

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7-8/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

E. NAGNI, <i>Artificial Intelligence, l'innovativo rapporto di (in)compatibilità fra machina sapiens e processo penale</i>	5
I. GUERINI, <i>Annullamento con rinvio, formazione progressiva del giudicato e titolo esecutivo. Le Sezioni unite si pronunciano sull'immediata eseguibilità del giudicato parziale</i>	53
M. PARODI GIUSINO, <i>In memoria dell'abuso d'ufficio?</i>	71

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, L'INNOVATIVO RAPPORTO DI (IN)COMPATIBILITÀ FRA *MACHINA SAPIENS* E PROCESSO PENALE

di Emanuele Nagni

SOMMARIO: 1. Premessa: il difficile connubio fra diritto e *Artificial Intelligence*. – 2. Il *tecnocentrismo* e il superamento della matrice *personologica* dell'ordinamento penale. – 3. La *CEPEJ* e il passaggio dalla *e-justice* alla *cyber-justice*. – 3.1. Gli *automated decsion systems* e la prospettiva comparatistica. – 3.2. Lo scenario nazionale. – 4. I pilastri comunitari della “*European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment*”. – 5. L'*Artificial Intelligence* e l'ordinamento penale: considerazioni preliminari. – 5.1. I principi fondamentali e i dubbi di compatibilità costituzionale. – 5.2. Il diritto all'algoritmo *super partes*. – 5.3. Il problema del ragionamento equitativo. – 5.4. Pubblicità e trasparenza algoritmiche: come tutelare il diritto di difesa? – 5.5. La difficile garanzia della riservatezza. – 5.6. Riflessioni conclusive: l'algoritmo come supporto alla decisione giudiziale. – 6. Dalla teoria alla pratica: i vantaggi della *predictivity*. – 7. I sistemi di *AI* e il procedimento cautelare: la valutazione del *periculum*. – 7.1. Segue. L'analisi delle singole esigenze cautelari. – 8. *Artificial Intelligence* e decisione: algoritmo o uomo? – 8.1. Il ruolo dell'*AI* nell'istruzione probatoria. – 8.1.1. La rilevazione delle criticità della prova orale. – 8.1.2. Prova documentale e *automation*. – 8.1.3. Il contributo scientifico alla valutazione della prova peritale. – 8.2. Lo strumento di *AI* come alternativa alla motivazione. – 8.3. I profili argomentativi della statuizione algoritmica. – 9. Il processo decisionale fra *mens umana* e *mens robotica*: l'approccio euristico. – 9.1. La componente psicologica della *machina sapiens*. – 9.2. Riflessioni conclusive: algoritmo ed emozioni, una sintesi dialettica.

1. Premessa: il difficile connubio fra diritto e *Artificial Intelligence*.

Il connubio fra progresso tecnologico e giustizia, sorto a seguito della spinta alla digitalizzazione e gestione telematica dell'accertamento processuale, ha già da alcuni anni posto l'accento sulla connessione intercorrente fra l'innovazione tecnico-scientifica e il raggiungimento di precisi *standard* di efficienza, qualità e tempo¹. Il successo

¹ Sul punto, v. I. GOODFELLOW, P. MCDANIEL, N. PAPERNOT, *Making Machine Learning Robust against Adversarial Testing*, in *Communications of the ACM*, 61 (7), 2018, p. 55 ss.; J. GRIFFITHS, *The Great Firewall of China: How to Build and Control an Alternative Version of the Internet*, Zed Books, London, 2019; J. ALTMANN, *Arms Control for Armed Uninhabited Vehicles: An Ethical Issue*, in *Ethics and Information Technology*, 15, 2013, p. 137 ss.; A. ATHALYE, *Synthesizing Robust Adversarial Examples*, in *Proceedings of machine Learning Research*, 80, 2018, p. 284 ss.; G. MADHAVAN, *Applied Minds: How Engineers Think*, Gildan Media Co., New York, 2015; W. CHRISTL, S. SPIEKERMANN, *Networks of Control: A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, Facultas, Vienna, 2016; Specificamente, v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2019; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, P. COMOGLIO (traduzione e prefazione a cura di) Giappichelli Editore, Torino, 2019; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Carocci Editore, Roma, 2020; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, G. ALPA (a cura di), Pacini

ottenuto, in termini di *performance*, non ha però esaurito l'*iter* che condurrà alla realizzazione di una concreta, nuova '*cyber justice*', che si potrebbe riassumere in precisi *step*.

Infatti, l'innovazione tecnologica non ha solamente prodotto una riduzione di costi e risorse, ma anche profondi cambiamenti nell'intero apparato giudiziario – e, di riflesso, nel mondo dell'avvocatura – contraddistinguendo una prima fase di sviluppo come '*efficientista*'².

A seguito del consolidamento dei *database* giurisprudenziali, reso possibile solo dopo l'estesa opera di digitalizzazione dei provvedimenti giudiziari, il ricorso a tali innovazioni appare oramai imprescindibile per monitorare l'andamento, su base casistica, degli orientamenti interpretativi e delle relative argomentazioni su profili di diritto sostanziale.

A ben vedere, però, i concetti di prevedibilità ed evoluzione del diritto vivente non sempre coincidono, atteso che la giustizia, per giudicare la fattispecie concreta, si avvale del ragionamento *adattivo* alla norma giuridica, la cui prevedibilità condurrebbe a non pochi benefici, oltre ad esporla a dei rischi³.

La seconda fase dell'automatizzazione processuale, poi, ha fatto leva sul potenziale cognitivo dell'innovazione, in ragione dell'ampia capacità di analisi computazionale del *database*, che è in grado di attingere a riferimenti ermeneutici più risalenti ed evidenziare i possibili arresti giurisprudenziali, anche grazie alla sempre più frequente attività di *massimazione* delle decisioni⁴.

Giuridica, Pisa, 2020; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica, Privacy, Responsabilità, Decisione*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

² Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *La desburocratización de los procedimientos judiciales (reflexiones a propó site del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n. 14, 2012, p. 31 ss.; S.J. RUSSEL, *Human Compatible: Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, Upper Saddle River (NJ), 2° Ed., 2003 (trad. It. *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, Pearson, Milano, 2005; J. MCCARTHY, *Chess as the Drosophila of AI*, in T.A. MARSLAND, J. SCHAEFFER (eds.), *Computers, Chess, and Cognition*, Springer, New York, 1990, p. 227 ss.; F.D. NOBLE, *La questione tecnologica*, con un saggio di E. FANO, Bollati Boringhieri, Torino, 1993.

³ Si rinvia, nel dettaglio, ad OCSE, *Access to justice for business and inclusive growth in Latvia e Levering the SDGs for Inclusive Growth: access to justice for all*, ambedue in *Paris Official Publications*, rispettivamente, 2018 e 2016; G. VERUGGIO, F. OPERTO, G. BEKEY, *Roboethics: Social and Ethical Implications*, in Siciliano, Khatib, 2017, p. 2135 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; G. TAMBURRINI, *I matematici e le macchine intelligenti. Spiegazione e unificazione nella scienza cognitiva*, Bruno Mondadori, Milano, 2002; ID., *La simbiosi cervello-calcolatore e il transumanesimo*, in L. GRION (a cura di), *La sfida postumanista. Colloqui sul significato della tecnica*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 83 ss.; per una dottrina più risalente, inoltre, cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, New York, Cambridge (MA), Trad. It. *Teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETONE, Feltrinelli, Milano, 1982; W.D. ROSS, *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, Trad. It. *Il giusto e il bene*, a cura di R. MORDACCI, Bompiani, Milano, 2004.

⁴ In esame, cfr. C.G. DEBESSONET, G.R. CROSS, *An Artificial Intelligence Application in the Law: CCLIPS, a Computer Program That Processes Legal Information*, in 1 *High Technology Law Journal*, 1986; D. BEN-ARI, Y. FRISH, A. LAZOVSKI, U. ELDAN, D. GREENBAUM, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, in 23 *Richmond Journal of Law & Technology*, 2017. Inoltre, cfr. M. CHIN, [An AI just beat top lawyers at their own game](#), in *Mashable*, 2018.

Questi primi due *step* hanno dunque posto le fondamenta per una nuova e (per ora) ultima fase, in cui l'elemento tecnologico ha apportato alla giustizia un ulteriore – quanto *inatteso* – contributo, combinando il metodo matematico-statistico a quello computazionale, per introdurlo nell'analisi giuridica. Specificamente, le attività di raccolta ed elaborazione dei c.d. '*big data*', condotte mediante il processo di auto-apprendimento dell'algoritmo che produce un '*pattern*' da applicare al caso specifico, costituiscono un passo ulteriore verso l'efficienza e la prevedibilità.

Ad oggi, l'importanza assunta da questo processo non dovrà quindi essere più trascurata e il giurista è chiamato a prendere immediata cognizione del fenomeno, altrimenti uno dei maggiori rischi si concreterebbe nella chiara impossibilità di offrire salvaguardia a principi fondamentali dello Stato di diritto, come l'uguaglianza e l'imparzialità.

Orbene, con il presente contributo si esplorerà l'avanzamento dell'*Artificial Intelligence* (per brevità, d'ora innanzi, anche solo '*AI*')⁵ nel mondo della giustizia, per comprendere fino a che punto il progresso tecnologico possa incrementare l'efficienza e la qualità della giustizia, senza però ridurre la portata di un giusto processo, così come imposto dalla nostra Carta costituzionale e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

2. Il tecnocentrismo e il superamento della matrice *personologica* dell'ordinamento penale.

Guardando al processo penale, l'irreversibile portata dell'avanzamento tecnologico e dei sistemi algoritmici ha ingenerato in molti l'idea di un possibile cambiamento di paradigma, che riflette il sovvertimento del sistema conoscitivo sinora diffuso nella società moderna. Come anticipato, quest'evoluzione non può più arrestare il cammino già intrapreso da tempo e la priorità risiede nel mutamento della prospettiva di osservazione che, dapprima eminentemente antropocentrica, sta ora prediligendo il c.d. '*tecnocentrismo*'⁶.

⁵ La prima definizione del termine '*AI*' risale a J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, [A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence](#), 1955, in 27 *AI Magazine*, 2006; inoltre, assume interesse anche la teoria elaborata dallo scienziato Alan Mathison Turing, che mediante il c.d. '*Turing test*', riuscì a distinguere gli automi dotati di un'intelligenza artificiale '*forte*' rispetto a quelli caratterizzati per un'intelligenza artificiale '*debole*'. Per maggiori approfondimenti, si rinvia ad A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 49, 1950, p. 433 ss.; ID., *Collected Works of A.M. Turing*, vol. 3: *Mechanical intelligence*, ed. by D.C. Ince, North Holland, Amsterdam (trad. it. *Parziale Intelligenza meccanica*, a cura di G. LOLLI, Bollati Boringhieri, Torino, 1994).

⁶ Si rinvia, per un autorevole contributo della dottrina penalistica, ad A. PAJNO, G. CANZIO, G. SALVI, V. MANES, G. PIGNATONE, F. PINELLI, S. QUATTROCOLO, P. SEVERINO, *Processo penale e Intelligenza Artificiale, Conversazione 20 ottobre 2020, Position Paper n. 1*, in *Fondazione Leonardo Civiltà delle Macchine*, 2020; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

Con un *focus* di respiro più sostanziale, è noto che il ramo penalistico dell'ordinamento si eriga da sempre sulla figura dell'individuo e sulla connotazione *personale* della responsabilità ad egli ascrivibile se ha commesso un fatto di reato, ed è proprio per queste ragioni che la funzione decisoria è attribuita al giudice '*human being*'.

L'uomo, infatti, per poter giudicare, deve essere dotato di capacità di analisi, interpretazione e valutazione, che gli consentono di esercitare un potere discrezionale in ossequio ai canoni di ragionevolezza ed equità, come in sede di dosimetria sanzionatoria, nell'esame degli elementi di cui all'art. 133 c.p. Invero, il giudice umano possiede abilità argomentative che gli consentono di redigere il corredo motivazionale della pronuncia, a cui è rivolto il controllo da parte di chi vi abbia interesse. Il diritto penale, in buona sostanza, si presenta come un sistema *personocentrico* (o *personologico*)⁷, perché ideato per il soggetto umano, e a lui rimesso nell'assolvimento della funzione giudiziaria.

Come noto, con la riforma che ha determinato l'insorgere del '*tertium genus*' di responsabilità di cui al D. Lgs. n. 231/2001, ascrivibile alle persone giuridiche e agli enti privi di personalità, questo sistema – sinora devoto all'elemento umano – ha disciplinato una nuova responsabilità da reato, eretta sulla colpevolezza – e conseguente punibilità – di soggetti che, seppur dotati di soggettività giuridica, non possono in alcun modo essere definiti *umani*⁸.

Nell'età contemporanea, dunque, l'inaspettato avvento dei sistemi di *AI* ha posto gli ordinamenti di tutto il mondo dinanzi ad una nuova sfida: ipotizzare un nuovo sistema normativo penalistico da assumere come riferimento, secondo cui la responsabilità che scaturirebbe dall'esecuzione di una condotta criminosa che abbia prodotto l'evento dannoso o pericoloso del reato, sarebbe attribuibile anche a soggetti (od oggetti?) come i *robot*, non più mero prodotto della fantasia dell'uomo⁹.

⁷ Cfr. A. INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2019; K. DARLING, *Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Object* in R. CALO, A. M. FROOMKIN, I. KERR, *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016; J.C. COFFE, *No soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, Michigan Law Review, 1981; P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Marietti, Bologna, 2018.

⁸ In proposito, si raccomanda, per un'analisi mirata in termini di *AI* e della sua responsabilità, di v. A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2019; P. FREITAS, F. ANDRADE, P. NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: from the Unthinkable to the Plausible*, in P. CANOVAS, U. PAGALLO, M. PALMIRANI, G. SARTOR, *AI approaches to the Complexity of Legal System*, Springer, 2013; P. ASARO, *Determinism, machine agency, and responsibility*, in *Politica & Società*, Il Mulino, Bologna, 2014, 2, p. 265 ss.; C. BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Bologna, 2019; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, collana in F. PIZZETTI (a cura di), 2018; G. HALLEVY, *Liability of Crimes Involving Artificial Intelligence System*, Springer, 2015; ID., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*: vol. 4: Iss. 2, Art. 1, 2010.

