁹. Per la verità non si tratta di una mera traduzione perché Majetti commenta le sentenze e aggiunge un corredo di sentenze pronunciate in Italia. La sostanza è la medesima: di fronte alle richieste di giustizia i giudici piegano il dettato della legge non potendo dichiarare l'esistenza di diritti sociali, ma facendo valere un dovere di assistenza da parte dello Stato nei confronti di tutti i cittadini, specialmente se bisognosi. Il problema è certamente politico, perché la sovranità degli Stati liberali si fonda sulla capacità di proteggere i propri cittadini ma è anche un problema giuridico, perché le libertà scritte nella costituzione non hanno la forza giuridica di imporsi sul legislatore. Quella che è stata definita una giurisprudenza dei sentimenti è forse più correttamente un movimento che anticipa la costituzionalizzazione del penale. Le decisioni prese forzando la lettera della legge erano finalizzate a rendere effettivi e garantiti 'diritti' non protetti dai codici ma iscritti tra i valori fondamentali della costituzione. Non a caso Majetti traduce, nel 1908, anche "La lotta per la scienza del diritto" di H.U. Kantorowicz⁵⁰, il manifesto del movimento del diritto libero, perché si cercava nella dottrina il supporto ad una interpretazione della legge in sintonia con le richieste di giustizia provenienti dalla quotidianità vissuta nei tribunali. La dottrina certamente non è stata 'ricettiva'⁵¹, anzi fu ostile. Luigi Lucchini nella doppia veste di giurista e di magistrato giudicò l'operato di Majetti:

le sentenze sono discrete – scriveva Lucchini – per la forma e per la sostanza, quantunque siano scritte con stile enfatico e colorito. Il volume "La lotta della scienza del diritto" di Hermann U. Kantorowicz, tradotto dal Majetti, è indizio sicuro che egli conosce la lingua tedesca, ma non ha importanza qualsiasi. Anzi, qua e là, nella prefazione e nelle note esprime concetti non accettabili, specie intorno alla interpretazione delle leggi [...] Sicché si tratta di un magistrato dall'ingegno fervido, ma non completamente equilibrato⁵².

⁴⁹ Oltreoceano si guadagna anche l'appellativo di 'Kid's Judge', il 'Lindsey italiano' per la battaglia contro lo sfruttamento del lavoro minorile, per l'educazione dei fanciulli orfani o delinquenti. Majetti infatti crea un Rifugio per gli orfani e istituisce un laboratorio di giocattoli in carcere. Cfr., M. Stronati, *Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 40, II, 2011, pp. 813-867, <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/40/0817.pdf>.

⁵⁰ Cfr., M. Stronati, *Un'idea di giustizia solidale, ecc.*, cit.

⁵¹ Ma nella "sonnolenta piccionaia dei giuristi italiani", scrive Grossi, il sasso lanciato da Kantorowicz e da Majetti provoca un rumore "presto attutito dalla pervicace volontà della maggioranza silenziosa di esorcizzare appunto col silenzio la provocazione che Gneo Flavio lanciava sul terreno più geloso e impenetrabile, quello delle fonti e della interpretazione della legge, e che, coinvolgendo immediatamente quello della divisione dei poteri, assumeva una valenza squisitamente costituzionale", P. Grossi, "La lotta per la scienza del diritto", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18, 1989, p. 576.

⁵² Consiglio superiore della magistratura. Sezione seconda. Seduta del 17 gennaio 1909. Archivio centrale dello Stato. Ministero Grazia e Giustizia. Fascicolo personale Majetti, busta 0697. Cfr., F. Venturini, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione Generale fra i Magistrati Italiani 1909-1926*, Bologna, 1987, p. 62. La traduzione di Majetti viene anche recensita da Croce su *La Critica*. Il filosofo nega il valore dottrinale dell'opera e in quanto contributo per la pratica il lavoro non è da apprezzare anche per la mancanza di un ordine gerarchico delle fonti normative extralegali», cfr., F. Roselli, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di Gnaeus Flavius*, in H. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*. Con prefazione e note di Raffaele Majetti. Lettura alla ristampa del 1988 di Federico Roselli, Milano, 1988, p. IX ss.

7. Suggestioni conclusive

Ci fa paura un giudice 'emotivo' e in fondo nutriamo la speranza che la giustizia possa essere il regno del razionale, possibilmente calcolabile. Al momento ciò di cui si può discutere è l'opportunità di utilizzare l'IA per migliorare l'efficienza della macchina giudiziaria, sollevando i decisori da tutte quelle funzioni che implicano un uso superficiale dei dati. In ogni caso il supporto delle macchine intelligenti deve rispettare i principi fissati, già nel 2018, dalla Commissione per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, con l'adozione della Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti. Anzitutto il principio del rispetto dei diritti fondamentali; il principio di non discriminazione; i principi di qualità e sicurezza; il principio di trasparenza, imparzialità e correttezza; soprattutto il principio di garanzia del controllo umano. Quest'ultimo è diretto a precludere un approccio deterministico e assicurare che gli utilizzatori agiscano come soggetti informati ed esercitino il controllo delle scelte effettuate⁵³.