⁹ A tal riguardo, si rinvia a F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, Milano, 2019, in cui l'autore richiama la celebre opera letteraria di Isaac Asimov "*Vicious Circle*", apparsa sulla rivista statunitense "*Astounding Science Fiction*". L'opera consentì la pubblicazione, nel 1942, delle c.d. '*tre leggi della robotica*', precetti contenenti principi rigidi, da non trasgredire, teorizzati al precipuo scopo di assicurare l'umanità in ordine alle '*buone intenzioni*' degli androidi. Segnatamente, la prima legge stabilisce che il *robot* non può arrecare danni all'essere umano, né

Avendo messo in luce i primi moti che mirano ad una regolamentazione sovranazionale del fenomeno, il primo passo mirerà ora all'attenta disamina dei profili più critici, per comprendere se il modello enucleato dall'art. 27, co. 1 e 3 Cost., in punto di personalità della responsabilità e finalità rieducativa della sanzione penale, possa ancora perdurare a lungo. Si renderà, quindi, necessario studiare un nuovo paradigma di imputazione, verificarne la rispondenza con i modelli normativi vigenti, prima di declinare l'efficacia degli istituti giuridici tradizionali nella nuova '*personalità giuridica elettronica*'¹⁰.

3. La CEPEJ e il passaggio dalla *e-justice* alla *cyber-justice*.

Tornando all'ambito dell'accertamento processuale, protagonista della nostra indagine, con le nuove modalità di accesso alla giustizia, ricomprese nel termine di "*automated decision systems*", gli operatori istituzionali hanno registrato, con riferimento alle potenzialità tecnologiche della *governance* giudiziaria, un livello superiore di incremento di qualità dell'intera macchina della giustizia¹¹.

Infatti, l'aumento delle capacità conoscitive derivanti dall'incommensurabile disponibilità di dati ha ufficialmente segnato l'apertura all'utilizzo degli strumenti di *AI* in sede processuale e sono già molti gli ordinamenti in cui, ad oggi, si sono sviluppati dibattiti e tavole di confronto in tema di integrazione della componente artificiale al settore della giustizia, dando vita ad una nuova e vera *cyber justice*¹².

permettere che, in ragione del proprio omesso intervento, questi subisca il danno; la seconda, invece, prevede che l'automa obbedisca necessariamente agli ordini impartiti dall'essere umano, sempreché non contravvengano alla prima legge; la terza, infine, dispone che il *robot* dia la giusta protezione anche alla propria esistenza, purché ciò non contrasti con la prima e la seconda legge (vd. una breve sintesi delle tre leggi su *Robotiko*, a [questo link](#)).

¹⁰ Non è un caso che l'attenzione su questi problemi sia altissima, specie da parte del Consiglio d'Europa. L'*European Committee on Crime Problems*, di recente, ha istituito un *Group of Experts on Artificial Intelligence and Criminal Law* espressamente deputato a discutere le varie soluzioni adottate nei diversi Stati membri, le iniziative legislative intraprese e in corso di studio e, soprattutto, le questioni che potrebbero trovare soluzione con strumenti di armonizzazione sovranazionale, anche se non sempre vincolanti per gli Stati. Per approfondire, si rinvia a J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, Luiss University Press, 2018; S. BECK, *Intelligent agent and criminal law. Negligence, diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous System*, 2016; V. D'ACRI, *La responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; L. D'AVACK, *Verso un antidestino*, Giappichelli Editore, Torino, 2009; M. HILDERANDT, *Ambient Intelligence, Criminal Liability and Democracy*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2008.

¹¹ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

¹² In argomento, cfr. P.M. ASARO, *A Body to Kick, but still No to Damn: Legal Perspectives on Robotics*, in P. LIN, K. ABNEY, G. BEKEY, *Robot Ethics: The Ethical and Social Implication of Robotics*, MIT Press., Cambridge, 2012; M. BURGESS, *From "Trust us" to Participatory Governance: Deliberative Publics and Science Policy*, in *Public Understanding of Science*, 2014; R. CALO, A.M. FROOMKIN, I. KERR, *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016; P. DOMINGOS, *L'Algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

Il dialogo, iniziato ad un livello sovranazionale, in materia di strumenti di automazione nella dematerializzazione della cornice giudiziaria, ha condotto all'insediamento della *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)*¹³, per comprendere fino a che punto il metodo computazionale sia congeniale all'operatività di una macchina dotata di potere decisionale.

Già intorno alla metà del Novecento, invero, si era diffuso il concetto di 'razionalità adattiva'¹⁴, che l'economista Herbert Alexander Simon aveva definito come «*olympic rationality*»¹⁵, nel riferirsi all'applicazione di regole cognitive per evidenziare i vantaggi prodotti dalle capacità di calcolo rispetto ad altre forme di razionalità, in termini di oggettività della decisione.

La certezza matematica, chiaramente, assume una portata prevalente rispetto a quella umana, perché si erige su premesse certe che, alla stregua delle variabili di un'equazione, determinano un'attività decisoria maggiormente obiettiva. In questo modo, i profili di risoluzione non risulterebbero più la naturale conseguenza del rito

¹³ Sul punto, si rinvia al recente contributo di S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *La legislazione penale*, 2021; oltre che ad A. ZIROLDI, *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 2019; M. BARENDRECHT, L. KISTEMAKER, H.J. SCHOLTEN, R. SCHRADER, M. WRZE SINSKA, *Legal Aid in Europe: Nine Different Ways to Guarantee Access to Justice?*, The Hague Institute for the Internationalisation of Law, The Hague, 2014; P. ALBERS, *Best Practices on the Prevention of the Unreasonable Length of Proceedings: Experiences of the CEPEJ*, presentato all'UniDem Campus Seminar, organizzato dalla Commissione 'Venezia', Trieste, 2008; F. CONTINI, M. FABRI, *Judicial Electronic Data Interchange in Europe*, in M. FABRI, F. CONTINI (eds), *Judicial Electronic Data Interchange in Europe: Applications, Policies and Trends*, Lo Scarabeo, Bologna, 2003; G. AHRNE, N. BRUNSSON, C. GARSTEN, *Standardization through Organization*, in N. BRUNSSON, G. JACOBSSON (eds), *A world of Standards*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 50 ss.

¹⁴ Così, v. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico e Ritorno al diritto*, editi ambedue da Laterza, Roma-Bari, rispettivamente nel 2012 e 2015.

¹⁵ Herbert Alexander Simon è considerato tra i padri fondatori di importanti arresti scientifici, come l'AI, l'elaborazione informativa, la teoria dell'organizzazione, il *problem solving*, le tecniche di simulazione digitale del prodotto scientifico. Lo scienziato, invero, vinse anche il premio 'Turing' dell'*Association for Computing Machinery* (1975) insieme ad Allen Newell per il proprio contributo, in termini di intelligenza artificiale e psicologia cognitiva; il Premio Nobel per l'economia (1978); la Medaglia Nazionale per la Scienza (1986); e il premio dell'*American Psychological Association* (1993). Nel dettaglio, l'innovatività delle sue scoperte scientifiche ha messo in evidenza come la scelta umana non rispetti gli assiomi della logica: un soggetto può sempre assumere scelte ottimali entro i vincoli delle organizzazioni e i limiti imposti dal sistema cognitivo umano. Simon, infatti, con Newell ha realizzato i programmi "Logic Theory Machine" (1956) e "General Problem Solver" (G.P.S.) (1957), sviluppati con il linguaggio *Information Processing Language* (IPL) e con il concetto di "olympic rationality" è stata definita la piena capacità cognitiva di un soggetto in fase di stipulazione contrattuale. Il primo riferimento è rivolto, infatti, ai contratti completi e incompleti, secondo cui i primi, in quanto sviluppati da soggetti dotati di razionalità olimpica, sono in grado di prevedere tutte le circostanze che potrebbero verificarsi, il contratto incompleto, invece, è meno vincolante, poiché per essere rispettato nella sua totalità, necessiterà di un giudice o arbitro che imponga un preciso comportamento alle parti in una precisa circostanza. Lo scienziato ricorre ad un'immagine efficace, che raffigura la mano di un uomo che prende senza tremore un oggetto da un paniere e, affinché ciò possa avvenire, il soggetto deve, in un breve lasso di tempo, identificare tutti gli oggetti del paniere, le caratteristiche e sceglierne uno con la mano decisa. Il processo richiede necessariamente che il soggetto dotato di razionalità olimpica non venga affetto dal tremore nel momento in cui coglie l'oggetto dal cesto, poiché riesce a scegliere in modo deciso e fermo.

processuale, ma rappresenterebbero una risposta sorretta da un parametro diverso, l'obiettività scientifica.

Pertanto, la nuova frontiera processuale si erigerebbe sulla convergenza delle due intelligenze ad oggi esistenti: quella umana e quella artificiale, di cui la *CEPEJ* ha studiato i benefici e sottolineato le possibili criticità, con la pubblicazione del rapporto di fine 2018. Nel dettaglio, la Commissione avrebbe evinto che l'aumento di risorse tecnologiche e di efficienza non sempre siano in rapporto di diretta proporzionalità, in considerazione della riduzione dei parametri di spesa, del tempo di definizione e dell'entità dei procedimenti pendenti e definiti su base annuale.

L'attenzione della *CEPEJ*, risultante dall'attività di *monitoring* condotta dal 2002 al 2010, si è quindi rivolta alla dotazione tecnologica, al '*quid*' di risorse economiche investite nell'infrastruttura *IT* del sistema giustizia (elaboratori e calcolatori elettronici, *software*, *e-dataset*, piattaforme di comunicazione e via dicendo), dando vita al neologismo di *cyber-justice*, in luogo del precedente '*e-justice*', con l'unificazione della *good governance* intelligente ad una razionalità che garantisca parità di trattamento e accesso alla giustizia, approdando con il successivo rapporto del 2014 ad indicatori di efficienza dotati di maggior concretezza: contesto normativo, *governance* e dotazione tecnologica.

3.1. Gli automated decysion systems e la prospettiva comparatistica.

Il progresso tecnico-scientifico degli ultimi anni, spesso definito "*Industria 4.0*"¹⁶, ha dunque avviato un processo di irreversibile trasformazione culturale che ridisegnasse i contorni del ruolo assunto dagli operatori di diritto, il cui '*delta*' del cambiamento è rinvenibile, secondo gli ordinamenti nazionali dell'Unione Europea, nella possibilità di dotare di risorse tecnologiche le aule di giustizia¹⁷.

I paesi del sud Europa, ad esempio, mirano alla razionalizzazione della spesa pubblica, desumibile dalla combinazione del carico processuale e della risposta fornita

¹⁶ In tema di *Industria 4.0*, si rinvia a E. HILGENDORF, *Automated Driving and the Law*, in E. HILGENDORF, U. SEIDEL, *Robotics, Autonomics, and the Law. Legal issues arising from the Autonomics for Industry 4.0; Tecnology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co., 2017; S. BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons System – New Challenges for Criminal Law*, in E. HILGENDORF, U. SEIDEL, *Robotics, Autonomics*, op. cit.; M. LADIKAS, S. CHATURVEDI YANDONG ZHAO, D. STEMERDING, *Science and Technology Governance and Ethics. A Global Perspective from Europe, India and China*, Springer, Dordrecht, 2015; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità. Responsabilità "da algoritmo"? – AI e automobili self-driving, automazione produttiva, robotizzazione medico-farmaceutica – AI e attività contrattuali – Le tendenze e discipline unionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2017.

¹⁷ Cfr. S.J. RUSSEL, *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*, Viking, New York, 2019; S. GAMBINO, A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, p. 1497 ss.; PH. KIRSCH, *Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 6 (3), 2007, p. 501 ss.; K. ABBOT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization* 54 (3), 2000, p. 421 ss.; R.E. SUSSKIND, *Artificial Intelligence, Expert Systems and Law*, in *Denning Law Journal*, 1990, p. 109 ss.

dai Tribunali alle esigenze di tutela della collettività dei consociati, con la necessità di intendere la *cyber justice* come garanzia di qualità per quanti vi abbiano interesse¹⁸. Fra gli ordinamenti nordeuropei, invece, il primo ad avviare una riforma strategica della giustizia tecnologica è stato quello olandese che, a partire dal 2002, ha intrapreso una fase di sperimentazione ‘digitale’, al pari di altri Stati del continente europeo¹⁹. Basti pensare al c.d. “*Rechtwijzer*” olandese, nato in ambito accademico²⁰ e costituito da un sistema operativo che eroga servizi di consulenza, con sede a L’Aja, ma operativo su base internazionale grazie alla connessione telematica fra utente e legale, in grado di fornire anche assistenza psicologica e *counseling*. Ebbene, dal 2013, il Ministero della sicurezza e della giustizia olandese ha dato avvio al programma di modernizzazione per rendere gli *automated decision systems* obbligatori nei processi di diritto civile e commerciale, comprendendo dopo soli due anni anche controversie in materia di diritti di proprietà e condominio, poi estesi, fra il 2017 e il 2020, a tutti gli accertamenti di rito civile.

¹⁸ In argomento, v. P. SEVERINO, *Servono nuove regole per l’intelligenza artificiale*, in *affarinternazionali.it*, 2021; T. DELPEUCH, L. DUMOULIN, C. DE GALEMBERT, *Chapitre 7 – Professionnels du droit et de la justice, Sociologie du droit et de la justice, sous la direction de T. Depleuch, L. DUMOULIN*, Armand Colin, 2014, p. 205 ss.; D. PIANA, *Judicial Accountabilities in New Europe: From Rule of Law to Quality of Justice*, Farnham, UK, Ashgate, 2010; F. CONTINI, R. MOHR, [Reconciling Independence and Accountability in Judicial Systems](#), in *Utrecht Law Review* 3 (2), 2007, p. 26 ss.

¹⁹ v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

²⁰ Precisamente, il progetto è stato ideato dall’Università di Twente e dall’*Hague Institute for the Internationalisation of the Law* (HIIL), con la finalità di spostare l’accertamento dall’aula di giustizia al *web*, in materia di divorzi, condominio, controversie di lavoro, etc. che troverebbero una conciliazione su *networks* di risoluzione alternativa e in assenza di professionisti legali ‘fisici’. Le parti ricorrerebbero all’algoritmo per esigenze di celerità, che connotano il sito “*Rechtwijzer*” come un sistema in continua espansione, che ricomprende, ora, anche questioni di vicinato, diritto dei consumatori e rapporti di locazione. L’approccio algoritmico, invero, consente di identificare un’idonea soluzione conciliativa in virtù della c.d. ‘*negoziiazione integrativa*’, per cui l’utente è guidato nella valorizzazione degli elementi comuni alle pretese di più parti, per agevolarne il dialogo. Qualora il procedimento automatizzato non conduca ad una precisa soluzione, le parti potrebbero comunque ricorrere alla mediazione di un soggetto fisico, che risulta verificarsi solo nel 5% dei casi. Se poi, anche in tal caso, la controversia non approdasse alla risoluzione, non resterebbe che richiedere l’intervento del potere giudicante. In termini analoghi, è stato poi brevettato il sito canadese “*MyLaw*”, in grado di tracciare una ‘*roadmap*’ di separazione, accompagnando entrambi i coniugi attraverso un *software* che consentirebbe di esplorare tutte le possibili soluzioni. Anche nel Regno Unito è stato intrapreso un progetto di legge per la realizzazione di *networks* digitali che traggono ispirazione dal modello ‘*Cybersettle*’, che ricorre a tecnologie digitali in tempi brevissimi e con costi molto contenuti per questioni assicurative, di tutela del consumo. Parimenti, ogni anno *Ebay* risolve circa 60 milioni di controversie commerciali sulla sua piattaforma “*Online Dispute Resolution*”, attivata nel febbraio 2016 dall’Unione Europea per tutelare l’*e-commerce* e le società *online* e garantire, nel contempo, trasparenza e semplicità di gestione delle controversie, che funziona sia in modalità ‘*Blind Negotiation*’ (con algoritmi chiaramente virtuali), sia in ‘*Peer Pressure*’ (con modulistica), in argomento, cfr. P. FELETIG, [Giustizia, la conciliazione più rapida è quella online](#), in *La Repubblica*, 11 luglio 2016; C. COSTA, [Intelligenza artificiale e Giustizia: tempi ancora prematuri per l’applicazione di algoritmi predittivi nei tribunali](#), in *AI4Business*, 8 maggio 2019.

Anche il Belgio, non pochi anni fa, ha iniziato ad avvalersi di “Phoenix”, programma di dematerializzazione informatica che si era proposto di digitalizzare ogni procedimento giurisdizionale, con un approccio ‘olistico’ destinato a fallire dopo soli cinque anni. Così, dopo l’insediamento del nuovo Ministro della Giustizia, è stata prediletta un’inversione di rotta, che ha delineato, già sul finire del 2014, un ciclo di riforme maggiormente ispirato ai canoni della *gradualità* e dell’*evolutività*. A questo, sono poi seguiti un Piano strategico di codificazione di molte leggi in materia di assetto giudiziario e, solo al termine del 2017, sono state messe in luce le preminenti istanze di riforma della giustizia. Nell’ottica delle *Corti del Futuro*, l’attuale Ministro ha dato graduale prosecuzione alla digitalizzazione, in fasi circoscritte, preceduta dalla semplificazione del rito e dei suoi profili normativi – «*semplificare prima di digitalizzare*»²¹ –, rivolgendosi anche alla *funzione giudicante*.

Il dialogo delle istituzioni, in Francia, ha assunto dimensioni di portata nazionale e sistemica, a seguito dell’emissione della “*Loi pour une République numérique*”²² (L. n. 1321 del 7 ottobre 2016) che ha introdotto: l’accesso ai *database* dell’*open government*, in cui sono contenuti i dati dei procedimenti definiti; l’adozione di dispositivi ad alta velocità computazionale; la piena trasparenza dei meccanismi di adozione di provvedimenti di sicurezza e giustizia digitale. Tuttavia, affinché le nuove condizioni poste dalla *cyber justice* francese possano dare il giusto ossequio a diritti e libertà fondamentali, il percorso è ancora tortuoso e non privo di ostacoli, specie in punto di *data protection* e indipendenza dell’organo giudicante. In aggiunta, è sorto il problema della possibile integrazione – e delle relative modalità – di sistemi automatici che diano supporto nell’adozione del provvedimento finale, attraverso una serie di sperimentazioni. L’*Institut Montaigne*, ad esempio, ha emesso un rapporto valutativo in materia di giustizia ‘predittiva’²³, riflettendo sulla spinta evolutiva, con specifico riferimento a *big data* e sistemi di *AI*, intesi come strumenti in grado di incrementare i livelli di efficacia e qualità (anche in termini di tempo) della giustizia digitale, al punto da far ipotizzare persino l’eliminazione della difesa tecnica²⁴.

²¹ Cfr. G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, Relazione all’XI assemblea degli osservatori civili, 2016; A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice penale*, 2014, p. 14 ss.; P. LANGBROEK, M. FABRI, *The Challenge of Change for Judicial Systems: Developing a Public Administration Perspective*, Amsterdam, Omsa, 2000; R. BORRUSO, L. MATTIOLI, *Computer e documentazione giuridica – Teoria e pratica della ricerca*, Milano, 1999.

²² In argomento, cfr. B.J. FRYDMAN, *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011; V.F. BANAT-BERGER, *Les archives et la révolution numérique*, in *Le Débat*, 2010/1, n. 158, p. 70 e ss; H. PAULIAT, *Le modèle française d’administration de la justice*, in *Revue française d’administration publique* 125, 2007, 111 ss.; M. FABRI, J.P. JEAN, P. LANGBROEK, H. PAULIAT (eds), *L’administration de la justice en Europe et l’évaluation de sa qualité*, Paris, Montchrestien, 2005; F. CONTINI, *Dynamics of ICT diffusion in European judicial systems*, in M. FABRI, F. CONTINI (eds), *Justice and Technology in Europe. How ICT is Changing the Judicial Business*, Amsterdam, Kluwer, 2001, p. 317 ss.; V.W. ACKERMANN, B. BASTARD, *Innovation et gestion dans l’institution judiciaire*, Paris, in LGDJ, 1993.

²³ In argomento, v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, 2018, in *Questione Giustizia*, 15 maggio 2018; con riferimento puntuale all’*Institut Montaigne*, invece, cfr. il report [Justice: faites entrer le numérique](#).

²⁴ A tal proposito, si rinvia a “*Demander Justice*”, società costituita con l’obiettivo di erogare servizi di

Ebbene, l'approdo dell'*Artificial Intelligence* al settore giudiziale (dalle controversie alle *Alternative Dispute Resolutions*, dai procedimenti penali a quelli amministrativi), ha costretto il processo di modernizzazione e adeguamento alla tecnologia a delimitare i confini per un legittimo esercizio del potere giudiziario²⁵.

Le prime rilevanti criticità, poste all'attenzione mediatica, risalgono ad uno dei primi strumenti intelligenti diffusi in territorio statunitense, il "*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*" (COMPAS)²⁶, algoritmo ideato nel 2003 per elaborare giudizi di probabilità del c.d. '*recidivism risk*'²⁷. Negli Stati Uniti, infatti, il ricorso agli strumenti di *AI*, *big data* e *machine learning* nell'accertamento processuale è, già da alcuni anni, ormai divenuto realtà. Nel celebre caso "*Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*"²⁸, invero, l'utilizzo della funzione algoritmica nel processo ha dato luogo ad un acceso dibattito, dopo la condanna dell'imputato alla pena della reclusione, in ragione delle valutazioni operate dal *software*.

Con il COMPAS, infatti, è possibile eseguire il calcolo attuariale del *risk assessment* che stima l'esistenza del *defendant recidivism risk* in capo all'imputato²⁹ e, nel caso di specie, aveva riconosciuto in *Loomis* un soggetto ad alto rischio. Tale circostanza consentì alla *Court* di condannarlo a sei anni di reclusione e all'*extended supervision* per altri cinque anni, pena considerata eccessiva rispetto al fatto contestato, anche atteso che l'imputato,

predisposizione e deposito di atti, in virtù del principio del "*facile accesso alla giustizia*" e garantisce la possibilità di depositare una domanda dinanzi all'Autorità giudiziaria, sia per contenziosi di cognizione ordinaria, che giuslavoristici. La società opera mediante la combinazione di costi '*standard*' di accesso – in assenza di legale e con un costo di gestione fisso – e di *legal counseling* digitale. Il processo di dematerializzazione della giustizia, infatti, rappresenta la *conditio sine qua non* per valorizzare le potenzialità della *predictivity* giurisprudenziale, soprattutto per quanto concerne lo sviluppo di *software* che integrano *devices* di analisi del linguaggio naturale con altri che, attraverso il metodo computazionale, possono estrarre dai testi veri e propri '*clusters*' di concetti. Cfr. S. DORIGO, *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

²⁵ Sul punto, cfr. A. SEN, *The idea of Justice*, Allen Lane, London, 2009, trad. it., *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010; C. O' NEIL, *Weapons of Mathe Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown, New York, 2016, trad. it. *Armi di distruzione matematica. Come i Big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017; per una dottrina più risalente, v. N. WIENER, *The Human Use of Human Beings: Cybernetics and Society*, Houghton Mifflin, Boston (MA), 1955, trad. it. *Introduzione alla cibernetica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1966.

²⁶ Nel dettaglio, si consulti NORTHPOINTE INC., [Practitioners Guide to COMPAS](#), 2012; J. PEARSON, [Bail algorithms are as accurate as random people doing an online survey](#), in Motherboard, 2018.

²⁷ Così, dettagliatamente, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, in *Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*, Springer, vol. 4, 2020, p. 131 ss.; J. DRESSEL, H. FARID, [The accuracy, fairness, and limits of predicted recidivism](#), in *Science Advances*, 2018; S. FUSSELL, [Study finds crime-predicting algorithm is no smarter than online poll takers](#), in Gizmodo, 2018; D. FARABEE, S. ZHANG, R.E.L. ROBERTS, J. YANG, [Compas Validation Study: Final Report](#), 2010.

²⁸ Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016. S. CARRER, [Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin](#), in *Giur. pen.*, 2019.

²⁹ Il rinvio, *ex multis*, è rivolto a M. GIALUZ, [Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019; J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, J. ANGIN, [How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm](#), in *Propublica*, 2016.

nell'ambito del '*guilty plea*', aveva riconosciuto la propria colpevolezza³⁰. La *Supreme Court* del Wisconsin, nel dichiarare la piena legittimità dello strumento computazionale, ha espressamente affermato come tali strumenti possano costituire un valido supporto nell'esercizio dell'attività decisoria³¹, pur senza mai sostituire il giudice *human being*, orientamento condiviso anche dalla *Cour de Cassation* francese, che nel 2017 ha circoscritto il perimetro di efficacia e validità nell'emissione algoritmica di dati ad alto valore predittivo.

In territorio britannico, invece, da qualche anno le Università di Londra e Sheffield hanno condotto uno studio, in materia di *fair trial*, *privacy* e diritti inviolabili, su quasi seicento casi giudicati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esito – consistente in una *predictivity* corretta nel 79% dei casi – ha messo in luce come la funzione algoritmica identifichi fatti, circostanze ed elementi di violazione di diritti umani ricorrenti³². Parallelamente, con il "*Case Crunch*" è stata organizzata la prima competizione fra sistemi intelligenti e professionisti forensi, chiamati a pronunciarsi, in termini di predittività, sui casi di proprietà intellettuale pendenti al "*Financial Ombudsman Service*"³³, che ha registrato predizioni più accurate nel 86,6% dei casi esaminati dalle macchine, rispetto al 62,3% riscontrato dai legali. La competizione è stata costantemente monitorata dalla società "*Premonition*", azienda produttrice di strumenti di AI che detiene il più esteso *database* di contenziosi, con oltre l'87% delle controversie sorte negli Stati Uniti, Regno Unito, India, Canada e Australia. La vittoria della '*machina sapiens*', insomma, sembrerebbe risiedere nel vantaggio del dispositivo tecnologico, che è in grado, rispetto al professionista umano, di analizzare con maggiore *accuracy* elementi extragiuridici e fattuali.

³⁰ Il COMPAS, tuttavia, non costituisce l'unico paradigma di predittività intelligente sinora sviluppato, se solo si pone mente al "*SAVRY*", a cui lo Stato del New Jersey ricorre spesso per valutare i presupposti di concessione della libertà mediante i *risk assessment* ottenuti dal funzionamento algoritmico. Si consiglia di v. R. BRANDOM, [Mechanical Turkers may have out-predicted the most popular crime-predicting algorithm](#), in *The Verge*, 2018; J. FARRELL, *Humans beat popular algorithm for spotting potential re-offenders*, in *SiliconAngle*, 2018; T. HOLWELL, *Should all algorithms be transparent in Corrections?*, pubblicato sulla [pagina personale di LinkedIn](#), 2018; A.M. BORNSTEIN, [Are algorithms building the new infrastructure of racism?](#), in *Nautilus*, 2017.

³¹ Nel luglio 2016, La Corte del Wisconsin ha dichiarato, all'unanimità, la legittimità dell'uso giudiziario di algoritmi deputati alla misurazione del *recidivism risk*, specificando che lo strumento non può essere l'unico elemento su cui si fonda una pronuncia di condanna: «... while our holding today permits a sentencing court to consider COMPAS, we do not conclude that a sentencing court may rely on COMPAS for the sentence it imposes» in [State of Wisconsin v. Loomis](#), 3 luglio 2016.