Allo stato dell'arte l'intelligenza artificiale è in grado di risolvere problemi per i quali è programmata, ha una capacità di adattamento e di auto-ottimizzazione⁵⁴, ma non è versatile e intuitiva come gli umani. Nelle vicende umane l'eccezione, l'insolito, l'inverosimile è sempre in agguato e "non è possibile ricondurre agli schemi astratti della computazione algoritmica la straordinaria varietà dei fatti della vita e che il diritto è chiamato a considerare"⁵⁵. Le neuroscienze ci insegnano che è un errore raccogliere le prove a conferma per dimostrare la bontà di un'ipotesi. Semmai il ragionamento scientifico, come la logica del ragionamento del decisore, è falsificatorio, la bontà di un'ipotesi si dimostra mettendola alla prova delle ipotesi alternative. D'altra parte un gran numero di prove non necessariamente dimostra la bontà di una ipotesi se un dato contrario può abbattere tutto l'impianto della tesi. Il processo decisionale del giudice adotta una logica argomentativa lontana dal sillogismo deduttivo, passa per valutazioni non predeterminabili:

quali tra i fatti ad esso sottoposti sono quelli rilevanti ai fini della soluzione del caso? Quando si può ritenere raggiunta una sufficiente prova dei fatti dedotti in causa? Quale tra le molteplici concorrenti fonti del diritto (nazionale e sovranazionale) è applicabile al caso concreto? Quale è la corretta interpretazione che occorre dare alla disposizione rilevante? Difficile soltanto immaginare che tali valutazioni possano essere sostituite dal ricorso ad un sistema automatico di giustizia predittiva. Inoltre, non appare possibile sostituire con un algoritmo la motivazione giudiziale della decisione, che sostanzia il cuore delle garanzie costituzionali del processo e della stessa imparzialità dell'organo giudicante⁵⁶.

L'IA, oggi, ci appare come il giudice di Collodi: il giudice scimmia che ha gli occhiali ma senza lenti ad evocare la giustizia bendata⁵⁷, una giustizia che si identifica nel giudice che applica scrupolosamente la lettera della legge senza farsi condizionare da chi ha davanti e ha un solo scopo: punire la disobbedienza. Il giudice scimmia imita l'essere umano, simula commozione, partecipa emotivamente alle sciagure del povero burattino ma si sa la legge è legge: Pinocchio finisce in prigione ed uscirà per una amnistia, a coronamento dell'irrazionalità e delle contraddizioni della giustizia. Sostituire il giudice con una macchina intelligente non cambierebbe un ordinamento giuridico che rimane fallibile a prescindere dai giudici-decisori, soprattutto nella giustizia penale che, abbiamo scelto essere un male necessario, ma rimane un luogo di inflizione di sofferenze.

⁵³ V., nella sua traduzione in italiano, [Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi](#).

⁵⁴ Cfr., J. Pearl, D. MacKenzie, *The book of why. The new science of cause and effect*, New York, 2018.

⁵⁵ F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *AIC*, 1/2020, p. 429.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Cfr., M. Sbriccoli, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, 2003, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, t. I; vedi anche A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008.

Abstract

La giustizia è fallibile, come tutto ciò che è umano. Potrebbe sembrare una considerazione ovvia, eppure la storia giuridica rivela che non sempre gli ordinamenti giuridici hanno accolto l'ipotesi di errori nelle decisioni e la necessità di una loro riparazione. La svolta costituzionale (art. 24), riconosce un diritto soggettivo alla riparazione degli errori giudiziari, tuttavia l'impianto complessivo dell'ordinamento conferma una pervasiva razionalità. I giudici, soggetti a bias cognitivi, diventano un facile capro espiatorio dei fallimenti della giustizia. Dall'altro lato, l'intelligenza artificiale, priva di emozioni, restituisce forza all'ipotesi di poter realizzare un ordinamento completamente razionale e prevedibile nella falsa idea che il superamento dell'elemento umano, emotivo, possa rendere la giustizia certa e infallibile.

Parole chiave: errore giudiziario, emozioni, intelligenza artificiale, giustizia penale

*

Justice is fallible, like anything that is human. This may seem an obvious observation, yet legal history reveals that legal systems have not always embraced the hypothesis of errors in decisions and the need for their reparation. The constitutional turn (Art. 24), recognises a subjective right to the reparation of judicial errors, yet the overall structure of the system confirms a pervasive rationality. Judges, subject to cognitive bias, become an easy scapegoat for the failures of justice. On the other hand, artificial intelligence, devoid of emotions, restores strength to the hypothesis that a completely rational and predictable system can be created, in the false idea that overcoming the human element and emotions, can make justice certain and infallible.

Key words: Judicial error, emotions, artificial intelligence, criminal justice