³² In termini di prevedibilità dell'esito decisorio, si rinvia a XII ASSEMBLEA NAZIONALE DEGLI OSSERVATORI, *Prevedibilità delle decisioni e dialogo fra i diversi gradi della giurisdizione*. Gruppo di Lavoro, Roma, 2017; L. SALVANESCHI, *Diritto giurisprudenziale e prevedibilità delle decisioni: ossimoro o binomio*, Relazione all'XI assemblea degli osservatori civili, 2016; F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 19 dicembre 2016; G. XILO, *L'informatica come vettore di innovazione organizzativa della giustizia: il caso del Processo Civile Telematico*, in M. SCIACCA, G. MICCOLI, L. VERZELLONI, 2013, p. 393 ss.; M. GRAMATIKOV, *A Framework for Measuring the Costs of Path to Justice*, in *The Journal Jurisprudence*, 1, 2009, p. 111 ss.

³³ Organo pubblico ritenuto fra i maggiori difensori civili del Regno Unito, istituito nel 2000 con il *Financial Services and Markets Act 2000*, opera nella risoluzione delle controversie tra consumatori e imprese site nel Regno Unito, deputate alla fornitura di servizi finanziari e assicurativi.

3.2. Lo scenario nazionale.

Anche in Italia, l'avanzamento della digitalizzazione in ambito giurisdizionale potrebbe articolarsi in distinte fasi di sviluppo. La prima, come noto, ha interessato il processo amministrativo, a seguito dell'emissione del "*Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico*" (D.P.C.M. del 16 febbraio 2016, n. 40), il cui Allegato A ha introdotto il Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa (SIGA), con riferimento alla procura alle liti, agli atti delle parti e alle relative modalità di deposito telematico. Il secondo *step*, invece, è stato segnato dall'entrata in vigore del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *Privacy*), successivamente aggiornato dalle modificazioni di cui al D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 e alla L. 27 dicembre 2019, n. 160, in adeguamento al *General Data Protection Regulation* n. 2016/679³⁴. Tali riforme, invero, hanno escluso che le decisioni giudiziarie e amministrative – che incidono in via diretta sul comportamento umano – siano il prodotto esclusivo di un trattamento automatizzato, salva la necessità di concludere o dare esecuzione ad un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento dei dati, purché autorizzato dal consenso dell'interessato o dalla normativa europea e nazionale³⁵.

L'ultima fase è, contemporaneamente, scaturita dall'approvazione del D. Lgs. n. 18 maggio 2018, n. 51, in attuazione della Direttiva UE n. 2016/680 del Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea, relativa alla protezione del trattamento dei dati delle persone fisiche da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e della libera circolazione di dati, in abrogazione della Decisione Quadro n. 2008/977/GAI del Consiglio. Nondimeno, l'art. 8 del citato D. Lgs. proibisce il ricorso ad *automated decision systems* e *profiling* laddove producano riflessi negativi per l'interessato, salvo l'intervento delle istituzioni europee o di specifiche normative in materia di garanzie di diritti e libertà fondamentali. È, in ogni caso, salvaguardato il diritto al contributo umano da parte del titolare del trattamento, restando fermo il divieto di *profiling* discriminatorio, ex art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali UE³⁶.

In effetti, la prospettiva nazionale sembrerebbe dunque favorire l'apertura di nuovi scenari, da tempo messi in dubbio dal numero inflazionato di procedimenti che

³⁴ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

³⁵ A ciò, si aggiunga che le uniche deroghe possibili mirano a garantire la salvaguardia di interessi particolari della collettività, come, a titolo paradigmatico, la sicurezza pubblica e le attività di prevenzione e repressione di fattispecie di reato. Sul punto, cfr. A. LONGO, G. SFORZA, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Mondadori, Firenze, 2020.

³⁶ Analogamente, v. C. MORELLI, [L'indiscreto fascino della giustizia predittiva: il decalogo dei giuristi italiani. Intelligenza artificiale, algoritmi e tutela dei diritti](#), in *Altalex*, 2018.

attanagliano il nostro apparato giudiziario, allungando i tempi dell'accertamento processuale. Fra le maggiori criticità, si rileva una sempre maggiore riduzione del principio della certezza giuridica, a fronte del maggior grado di rilevanza assunta dal principio dello *'stare decisis'* nei paesi di *common law*. Ciò ha comportato una crescita esponenziale degli studi rivolti al diritto *'computazionale'*, eretto sui capisaldi della *foreseeability* del precetto penale e della *predictability* della pronuncia decisoria, che incentiva l'utilizzo della c.d. *giustizia predittiva* nella stima dell'ipotetico esito processuale. Sotto il profilo normativo, questo panorama è stato ancor più alimentato dalla vigenza del D. Lgs 6 settembre 2011, n. 159, che ha richiesto la valutazione (predittiva) della pericolosità su base indiziaria, per l'applicazione delle misure di prevenzione.

A ben vedere, invero, nel corso delle indagini preliminari, i sistemi di *AI* permetterebbero, attraverso le più avanzate tecnologie di *profiling*, la c.d. *'predictive policing'*³⁷ attraverso nuovi sistemi di riconoscimento facciale o identificazione biometrica, sempre più diffusi dopo l'emergenza pandemica da Covid-19. Nel dettaglio, questi *software* sono in grado di stimare il rischio di commissione del reato e individuare veri e propri *'hotspots'* per ripartire risorse in base alla mappatura predittiva e neutralizzare il rischio di fattispecie criminose.

Esempi ormai noti, in territorio italiano, possono essere rinvenuti in *"Keycrime"*, sviluppato dalla Questura di Milano, e *"XLAW"*, utilizzato dalla Polizia di Napoli e dalle forze dell'ordine di altre regioni per prevenire reati contro la persona e il patrimonio³⁸.

Da una prospettiva sociale, infine, l'utilizzo delle *automated decision systems* sembra ancor più auspicabile dalla generalità dei consociati, se solo si rivolge l'attenzione alla crisi di legittimazione altamente diffusa nel nostro Paese, che potrebbe finalmente risolversi con l'avvento dell'automatizzazione algoritmica, imparziale e insuscettibile di presunte influenze, in grado di emettere pronunce senza alcuna emozionalità o pregiudizi sociali.

³⁷ In argomento, v. G. UBERTIS, [Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo, umano significativo](#), in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 4/2020, p. 75 ss.; M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. Pen. e Giust.*, vol. 4, 2020, p. 957 ss.; E. NISSAN, *Legal Evidence, Police Intelligence, Crime Analysis or Detection, Forensic Testing, and Argumentation: An Overview of Computer Tools or Techniques*, in *17 Int'l J.L. & Info. Tech.*, 2009, p. 3 ss.; oltre a G. SARTOR, L.K. BRANTING, *Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence and Law* 6, 1998, p. 105 ss.

³⁸ Sotto il profilo della prevenzione, appare chiaro come i benefici che potrebbero apportare i programmi intelligenti non siano certo pochi, anche perché, con grande stupore, arrivano a delineare veri e propri profili che, in quanto ricchi di particolari, rendono riconoscibili – anche nella prospettiva *post delictum* – gli autori di diverse ipotesi delittuose, come evidenziato da F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, op. cit. In proposito, cfr., altresì, C. PARODI, V. SELLAROLI, [Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6, 2019, p. 47 ss.; D. AMOROSO, *Autonomy in Weapon Systems: The Military Application of Artificial Intelligence as a Litmus Test for Germany's New Foreign and Security Policy*, Heinrich Böll Stiftung, Berlin, 2018; N. BROWN, T. SANDHOLM, *Superhuman AI for Multiplayer Poker*, in *Science*, 365 (6456), 2019, p. 885 ss.; R. CORDESCHI, G. TAMBURRINI, *Alan Turing e il programma di ricerca dell'intelligenza artificiale*, in H. HOSNI (a cura di), *Menti e macchine. Alan Mathison Turing a cento anni dalla nascita*, Edizioni della Normale, Pisa, 2015, p. 87 ss.; U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2008.

4. I pilastri comunitari della “European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment”.

Tornando al panorama comunitario, gli strumenti di AI potrebbero quindi consentire una ‘*reassurance juridique*’, posto che, nel dicembre 2018, la CEPEJ, riunitasi a Strasburgo in sessione plenaria, ha adottato la c.d. “European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment”. Una vera e propria Carta etica, insomma, ha segnato l’inizio applicativo, per i sistemi giudiziari nazionali dell’UE, delle attività di elaborazione, discussione e diffusione della funzione algoritmica, come modello di politica pubblica, i cui principi mirano a guidare l’individuo nell’utilizzo della *machina sapiens*³⁹, sin dal momento della sua progettazione (c.d. ‘*ethical by design*’). Ebbene, il collegamento fra la disponibilità di *big data* e gli strumenti di *predictivity* della decisione ha posto a chiare lettere la necessità di pianificare strategie di costruzione del *data base*, a tutela di anonimato e qualità del dato⁴⁰.

Inoltre, la Carta si rivolge all’“*interface*”, quale connessione inscindibile tra dato e AI, la cui trasparenza è protetta dal diritto di proprietà intellettuale e dunque oggetto di brevetto industriale, ponendo l’interrogativo intorno alla pubblica diffusione delle componenti variabili dell’algoritmo, analogamente ai 137 indicatori (‘*items*’) del COMPAS⁴¹.

Nel contenzioso civile, soprattutto di tipo societario, il ricorso all’*Artificial Intelligence* rappresenta ormai una promessa, purché vi sia il previo intervento regolamentare da parte delle fonti di *soft law* (come gli *standard* internazionali) in punto di velocità e qualità nel raggiungimento della decisione e della predittività dei possibili esiti, nel rispetto dei principi etici enucleati dalla Carta. Sotto il profilo del rito squisitamente penale, invece, si renderebbe necessario un incremento del grado precauzionale in favore di opportune *riserve* che impediscano possibili discriminazioni. Infatti, nell’ambito del consolidamento dei valori UE, il dettato etico menziona espressamente i cinque principi fondamentali: il rispetto di diritti e libertà fondamentali;

³⁹ Così, v. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017; E. HILGENDORF, *Robotics, Autonomics, and the Law. Legal issues arising from the Autonomics for Industry 4.0; Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co, 2017; N. LEVY, *Neuroetica*, Apogeo Education, Milano, 2013; W. YUEH-HSUAN, C. CHIEN-HSUN, S. CHUEN-TSAI, *Toward the Human-Robot Co-Existence Society: On Safety Intelligence for Next Generation Robots*, in *International Journal of Social Robotics*, 2009.

⁴⁰ v. S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, op. cit., p. 181 ss.; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁴¹ Sul punto, v. J. ZELEZNIKOW, *Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts?*, in *International Journal for Court Administration*, 2017, p. 30 ss.; E. THADANEY ISRANI, [When an Algorithm helps send you to prison](#), in *The New York Times*, 2017; E. YONG, [A Popular Algorithm is no better at predicting crimes than random people](#), in *The Atlantic*, 2018.

il divieto di atti discriminatori; la combinazione di qualità e sicurezza; la trasparenza e l'equità; oltretutto, da ultimo, l'*accountability*, quale obbligo di rispondenza ai criteri di responsabilità.

5. L'Artificial Intelligence e l'ordinamento penale: considerazioni preliminari.

Al di là delle precedenti considerazioni, ora la prospettiva d'osservazione affronterà criticità più specifiche, che sono collocate *a monte* dell'intero ragionamento e che si accorgono di quanto l'*Artificial Intelligence* e i nuovi soggetti algoritmici stiano sempre più permeando l'intero sistema, inserendosi anche nell'accertamento del fatto di reato e del suo autore, nella determinazione della responsabilità e della risposta sanzionatoria: il procedimento penale.

Segnatamente, molti studi si sono recentemente diffusi, in uno scenario *ex ante* o *ex post* rispetto al delitto commesso, e hanno toccato tutti gli ambiti in cui l'algoritmo potrebbe apportare benefici, a partire dai succitati *policing* e *profiling*⁴², fino a giungere al *sentencing*, con l'ambizione di migliorare l'intero funzionamento della giustizia, a livello preventivo e punitivo⁴³. Questa finalità, improntata ad una risposta 'efficientista' del miglioramento, dovrebbe mirare al raggiungimento dei risultati più attesi da tempo: la qualità della tutela del bene giuridico e la ragionevole durata del processo.

Appare chiaro, orbene, che l'obiettivo è particolarmente audace, se solo si pensa alle garanzie e alle esigenze di salvaguardia dei diritti umani, a cui il rito penale deve offrire quotidiano ossequio.

5.1. I principi fondamentali e i dubbi di compatibilità costituzionale.

Mantenendo l'osservazione del fenomeno ad una prospettiva *ex ante*, si analizzeranno quindi le possibili criticità della rivoluzione algoritmica, in punto di garanzie costituzionali e tutela dei diritti umani.

⁴² Si rinvia, in proposito, a G. CANZIO, [Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale](#), in questa Rivista, 8 gennaio 2021; E. NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence 's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, in *AI & Society*, 2015, p. 21 ss.; D. MOURET, *Beyond black-box optimization: a review of selective pressures for evolutionary robotics*, in *Evolutionary Intelligence*, 2014; M. HILDERANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), 2015, p. 21 ss.; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁴³ Cfr. G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, op. cit.; G. TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, in *Journal of Law and Society*, vol. 33, 2006; D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY, *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova University press, 2015; infine, per un approccio dottrinale squisitamente declinato nella responsabilità amministrativa da reato, si rinvia a C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002.

Con riferimento alla *predictivity*, ad esempio, potrebbe insorgere il timore dell'assenza di compatibilità con il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, in quanto l'*automated decision system* presterebbe maggior attenzione ad alcuni indicatori di rischio – come le origini, lo *status* economico-familiare, le abitudini personali, l'età, il genere e gli interessi sessuali, l'ideologia politica, il sentimento religioso e via enumerando – rispetto ad altri. Segnatamente, gli *AI* consentirebbero una migliore distribuzione delle risorse di *policing* in precisi *hotspots* in cui il livello del rischio di verificazione del reato è maggiore, in assenza dei c.d. '*machine bias*', errori cognitivi che contaminerebbero il giudizio, come accade con l'uomo.

Tuttavia, la calcolabilità dei gradi di rischio e pericolosità sembrerebbe sbarrare l'uscita ai meccanismi che impediscono l'adozione di soluzioni discriminatorie, perché il corretto accertamento del giudice artificiale rischierebbe di essere inficiato dai preconcetti tipici del giudice *human being*, in grado di orientare anche il processo decisionale del *machine learning* algoritmico.

In termini di etica, robotica – o, per meglio dire, '*roboetica*'⁴⁴ –, infatti, gli studi scientifici hanno dato evidenza al rischio che le pronunce *artificiali* siano adottate sulla base di pregiudiziali etniche, soprattutto nei confronti di soggetti afroamericani, rispetto ai caucasici, per ragioni meramente storiche e, ormai, del tutto anacronistiche.

L'avvento della *machina sapiens*, inoltre, rimanderebbe ad altre criticità, potenzialmente afferenti ai principi di imparzialità e indipendenza del giudice, parità delle parti e diritti di difesa⁴⁵, come si vedrà analiticamente nel prosieguo.

Infine, delle simili innovazioni al processo penale inciderebbero anche sul principio di legalità *ex art. 25 Cost.*, soprattutto nei corollari della materialità e offensività del reato, fino ad incrinare anche l'elemento cardine dell'intero sistema: la personalità della responsabilità penale. In un simile scenario, dei rischi si instillerebbero anche in punto di valutazione del modello comportamentale, in aperto contrasto con gli artt. 13 e 27 *Cost.*, che impongono l'individualizzazione del trattamento restrittivo che segue all'emissione della sanzione o della misura cautelare⁴⁶.

⁴⁴ In argomento, v. P. LIN, R. JENKINS, K. ABNEY, *Robot Ethics 2.0: From Autonomous Cars to Artificial Intelligence*, Oxford University Press, New York, 2017; J. MILLAR, *Technology as Moral Proxy: Autonomy and Paternalism by Design*, in *IEEE Technology and Society Magazine*, 34 (2), 2015, p. 47 ss.; F. SANTONI DE SIO, *Ethics and Self-Driving Cars: A white Paper on Responsible Innovation in Automated Driving Systems. Technical Report*, Delft University of Technology, Delft, 2016; V. SOMENZI, R. CORDESCHI, *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2° Ed., 1994; S.G. TZAFESTAS, *Roboethics: A Navigating Overview*, Springer, Berlin, 2016; B. MAGRO, *Biorobotics, robotics and criminal law: some hints and reflections*, in *Percorsi Costituzionali*, 2016.

⁴⁵ L'autorevole dottrina ha rilevato, in effetti, come la funzione algoritmica possa supplire le funzioni della legge, sino a sostituire l'efficacia del precetto penale con quella di un precetto di tipo informatico o tecnologico, che potrebbe guidare l'uomo a nuove valutazioni dei concetti di innocenza e colpevolezza, per poi ridisegnare le sfumature della liceità e dell'illiceità. Per una lettura dei più celebri contributi in merito alle radici penalistiche dell'illiceità, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X Ed., CEDAM, Padova, 2017; T. DELOGU, *Lo "strumento" nella teoria generale del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1974; F. ALIMENA, *La questione dei mezzi idonei nel tentativo*, in *Il Foro italiano*, Roma, 1930.

⁴⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019; V. MAFFEO, *Giustizia predittiva e principi costituzionali*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, fasc. 12, 2019; U. PAGALLO, S. QUATTROCOLO, *The impact of AI in*

Premessi tali rischi, si tratterà quindi di osservare se l'*Artificial Intelligence* sarà in grado di ingenerare maggior consapevolezza nei consociati, in ordine al rispetto dei diritti umani e alle garanzie per un giusto processo, dinanzi ad un giudice terzo e imparziale.

5.2. Il diritto all'algoritmo *super partes*.

Per comprendere il senso dell'imparzialità di un giudice *artificiale*, anzitutto, è necessario identificare l'essenza psicologica del concetto di *imparzialità* per valutare la rispondenza di tale diritto ad un accertamento eventualmente governato da un sistema di AI⁴⁷.

L'imparzialità giudiziaria, come noto, presuppone che l'organo giudicante non conosca, nei profili formali e di merito, l'oggetto del giudizio prima che intervenga la sua cognizione, restando *super partes* rispetto agli interessi in gioco. Da tempo, invero, il sistema giustizia favorisce la dualità delle parti come se il potere giurisdizionale fosse al di sopra di queste, per preservare l'oggettività del suo giudizio. Il rito penale, inoltre, è contraddistinto dal principio della presunzione di innocenza dell'imputato (art. 27, co. 2° Cost.), che assicura che il giudicante non propenda per l'accusa, se mosso da pregiudizi sociali di colpevolezza⁴⁸.

È per tali ragioni, infatti, che in molti ordinamenti il giudice è obbligato a chiedere l'astensione da quei procedimenti in cui la sua imparzialità rischierebbe di essere minata e, in caso di mancata rilevazione d'ufficio della causa di astensione, è ricusato su istanza delle parti. Fra le cause di ricusazione del giudicante assumono rilievo, ad esempio, i rapporti di debito-credito e le relazioni familiari – od anche solo '*di vicinanza*' – con le parti in causa o i loro prossimi congiunti; i rapporti di tutela, curatela, procura o lavoro

criminal Law, and its Twofold Procedures, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), in *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2018, p. 388 ss.; S. RIONATO, *Robotica e diritto penale (robot ibridi, chimere, "animali tecnologici")* in D. PROVOLO, S. RIONATO, F. YENISEY, *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova University Press, 2015; C. TREVISI, *La regolamentazione in materia di intelligenza artificiale*, in *MediaLaws*, 2018; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2007; v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁴⁷ Sul punto, v. S. QUATTROCOLO, *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in *MediaLaws*, *Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro*, vol. 3, 2020, p. 121 ss.; C.J. KRAFT, J. GIORDANO, *Integrating Brain Science and Law: Neuroscientific Evidence and Legal Perspectives on Protecting Individual Liberties*, in *11 Frontiers in Neuroscience*, 2017, Art. 621, p. 1 ss.; A. KRAUSOVÀ, *Intersections between Law and Artificial Intelligence*, in *International Journal of Computer (IJC)* 2017, p. 55 ss.; R. LÓPEZ DE MANTARAS BADIA, P. MESEGUER GONZÁLEZ, *Inteligencia artificial*, Madrid, 2017; J.O. MCGINNIS, R.G. PEARCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence will transform the role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in *82 Fordham L. Rev.*, 2014, p. 3041 ss.

⁴⁸ Segnatamente, cfr. J. NIEVA-FENOLL, *La razón de ser de la presunción de inocencia*, in *InDret*, 1/2016, p. 1 ss.; R. NISBETT, L. ROSS, *Human Inference. Strategies and Shortcoming of Social Judgement*, Englewood Cliffs, New York, 1980.

con le parti private; le possibili manifestazioni in sede extra processuale di consigli o pareri sull'oggetto del procedimento; l'assunzione del ruolo di giudicante, per fatti diversi, nei confronti delle stesse parti per cui è chiamato ad emettere la pronuncia. Insomma, si potrebbe riassumere che i motivi di astensione o riconsuazione rappresentano, nella maggior parte dei casi, situazioni di 'prossimità' o 'contrapposizione' del giudice con le parti o l'oggetto del processo. Infatti, potrebbe accadere – come in effetti accade – che la causa di *parzialità* celi un sentimento di affetto, odio oppure altri stati emozionali; diversamente, il giudicante potrebbe nascondere che siano già state prese decisioni sui medesimi fatti oppure manifestare una sorta di pregiudizio.

Si ritiene, pertanto, che tutte le circostanze che richiedono al giudice *human being* di astenersi potrebbero essere circoscritte in precisi stati emozionali, tipicamente umani, osservandosi come, nel sistema intelligente, questi sentimenti non potrebbero certo sorgere in modo spontaneo ma, al massimo, essere meramente *riprodotti*. Per questa ragione, il maggior pericolo per la funzione algoritmica è il riflesso dell'imparzialità dei relativi costruttori e produttori, se può essere apprezzata nel caso concreto e non in ogni fattispecie astrattamente possibile. Infatti, i programmatori potrebbero manipolare l'algoritmo in sede di produzione, per favorire l'interesse di una delle parti in causa e determinarne la vittoria all'esito del processo, non apparendo semplice ipotizzare un'attività distorsiva che non crei effetti di ingenti dimensioni. Così ragionando, è dunque difficile che aumenti il rischio di parzialità del giudicante, in presenza di un *automated decision system*.

Pertanto, se un giorno avverrà la piena sostituzione della *machina sapiens* all'uomo, il diritto al giudice naturale si rivelerebbe inutile, perché i concetti di imparzialità e indipendenza assumerebbero gli stessi contorni, fino a confondersi.

Come noto, fra i rischi che spesso minano l'indipendenza giudiziale, si registra la pressione esercitata dalle funzioni esecutive e legislative dello Stato, dovendosi quindi garantire che l'algoritmo non sia stato *ab origine* alterato per favorire precisi interessi o soggetti, come si è potuto riscontrare quando i poteri governativi o il legislatore hanno cercato di intervenire sugli esiti decisori di procedimenti giurisdizionali.

Per tali ragioni, si dovrebbe quindi comprendere se gli algoritmi siano configurabili anche per non ledere l'interesse pubblico che salvaguarda il legittimo esercizio del potere giurisdizionale. Non è infrequente, invero, che il giudicante non sia a conoscenza del dibattito parlamentare che ha condotto alla produzione della norma giuridica, avvalendosi dell'interpretazione che risulta più idonea al caso concreto in un approccio che sia teleologicamente – e, molto spesso, anche sociologicamente – orientato. *Expressis verbis*, nell'interpretazione della *ratio* normativa, il giudice analizzerà quale sia stata l'intenzione del legislatore per applicare la disciplina al caso di specie, coerentemente con il proprio *substrato* ideologico. Ciò determinerebbe l'inevitabile insorgenza di pericoli per l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante, attesi gli evidenti margini di discrezionalità, del tutto scongiurati nel *software* di AI, che applicherebbe in modo inflessibile il dettato normativo alle fattispecie concrete per cui è stato concepito, senza alcun apprezzamento personale.

Però, se l'imparzialità e l'indipendenza del giudice sollevano non poche perplessità, dubbi maggiori sono riscontrabili sotto i profili di empatia ed equità, al

punto da richiedere la prefigurazione di uno *standard* di imparzialità del *software*, che permetta di comprendere se la macchina emetta decisioni in modo sistematico ovvero offra, altresì, linee guida in relazione all'equità del giudicante.

5.3. Il problema del ragionamento equitativo.

A ben vedere, ci si accorge che nei sistemi di *AI*, per quanto ritenuti l'output dell'intelligenza umana, la componente *emozionale* non troverebbe il giusto spazio per consentire al *software* di comprendere il significato dei sentimenti o dell'uomo⁴⁹.

Anche in sede civile, però, è l'equità del giudicante a guidare l'emissione della decisione, ad esempio, in termini di sussistenza, in concreto, di buona o mala fede, diligenza o negligenza, e via enumerando⁵⁰. Accade di frequente, invero, che il giudice *human being*, nel corredo motivazionale, faccia riferimento al proprio ragionamento equitativo o all'empatia che hanno permesso il raggiungimento della decisione, anche se guidato, di fatto, dalle proprie esperienze di vita, attitudini e ideologie.

A tal proposito, sarebbe auspicabile un'opera di *sistematizzazione* del trend di decisioni che ogni giudice emetterebbe per selezionare l'orientamento ermeneutico obiettivamente applicabile agli sviluppi processuali⁵¹, studiando le circostanze che avrebbero richiesto il ragionamento equitativo e circoscriverle. Da tempo, infatti, il legislatore tenta di delineare gli incerti contorni normativi delle presunzioni di buona fede o delle inversioni dell'onere probatorio, introducendo dei parametri che possano orientare anche l'equità, specialmente nei casi in cui l'applicazione *statica* della norma conduca a risultati non desiderati.

Con l'*automated decision system*, invece, mediante l'osservazione della casistica giurisprudenziale e la raccolta di opinioni con indagini nel pubblico, si evidenzierebbe maggiormente lo *standard* di giustizia richiesto dalla generalità dei consociati e, una volta

⁴⁹ Nel dettaglio, è opportuno precisare che l'operatore giudiziario conosce e sa quando ricorrere all'utilizzo di un linguaggio persuasivo. Pertanto, non è necessario che il giudicante rediga un tessuto motivazionale per illustrare il proprio '*senso di giustizia*' ovvero interpretare il dettato normativo per manipolarne la *ratio* a seconda dell'interessato, come è, al contrario, richiesto al difensore. In tal modo, in effetti, è comune intendimento che il giudice, nell'accertamento di rito penale, sia dotato di un esteso margine di discrezionalità della determinazione delle sanzioni concretamente applicabili al condannato. Lo stesso accade, per esempio, il caso di qualificazione della fattispecie con una precisa norma incriminatrice, poiché sarà lo stesso giudicante a considerare configurabile il reato, in virtù della tipicità di illecito penale che ritiene perpetrata dal soggetto agente. Nel dettaglio, si rinvia ad A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

⁵⁰ Del resto, non è agevole circoscrivere i contrasti fra i vari orientamenti ermeneutici della giurisprudenza che, proprio per tale ragione, trovano spesso risoluzione a mezzo della valutazione equitativa del giudicante, che depone a favore di una delle parti. In termini di equità, giova il riferimento a A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, XXIV Ed., 2021.

⁵¹ In altre parole, si renderebbe opportuno il superamento del noto brocardo "*dura lex, sed lex*", per eliminare il tradizionale riferimento ai concetti di *prudenza* o *equità* e dare conseguentemente spazio ad una maggiore cognizione del significato di queste espressioni che, secondo una prima accezione, appare non sufficientemente determinato.

introdotto nella funzione algoritmica, determinerebbe persino un'interpretazione conforme alle istanze sociali in un dato momento storico.

Il *software* intelligente si spingerebbe anche oltre, ma se l'analisi equitativa del giudicante fosse automatizzata in un comportamento artificiale, accadrebbe che la macchina ricorrerebbe all'equità con distacco emotivo, senza rilevare elementi utili, solo perché il sistema intelligente è poco sensibile⁵². Così, il sistema di *AI* eseguirebbe tali valutazioni anche quando non dovrebbe, in quanto il dettaglio inserito nel suo algoritmo lo orienterebbe verso altre direzioni, moltiplicando esponenzialmente i margini di errore⁵³. Infatti, il consenso sociale è variabile, poiché segue l'andamento di consuetudini e costumi della società, lasciando insorgere l'inequivoca necessità di dotare l'algoritmo di indicatori di imparzialità, poiché resterebbe altrimenti preferibile l'attività giurisdizionale del giudice *human being*.

In buona sostanza, solo quando tali sistemi potranno cogliere – e, perché no, anche prevenire – il *trend* sociale in modo esauriente e al passo con i tempi, l'uomo potrà finalmente affidarsi alla *machina sapiens*, per la raccolta e l'esame delle variabili equitative, prima che confluiscano nel processo.

5.4. Pubblicità e trasparenza algoritmiche: come tutelare il diritto di difesa?

Con riferimento al diritto di difesa, poi, emergerebbe un ulteriore aspetto problematico, già sollevato con il COMPAS, in ragione del controllo di trasparenza da espletare sulla composizione dell'algoritmo, in caso di mancata (o insufficiente) protezione dell'accesso al codice sorgente che governa i dati elaborati dal sistema.

Affinché ciò non si verifichi, si potrebbe auspicare alla pubblica diffusione dei meccanismi sottostanti, senza però tutelare i profili di proprietà intellettuale della macchina. In altre parole, ci si domanda se le attività di *predictive policing* possano produrre una c.d. '*black box decision*', connotata da un corredo motivazionale segreto e inaccessibile⁵⁴.

Segnatamente, il principio di pubblicità assume una valenza imprescindibile nel diritto di difesa, come evidenziato con il già citato caso *Loomis*, in cui la *Supreme Court* del Wisconsin ha dichiarato che la valutazione decisoria deve necessariamente rivolgersi tanto ai risultati prodotti dal COMPAS quanto al compendio probatorio disponibile.

Tuttavia, la statuizione della Corte non sembra aver arrestato, neanche parzialmente, le innumerevoli voci di dissenso provenienti dalla collettività, che

⁵² In proposito, v. D. BEN-ARI, Y. FRISH, A. LAZOVSKI, U. ELDAN, D. GREENBAUM, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, op. cit.; P. CASANOVAS, U. PAGALLO, M. PALMIRANI, G. SARTOR, *AI Approaches to the Complexity of Legal System*, Springer, 2013; R. ISHIKAWA, *Robotic, Thugs, in Proceedings of the International Conference ETHICOMP 2007*, Tokyo, 2007.

⁵³ v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁵⁴ Cfr. E. NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence 's present and foreseeable impact*, op. cit., p. 21.

eccepirebbero un terribile allontanamento dal diritto di difesa se la motivazione della statuizione non possa consentirne l'esame delle parti⁵⁵.

Ciò premesso, è bene ricordare che la trasparenza della funzione algoritmica rappresenta uno dei fattori maggiormente da considerare per non violare il dettato di cui all'art. 6 CEDU, posto che, nei casi di omessa trasparenza, dovuta a ragioni pratiche (come l'impossibilità del difensore di comprenderne il funzionamento sotto il profilo tecnico) o giuridiche (per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale), diventerebbe impossibile elaborare una strategia difensiva, senza poterne ipotizzare le modalità decisorie e conseguentemente prevederne l'operato⁵⁶.

Chiaramente, una risposta univoca non è possibile, attesi gli enormi rischi di violazione degli artt. 24 e 111, co. 6° Cost., la cui sintesi, a livello sovranazionale, è rinvenibile nel principio della c.d. *'equality of arms'*, in punto di pari facoltà delle parti processuali di muovere contestazioni e critiche alla prova contraria. A titolo paradigmatico, si pensi alla valutazione della prova peritale, in cui il contraddittorio fra le parti assolve ad un compito fondamentale per verificare, nella dialettica dibattimentale, l'attendibilità dell'esperto e l'affidabilità metodologica

⁵⁵ Il diritto di difesa, nello specifico, prevede che la parte processuale esponga le proprie argomentazioni e ricorra al compendio probatorio per rafforzare la propria posizione, garantendo la considerazione di tali elementi nella statuizione finale. In termini di sistemi di *AI*, le criticità non sembrano, tuttavia, di facile risoluzione. Dapprima, invero, dovrebbe accogliersi l'idea secondo cui non può ammettersi come legittimo il sistema processuale che consente al *software* di non dare contezza alle parti delle singole specificità dello strumento. Ciò, infatti, significherebbe, metaforicamente, che il soggetto difenda la propria posizione processuale, senza conoscere però il sistema normativo applicabile, come spesso accaduto durante la vigenza del modello inquisitorio del processo. È chiaramente possibile ipotizzare che i sistemi di *AI* raggiungano, in un futuro non troppo lontano, un preciso grado di autonomia, al punto da giudicare i soggetti in stato di detenzione sulla base della mera valutazione delle argomentazioni e delle prove che forniscono. Potrebbe anche succedere, ad esempio, che le parti presentino le proprie istanze direttamente al sistema informatizzato, che emetterà la decisione anche in modalità istantanea. Anche in tale circostanza, però, la difesa tecnica sarà sempre imprescindibile, per verificare che il *software* si avvalga del dato reale e impedire che ometta l'elaborazione di informazioni specifiche non inserite a priori in sede di programmazione dell'algoritmo. A tal proposito, appare fondamentale che il legale conservi il proprio approccio, per intervenire quando il sistema formuli domande o richieda produzioni documentali. Allo stato, infatti, l'operatore di diritto si presenta come conoscitore della legge e se, un giorno, il giudice-macchina sostituirà, *in toto*, le funzionalità del giudice *human being*, sarà necessario che l'avvocato studi il funzionamento della macchina anche durante la propria formazione, per essere in grado di proporre opposizioni che ne eccepiscano il difettoso funzionamento e proponendo, contestualmente, itinerari alternativi di risoluzione. Tali necessità richiederebbero dunque l'inevitabile disvelamento, da parte dei produttori dell'algoritmo, dei meccanismi di funzionamento per impedire l'ingiusta compressione delle garanzie difensive. *Ex multis*, cfr. N. GAROUPA, F. GOMEZ-POMAR, V. GREMBI, *Judging under political pressure: an empirical analysis of constitutional review voting in the Spanish Constitutional Court*, in 29 *J.L. Econ. & Org.*, 2013, p. 513 ss.; D.B. GARRIE, *Digital Forensic Evidence in Courtroom: understanding content and quality*, in 12 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2014, 2, p. 122 ss.

⁵⁶ Segnatamente, solo quando il difensore potrà considerare non solo l'intero sistema normativo e giurisprudenziale, ma sarà autorizzato a conoscere anche i meccanismi di funzionamento dell'algoritmo, potrà, in un certo qual modo, avere contezza anche della *'personalità'* del giudicante, al precipuo scopo di computare, a mezzo dell'analisi statistica, le probabilità di assoluzione o condanna del proprio assistito. In argomento, cfr. E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *An. Giur. Ec.*, Il Mulino, Bologna, vol. 2, 2018.

dell'accertamento scientifico. Queste valutazioni, invero, permettono di differenziare la deposizione irrilevante, ricorrendo alle teorie scientifiche accreditate dalla letteratura scientifica.

In caso di giudice artificiale, pertanto, si tratterebbe di verificare la validità del processo computazionale, nel contraddittorio fra le parti, proprio per impedire eventuali generalizzazioni fuorvianti e analizzare con precisione i dati raccolti, con metodo statistico.

Alla luce di tali criticità, il quesito che permane mira a comprendere se programmi di *AI* possano quindi migliorare l'accertamento processuale penale, anche visti gli sbarramenti del divieto di perizia criminologica *ex art.* 220 c.p.p., al fine di conciliare gli *automated decision systems* con il criterio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”.

5.5. La difficile garanzia della riservatezza.

Perseguendo l'iter dell'automazione processuale penale, anche il diritto alla riservatezza sembra assumere un'importanza centrale, se solo si rivolge l'attenzione, ad esempio, alla fase delle indagini preliminari, in cui l'unica *chance* di ottenere informazioni sui comportamenti dell'indagato presuppone che la sua *privacy* – o, per meglio dire, la sua *data protection* – venga meno⁵⁷.

Con i sistemi di *AI*, però, la sua riservatezza sarebbe messa a dura prova, considerata la mole di dati quotidianamente reperiti, analizzati e processati con riferimento alla singola posizione. Chiaramente, la pronuncia di condanna non potrà erigersi esclusivamente su questi dati, ma anche su fatti concreti che ne dimostrino l'utilità ai fini della decisione e il rischio maggiore è rinvenibile nelle possibili archiviazioni massive e indiscriminate, anche di informazioni non direttamente pertinenti al caso sottoposto a cognizione. Infatti, tutto ciò che ogni individuo reperisce o invia attraverso il *web*⁵⁸ è tracciato attraverso la profilazione dei dati che, mediante *post* o altri mezzi di comunicazione, sono introdotti nella rete. Così, il sistema costruisce un vero e proprio modello, in cui i singoli soggetti sono ‘categorizzati’ tramite elementi-chiave combinati dal *software*, che ne estrapolerà specifici *trend*⁵⁹. Atteso che i dati sono

⁵⁷ In tema di accordi di riservatezza e *AI*, si rinvia a M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale*, op. cit., p. 957 ss.; E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2019; F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2018; D. CIRIACO, [Inteligência artificial vence 20 advogados em testa de revisão de contratos](#), in *Tecmundo*, 2018.

⁵⁸ Come noto, la raccolta dei dati avviene soprattutto per fini commerciali o politici, attraverso l'utilizzo di *social networks* e *browsers* di ricerca, ovverosia mediante il ricorso alla rete *Internet*.

⁵⁹ In modo analogo, è sviluppato il funzionamento di alcuni *software* ideati per perseguire finalità predittive, che realizzano ‘modelli’ (o *patterns*) in cui poter inserire i soggetti a rischio di reato, consentendo alle autorità di elaborare strategie investigative che, in caso di conferma al riscontro *artificiale*, terminano con l'approvazione del suggerimento fornito dalla macchina. Tuttavia, questo processo non appare per nulla semplice, poiché, in questo modo, un soggetto sarebbe considerato più sospetto di un altro solo perché appartiene ad un preciso profilo psicologico oppure perché l'*Artificial Intelligence* potrebbe trascurare un individuo sospetto, perché apparentemente gentile e rispettoso delle regole. Sul punto, v. J.L. GRANA, J.M.

raccolti anche per finalità commerciali, i profili sociologici e psicologici che ne deriverebbero, in effetti, potrebbero anche comportare riflessi distorsivi, declinando *ab origine* la percezione dell'individuo in ipotesi di innocenza o colpevolezza e pregiudicandone indubbiamente la riservatezza.

Con riferimento alla configurazione di modelli criminali contrari alla presunzione di innocenza dell'imputato, maggiori criticità sorgerebbero soprattutto nei casi di assenza di riscontri probatori, che porterebbero ad identificare un soggetto come sospetto, in virtù della sua esclusiva compatibilità con il modello di rischio costruito dalla macchina in base ai dati raccolti.

In buona sostanza, la costruzione di modelli di personalità consentirebbe di attenuare il *recidivism risk*, ma il giudicante non potrebbe esser condizionato da simili indicatori, tantomeno in sede dibattimentale. Così facendo, invero, si rischierebbe di approdare ad una realtà in cui sia la macchina ad emettere la pronuncia, mentre il giudice *human being* le affiderebbe la valutazione, nel timore di rilasciare un soggetto che appartenga ad un modello di rischio elevato, anche in assenza di collegamento con eventuali crimini⁶⁰. Secondo una simile prospettiva, il giudice non solo perderebbe la sua imparzialità, in aperto contrasto con la presunzione di innocenza, ma potrebbe persino incorrere in una statuizione profondamente scorretta nel merito, a scapito di ogni indagato o imputato.

Un ulteriore e correlato problema da tenere a mente concerne, altresì, l'elaborazione, in capo all'*automated decision system*, di dati che si riferiscono in modo specifico all'imputato, quando questi decida di avvalersi del principio del "*nemo tenetur se detegere*", che legittima il suo diritto al silenzio.

Riuscendo ad avere contezza di tendenze e orientamenti personali (religiosi, politici, sessuali, etc.), di abitudini, preferenze e altri elementi apparentemente scevri di rilievo penale, ci si accorge come lo strumento di *AI* possa facilmente acquisire e conservare tali elementi conoscitivi per utilizzarli, una volta tracciata la profilazione personologica dell'imputato, nell'opera di *predictivity*, in violazione dei suoi diritti al silenzio e alla riservatezza. Si ritiene che la criticità trovi risoluzione perseguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata dal dettato dell'art. 111, co. 4 e 5 Cost, che impone, come noto, la formazione della prova, previo consenso dell'imputato, nel contraddittorio fra le parti, come confermato dall'art. 526 c.p.p.

Alla luce di ciò, appare ora chiaro che l'infinità di dati personali memorizzati e profilati dall'*Artificial Intelligence* solleva non pochi profili critici per le garanzie del giusto processo, imponendo una riflessione non solo a livello sovranazionale, ma anche nazionale.

ANDREU, T. SILVA, *Evaluación de las propiedades psicométricas del LSI-R en una muestra penitenciaria*, in *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2014, p. 7 ss.

⁶⁰ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

5.6. Riflessioni conclusive: l'algoritmo come supporto alla decisione giudiziale.

Orbene, i profili sinora illustrati, per quanto spinosi, non possono però impedire l'avanzamento della tecnologia nel campo dell'accertamento processuale, poiché questa potrebbe anche intervenire nella correzione di ragionamenti distorsivi o '*bias*', errori automaticamente riprodotti nell'autoapprendimento robotico⁶¹.

Sotto il profilo dell'indipendenza giudiziale, ad esempio, è stata già evidenziata l'esiguità del rischio che la *machina sapiens* sia influenzata da suggestioni di natura politica, personale o mediatica, come accaduto nel caso *Loomis*, in cui l'algoritmo, neanche dopo molteplici accuse di discriminazione, ha rettificato la propria decisione⁶². Ciononostante, come anticipato, l'unico problema potrebbe risalire a quando il sistema intelligente, in sede di programmazione, incorra in taluni difetti di alterazione o condizionamento da parte del soggetto che lo ha configurato, che rischierebbe di riprodurre la propria base ideologica nella macchina.

Un simile pericolo sarebbe, però, scongiurato mediante l'assunzione controllata di programmatori e, ad esempio, ricorrendo ad una valutazione preventiva delle conoscenze di chi possa candidarsi alla sua realizzazione oppure al costante monitoraggio dell'andamento dell'attività algoritmica da parte di *team* (costituiti ad *hoc*) e composti da operatori di diritto e informatici di ultima generazione. Così procedendo, infatti, da un lato, il giurista vigilerebbe – anche ricorrendo alla giurisprudenza – che la macchina applichi correttamente i principi di diritto e, dall'altro, l'informatico si limiterebbe a rilevare gli interventi manipolativi, volontari e casuali, prodotti dal programmatore.

In buona sostanza, il vero potere giurisdizionale ricadrebbe sull'intero *team*, che valuterebbe il singolo caso sottoposto alla cognizione dell'algoritmo, anche in base alle istanze evolutive della generalità dei consociati.

⁶¹ In effetti, sono ormai diffusi i dati, soprattutto nei continenti d'oltreoceano, che evidenziano come tali macchine incidano positivamente sulla riduzione del tasso di criminalità. Alcune rilevazioni empiriche, poi, sottolineano l'efficienza algoritmica rispetto all'ausilio che essa fornisce alla decisione giudiziale e recenti studi del 2017, condotti sull'analisi retrospettiva di oltre 758.000 casi di statuizioni in materia di rilascio su cauzione fra il 2008 e il 2013, nel distretto di New York, ha dimostrato come le funzioni algoritmiche riducano l'indice di criminalità del 24.7%, pur mantenendo inalterato il tasso di detenzione. Ciò avrebbe potuto condurre ad una riduzione del 41.9% del tasso di carcerazione, senza per questo incrementare i livelli di criminalità; pur evidenziandosi che l'impostazione algoritmica eretta sul "*constructing unbiased decision counterfactuals*", avrebbe anche ridotto le disparità di trattamento connesse alle origini razziali dei soggetti coinvolti. Così, v. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale e diritto: Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2020.

⁶² Per maggiori approfondimenti, si suggerisce di v. S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, op. cit., p. 201 ss.; C. GERMINARIO, *Oltre la media. La qualità del sistema "giustizia" tra centro e territori*, Tesi, Mimeo, 2015; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007, p. 712 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, Giappichelli, Torino, 2007; J.P. JEAN, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Paris, Dalloz, 2005; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civile*, vol. XIV, 1996; P.G. MONATERI, *I confini della legge*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014.

Pertanto, lo scenario a cui si auspica dovrebbe consentire alla funzione di algoritmica di assumere uno *status* di tipo tutorio e assistenziale al giudice *human being*, senza mai sostituirlo del tutto. Il risultato predittivo, poi, in termini di pericolosità o *recidivism risk*, potrebbe assumere, al più, una *vis* indiziaria e dunque mai probatoria, se non avvalorato da elementi fattuali. In tale ipotesi, si ricorrerebbe all'*automated decision system* per verificare la validità della decisione tramite la valutazione automatizzata dei dati conoscitivi e il rafforzamento del suo corredo motivazionale, conseguendone che il risultato prodotto dall'algoritmo verrebbe meno solo in caso di argomentazioni contrarie e dotate di una forza persuasiva superiore.

Con le modalità appena descritte, il processo penale potrebbe ambire ad un esito ancor più certo dell'*"oltre ogni ragionevole dubbio"*, se confrontato, ad esempio, anche con il risultato di un algoritmo diverso, attribuendo maggior qualità alla statuizione c.d. *'algorithm based'*.

Così ragionando, ebbene, l'opera del giudice *human being* sarebbe sempre fatta salva, specie nei casi in cui si renda necessaria la perizia criminologica, dovendosi sempre tenere a mente che *abilità* tipicamente umane (come il buon senso, le emozioni, la coscienza, la curiosità, e via enumerando)⁶³ non potranno essere mai sostituite da capacità *artificiali* nel perseguimento di una giustizia *giusta*, in luogo di una che sia meramente *esatta*.

6. Dalla teoria alla pratica: i vantaggi della *predictivity*.

In sede giudiziale, come si vedrà analiticamente nei prossimi paragrafi, l'avvento dei sistemi di *AI* potrebbe però dare maggiore ossequio ai principi della ragionevole durata processuale e dell'accuratezza delle decisioni, grazie agli indicatori di *predictivity*⁶⁴ che mirerebbero ad una maggiore affidabilità dei dati che attengono alla pericolosità e alla capacità di recidiva del soggetto.

Giova ribadire che tali valutazioni si avvalgono di *items* in grado di costruire dei veri e propri *patterns*⁶⁵ sulla base del calcolo empirico-statistico e, per questo,

⁶³ Nel dettaglio, v. T. HÜLSTOFF, *Emotionem*, München, 2006; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Etica, op. cit.

⁶⁴ Ex multis, si rinvia a C. CASTELLI, D. PIANA, [Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi](#), cit.; M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità per discutere di "incontrollabile soggettivismo della decisione"*, in *Calcolabilità giuridica*, A. CORLEO (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2017, p. 42 ss.; M. SENOR, *Gli algoritmi predittivi nell'amministrazione della giustizia*, in *La voce dell'agorà*, I, 2017; M. GELTER, M. SIEMS, *Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts*, in *Utrecht Law Review* 8 (2), 88 ss.; P. MILLER, *Governing by Numbers: Why Calculative Practices Matter*, *Social Research* 68 (2), 2001, 379 ss.

⁶⁵ Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar*, in *Diario La Ley*, n. 8773, 2016; S. CORBETT-DAVIES, E. PIERSON, A. FELLER, S. GOEL, [A computer program used for bail and sentencing decision was labeled biased against blacks. It's actually not that clear](#), in *The Washington Post*, 2016; G. GIGERENZER, *Decisiones*

consentirebbero non solo di stimare, in sede cautelare, il grado del *periculum* di reiterazione del reato *ex art. 274, lett. c) c.p.p.* ma anche della pericolosità sociale che richiederebbe l'applicazione della misura di sicurezza di cui all'art. 202 c.p.

Poi, in fase decisoria, il *risk assessment* predittivo determinerebbe, ai fini della dosimetria sanzionatoria, il livello di capacità a delinquere di cui all'art. 133, co. 2 c.p.⁶⁶, oltre ai presupposti per concedere la sospensione condizionale della pena (art. 164, co. 1 c.p.) e le misure alternative alla detenzione, senza dimenticare le misure di prevenzione *ex art. 6 D. Lgs. n. 159/2011*.

L'innovazione, insomma, potrebbe ridurre la frequenza di errori giudiziari (*bias* cognitivi o *fallacies* logiche)⁶⁷ e ogni elemento distorsivo, specie nella valutazione della contraddittorietà di una deposizione testimoniale e dell'attendibilità della persona che la rende. Inoltre, gli *automated decision systems* produrrebbero la statuizione come se fosse la sequenza dei segmenti di un giudizio prognostico favorevole, in relazione al successivo sviluppo dibattimentale, delle risultanze probatorie emerse in udienza preliminare ai fini del rinvio a giudizio⁶⁸.

Ciò premesso, si vedrà ora, a partire dal procedimento cautelare, come tali valutazioni potrebbero trovare attuazione, senza tralasciare le relative criticità.

7. I sistemi di AI e il procedimento cautelare: la valutazione del *periculum*.

È ora opportuno esaminare uno dei profili più criptici che potrebbe un giorno sollevare il ricorso alla *machina sapiens* nell'ambito dell'accertamento di rito penale: la valutazione del *periculum libertatis*, presupposto ai fini dell'applicazione delle misure cautelari. Si tratterà, dunque, di comprendere se sia possibile determinare – ricorrendo all'analisi statistica dei dati raccolti con l'attività di *predictivity* – l'esito ipotetico del procedimento cautelare.

Tale pericolo sarebbe valutato alla stregua di un evento incerto, in quanto derivante da comportamenti sempre diversi e, per questo, poco prevedibili. Per tali ragioni, il metodo preferibile risulta essere ancora una volta statistico, seppure il rischio non corrisponda sempre alla variabile incognita di un'equazione algebrica, come nella

instintivas. La inteligencia del inconsciente, Editorial Ariel, Barcelona, 2008.

⁶⁶ Con riferimento alla commisurazione della pena, si farebbe finalmente fronte alla c.d. '*sentencing disparity*', attraverso la valutazione oggettiva, che ricadrebbe sul giudice macchina, degli indicatori di cui all'art. 133 c.p., che verrebbero così calcolati in modo da produrre un risultato obiettivo.

⁶⁷ I *bias* cognitivi, argomento d'interesse eminentemente psicologico, ai fini socio-cognitivi, si manifestano in presenza di una distorsione di ragionamento condizionata da pregiudizi o pregiudizi che consentono la produzione di errori di valutazione e mancanza di oggettività di giudizio. Le *fallacie* logiche, invece, rientrano negli argomenti filosofici di ordine logico, indicando gli errori di ragionamento che conducono l'argomentatore a violare le regole del corretto confronto assertivo. Così, B. FIAMMELLA, [Intelligenza Artificiale, euristica e bias cognitivi applicati agli algoritmi](#), in *Altalex*, 2020.

⁶⁸ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, *op. cit.*; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, *op. cit.*; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, *op. cit.*; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), *op. cit.*; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, *op. cit.*

scienza medica, in cui la statistica rappresenterà sempre un metodo valido per prevedere le eventuali patologie di un dato bacino di pazienti, senza tuttavia poter di per sé elaborare la diagnosi definitiva del singolo caso.

Nello specifico, ai fini dell'applicazione della misura cautelare, la statistica consentirebbe quindi di stimare, con valori percentuali, le probabilità di realizzazione del pericolo, per quanto ciò trovi conferma solo nella fase esecutiva della pronuncia, qualora abbia prodotto l'evento dannoso o pericoloso⁶⁹. Chiaramente, l'analisi del rischio riscontrabile nella sola osservazione del dato reale non appare sempre semplice da realizzare e, nel paragrafo che segue, si vedrà perché un simile approccio possa rivelarsi così complesso.

7.1. Segue. L'analisi delle singole esigenze cautelari.

Nell'ordinamento italiano, come noto, fra i presupposti applicativi delle misure cautelari rientrano, oltre ai gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p., anche le c.d. *esigenze cautelari*. Infatti, l'art. 274, co. 1, lett. a) c.p.p. stabilisce il pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, nel cui spettro di valutazione rientrano i comportamenti di alterazione, inquinamento o distruzione di tracce di reato o ulteriori elementi probatori. Con l'*automated decision system*, invero, potrebbero essere esaminati gli indici di pericolosità dell'intera condotta *contra ius*, la posizione eventualmente assunta dall'indagato all'interno di un ente pubblico o privato, e i possibili riflessi del suo incarico in capo a terzi, che potrebbero aiutarlo a occultare o distruggere la prova.

Si ritiene che questi fattori possano agevolmente trovare spazio nella programmazione della funzione algoritmica, con il rischio di innescare però degli automatismi valutativi – già oggi diffusi, anche in assenza dei sistemi di AI – che finiscano sempre per applicare la misura cautelare⁷⁰.

Infatti, anche se tutti gli elementi indiziari evidenzino la sussistenza del pericolo, la motivazione del provvedimento applicativo sarà qualitativamente ineccepibile solo quando si apprezzerà l'incidenza del rischio nella realtà materiale, conseguendone che il corretto atteggiamento valutativo dovrebbe anzitutto toccare la fattispecie concreta⁷¹.

⁶⁹ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁷⁰ Sul punto, cfr. B. ALARIE, A. NIBLETT, A.H. YOON, *How Artificial Intelligence will affect the practice of law*, in *University of Toronto Law Journal*, 2017; EPIC.ORG., [Algorithms in the Criminal Justice System](#), 2017; P. BAÑOS, *Así se domina el mundo*, Barcelona, 2017, p. 266 ss.; B. CAVALLONE, *En defensa de la verifobia*, in B. CAVALLONE, M. TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima, 2010, p. 31 ss.; J. CHELLIAH, *Will artificial intelligence usurp white collar jobs?*, in *Human Resource Management International Digest*, 2017; A. GARCÍA SERRANO, *Inteligencia Artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones*, Madrid, 2016.

⁷¹ In argomento, v. TURKE & STRAUSS LLP, [Algorithms and criminal sentencing](#), 2016; A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, op. cit.; J. TASHEA, [Risk-assessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions](#), in *ABA Journal*, 2017; N. STAUNDT, *The Judicial Power of the Purse: how courts fund national defence in time of crisis*, Chicago, 2011.

Questa è senza dubbio la maggior differenza fra il giudice *human being* e quello algoritmico, poiché solo il primo potrebbe valutare il dato fattuale, a dispetto del secondo che limiterebbe la sua indagine alle variabili meramente obiettive.

La seconda esigenza cautelare attiene poi al pericolo di reiterazione del reato, *ex art. 274, co. 1, lett. b) c.p.p.*, spesso dibattuta non solo in ambito giuridico, ma anche dalla dottrina *psicologica*, secondo cui il primo elemento da esaminare risiede nella personalità del soggetto, senza possibilità di incorrere in automatismi. Ebbene, un conto è circoscrivere questo pericolo in capo ad un soggetto già condannato, con probabilità di successo certamente maggiori, perché supportate dagli esiti processuali del primo accertamento, un altro è farlo per chi, ad esempio, non abbia mai commesso episodi criminosi. Pertanto, l'algoritmo entrerebbe in funzione con la formulazione dei quesiti deputati alla formazione dell'*item* e del relativo punteggio identificativo del livello di propensione al crimine⁷². Insomma, come riscontrato con il COMPAS, l'*iter* intrapreso dai sistemi di *predictivity* è ormai iniziato e la prima necessità si rivolge ad impedire che gli indicatori orientino l'attività del giudicante sulla base di una raccolta di dati non del tutto completa ed esaustiva⁷³. Tuttavia, questo non appare l'unico profilo critico, atteso il possibile *deficit* di trasparenza dei meccanismi di funzionamento del giudice algoritmico che, come anticipato, metterebbe in serio pericolo la tutela del diritto di difesa⁷⁴.

⁷² Ciononostante, allo stato attuale, sono molti i *software* ad esser già stati brevettati e diffusi soprattutto in territorio statunitense e, oltre al COMPAS, fra i protocolli o le piattaforme deputate alla previsione del rischio di recidiva come, ad esempio, "Level of Service Inventory-Revised" (LSI-R), "FOTRES", "OASIS", "ODARA 20", e via enumerando. Il COMPAS, come ampiamente illustrato, calcola la percentuale del *recidivism risk* ed è ora in larga parte utilizzato soprattutto per soggetti condannati con sentenza definitiva o sottoposti a misure custodiali. La sua funzione di *predictivity* si fonda su funzioni algoritmiche, create dalla combinazione di dati afferenti alla singola persona che vengono raccolti, su base statistica, e suddivisi in 137 '*items*', fra cui, l'appartenenza ad un sodalizio criminale, il numero di precedenti arresti e condanne, le violazioni del regime detentivo anche se applicato a fini cautelari, l'esistenza di precedenti nelle persone vicine all'interessato, l'uso di alcool o sostanze stupefacenti, la situazione socio-familiare, l'indice di criminalità nel proprio luogo di residenza, il grado di istruzione, lo *status* professionale ed economico-finanziario, la situazione sentimentale o emotiva, i rapporti interpersonali, le capacità di compromesso e rispetto degli impegni presi, il carattere, l'attitudine alla commissione di reati ovvero all'apologia di chi è criminale. Per un'illustrazione più dettagliata di tali strumenti, si rinvia a B. ALARIE, A. NIBLETT, A.H. YOON, *Law in the future*, in *University of Toronto Law Journal*, 2016, p. 423 ss.; N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective*, in *Peer J. Computer*, 2016; O. FUENTES SORIANO, *Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 44, 2018, p. 1 ss.

⁷³ A titolo paradigmatico, si pensi ai soggetti che svolgono la professione di farmacisti, la cui formazione universitaria e l'esperienza derivante dallo svolgimento dell'attività farmaceutica non può ritenersi prodromica alla produzione di sostanze stupefacenti o psicotrope e, tantomeno, all'assunzione e al commercio. In buona sostanza, una possibile correlazione fra i due elementi, nell'ambito dell'analisi statistica, può indubbiamente influenzarne gli esiti.

⁷⁴ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, *op. cit.*; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, *op. cit.*; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, *op. cit.*; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), *op. cit.*; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, *op. cit.*

Sulla scorta di quanto evidenziato a chiare lettere dalla *Supreme Court* del Wisconsin, invero, per ottemperare ai requisiti imposti dal giusto processo, l'accertamento della responsabilità dell'imputato deve fondarsi necessariamente sulle prove, la cui analisi scientifico-statistica attribuirebbe una certezza maggiore anche per l'applicazione della misura cautelare. Una simile valutazione, tuttavia, non sembra scevra di rischi, se si pensa che il COMPAS non sia stato prodotto per emettere risultati in via cautelare o incidentale, ma solamente per stimare il grado del pericolo di reiterazione del reato⁷⁵.

Expressis verbis, ai fini del corretto funzionamento dell'algoritmo, il *recidivism risk* non dovrebbe orientare la statuizione finale in un senso o nell'altro e, in caso di misure afflittive come quella custodiale, ad esempio, la valutazione realizzata dalla macchina sarebbe riprodotta nel *decisum* dell'intero procedimento, non solo di quello cautelare. *Rebus sic stantibus*, non sarebbe quindi sufficiente la mera identificazione percentuale del rischio di recidiva, ma l'intero rilievo penale del fatto commesso e l'individuazione del suo autore.

Sotto il profilo strettamente giuridico, in effetti, l'anticipata elaborazione del giudizio di colpevolezza dell'indagato appare prodromica a valutarne il grado di pericolosità, con il conseguente rischio di minare il diritto alla presunzione di innocenza. Pertanto, il giudice *human being* che valuti il rischio di reiterazione del reato, esprime necessariamente le ragioni a sostegno della sua decisione, a differenza della *machina sapiens* che emetterebbe una statuizione priva di un simile corredo motivazionale, in violazione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo.

Ne deriva dunque che il *software* esaurisca la sua efficacia all'accertamento dei presupposti per una corretta esecuzione del giudicato, posto che l'attività di cognizione della responsabilità penale del soggetto, in relazione al reato perpetrato, sarebbe già intervenuta. Pertanto, il ricorso ad una simile valutazione nell'accertamento delle esigenze cautelari si rivelerebbe un contributo, imperfetto e discriminatorio, del giudicante macchina⁷⁶.

In buona sostanza, l'attitudine alla realizzazione di reati potrebbe essere meglio valutata da uno psicologo, il quale riuscirebbe più facilmente a comprendere se una precisa personalità appartenga al modello di rischio, per quanto la sua eventuale incompatibilità non escluda mai che il soggetto sia pericoloso. Infatti, così ragionando, si valuterebbe ciò che un indagato potenzialmente realizzerà, minando il principio di offensività, rendendo il rito penale un *processo alle intenzioni*.

Infatti, per stimare il *recidivism risk*, il giudice *human being* si avvale da sempre anche delle proprie capacità intuitive, emettendo spesso pronunce non del tutto

⁷⁵ Sul punto, v. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, op. cit.; C. KLINGELE, *The Promises and Perils of Evidence-Based Corrections*, in 91 *Notre Dame L. Rev.*, 2015, p. 537 ss.; M. LITINETSKAIA, *Dangerosité, délinquance et passage à l'acte: psychopathologie et predictivité*, in *Annales Médico-Psychologiques*, 2012, p. 99 ss.

⁷⁶ Per condannare, ad esempio, l'autore di un delitto connotato dalla violenza di genere, non occorre sapere, ad esempio, che lo stesso sia un soggetto che abusa di alcool o abbia ideologie, anche passate, di natura sessista. Ai fini dell'applicazione della misura cautelare, invero, sarebbe esclusivamente necessaria la sussistenza di dati ben precisi che riescano a dimostrare la responsabilità dell'agente per aver commesso violenza, nel caso sottoposto all'attenzione del giudice.

intelligibili in punto di motivazione. Gli strumenti di *AI*, invece, potrebbero impedire l'automatismo della decisione, costruendo gli *standard* di personalità come modelli sociali di diverse tipologie di personalità, in modo da escludere quanti non appartengano ad un preciso canone sociale: i criminali⁷⁷.

Da ultimo, sinteticamente, potrebbe accennarsi all'esigenza cautelare prevista dall'art. 274, co. 1, lett. c) c.p.p., che disciplina il rischio che il soggetto si dia alla fuga per sfuggire al potere dell'autorità.

Rispetto ai precedenti, questo pericolo non sarebbe valutato tramite parametri *esterni* all'individuo, pertanto, generalmente, i primi indicatori consisterebbero soprattutto nell'imminenza di esser sottoposti ad una misura o sanzione che possa comprimere la libertà personale del soggetto, nella disponibilità di risorse che gli consentano la fuga, oltreché in precedenti tentativi.

Tuttavia, nessuno di questi elementi potrebbe dimostrare con certezza che il soggetto si sottrarrà all'accertamento, data la possibile sussistenza di interpretazioni ipoteticamente diverse, se solo si pone mente, ad esempio, al fatto che la disponibilità di mezzi economici assurga ad essere indice della volontà di fuggire, quanto di assicurarsi un difensore altamente qualificato.

Alla luce di tali osservazioni, farebbero quindi eccezione i casi in cui il soggetto *in vinculis* abbia già tentato l'evasione o ne abbia almeno dichiarato l'intenzione, perché, in tutti gli altri, la valutazione delle probabilità non sfuggirebbe all'analisi psicologica della sua personalità. In questa prospettiva, ebbene, si rivelerebbe utile delimitare precise variabili, che stabiliscono un collegamento con i livelli di rischio, prima di comporre un algoritmo che entri in gioco per evitare che il giudice *human being* adotti decisioni automatiche sulla base di elementi del tutto desueti.

8. Artificial Intelligence e decisione: algoritmo o uomo?

Nell'ambito dell'accertamento processuale, il ricorso allo strumento intelligente in fase decisoria appare uno dei profili che incute maggiore timore non solo all'operatore di diritto, ma anche alla generalità dei consociati. Invero, come illustrato, se la sentenza non si intenderà più il prodotto del solo giudice *human being*, ma anche di una macchina che ragioni con metodo statistico, la statuizione rischierebbe di erigersi su variabili meramente empiriche, sempre riproducibili in pronunce che riaffermerebbero ogni volta gli stessi principi di diritto⁷⁸.

⁷⁷ Per concludere, è ben diverso ritenere un soggetto che abusa abitualmente di alcool più propenso alla commissione di fatti di violenza, dal considerarlo, per ciò solo, l'autore della violenza sessuale. Si tratterà invece di analizzare, effettivamente, se il soggetto lo abbia commesso, per consentire al primo indicatore di stimarne le probabilità di reiterazione.

⁷⁸ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

Per tali ragioni, un simile scenario può ancora ritenersi una mera ipotesi e, prima che diventi espressione di diritto positivo, si cercherà di evidenziare con quali modalità e fino a che punto l'*Artificial intelligence* potrebbe contribuire, intervenendo in supporto dell'uomo, nell'esercizio del potere giurisdizionale.

8.1. Il ruolo dell'AI nell'istruzione probatoria.

È ormai chiaro che i *software* di AI lasciano ipotizzare diverse prospettive nell'accertamento della fattispecie di reato, tentando di ricostruire la dinamica criminosa che ha portato alla verifica dell'evento dannoso o pericoloso.

Invero, al momento della valutazione del compendio probatorio, l'obiettivo del giudicante è comprendere se le prove disponibili riescano a corroborare il fatto, muovendosi tramite la formulazione di ipotesi per identificare la motivazione su cui erigere la decisione. Come noto, è proprio dal corredo motivazionale che si desume se le ragioni addotte dal giudicante siano accettabili, anche attraverso l'assegnazione di un preciso valore alla valutazione condivisa da più giudici e che, per questo, dia solidità all'orientamento giurisprudenziale, perché statisticamente avallata da diverse pronunce⁷⁹.

Pertanto, ci si chiede se i sistemi intelligenti possano apportare miglioramenti all'analisi statistica, e la risposta nascerebbe dalla differenziazione valutativa del mezzo probatorio, in relazione, ad esempio, ai c.d. '*standard*' di prova⁸⁰.

Premessa l'inapplicabilità di meccanismi predittivi come il COMPAS – che potrebbero menomare garanzie difensive e altri diritti fondamentali⁸¹ – per accertare la responsabilità penale di un soggetto, si rende necessario spostare il *focus* valutativo al compendio probatorio e si passerà, ora, in rassegna delle diverse attività condotte dalla *machina sapiens*, declinate nei singoli elementi di prova⁸².

⁷⁹ Cfr. P. COMOGGIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Giappichelli, Torino, 2018; S. CORBETT-DAVIES, E. PIERSON, A. FELLER, S. GOEL, A. HUQ, [Algorithmic decision making and the cost of fairness](#), in *Arxiv*, 2017; A. ALVARADO VELLOSO, *La prueba judicial*, Valencia, 2006.

⁸⁰ Sul punto, D. KEHL, P. GUO, S. KESSLER, [Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing](#), in *Responsive Communities*, 2017.

⁸¹ Si consiglia di v. W. SEYMOUR, [Detecting Bias: Does An Algorithm have to be transparent in order to be fair?](#), 2018; L. QUIJANO-SÁNCHEZ, F. LIBERATORE, J. CAMACHO COLLADOS, M. CAMACHO-COLLADOS, *Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police*, in *149 Knowledge-Based Systems*, 2018, p. 155 ss.; S. REDONDO ILLESCAS, A. ANDRÉS PUEYO, *Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia*, in *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, 2007, p. 157 ss.

⁸² v. G. RANALDI, *Processo penale e prova informatica: profili introduttivi*, in *Atti del convegno Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale, Diritto Pubblico Europeo, Rassegna Online*, fasc. 2, 2020; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

8.1.1. La rilevazione delle criticità della prova orale.

In un futuro non troppo lontano, quindi, l'*Artificial Intelligence* potrebbe occuparsi anche dell'istruzione probatoria e, ad oggi, gli studi di valutazione della prova si sono rivolti a discipline non sempre giuridiche, come la psicologia, la sociologia, etc., rendendo difficile che l'attività processuale possa fondarsi solamente su elementi obiettivi, se reperiti dalla raccolta '*assistita*' di uno strumento intelligente.

Soprattutto nella prova orale, è opportuno distinguere, per un diverso livello di efficacia, le deposizioni rese dalle parti processuali rispetto a quelle di altri testi, sebbene l'elemento centrale sia sempre la dichiarazione. In questo campo, l'*automated decision system* potrebbe rivestire un ruolo fondamentale, incidendo sulla variabile più importante della prova orale: la memoria⁸³.

Infatti, se le informazioni sono fornite da un soggetto che non è sufficientemente dotato di questa capacità, l'affidabilità della deposizione diminuirebbe, rendendo le variabili mnemoniche difficilmente oggettivabili anche da parte dell'analisi statistica, poiché la testimonianza avrà sempre una produzione soggettiva. A titolo paradigmatico, basta pensare al ricordo, che apparirà *sfocato* qualora il senso della vista non riesca a identificare chiaramente il fatto, se localizzato ad eccessiva distanza dall'osservatore oppure avvistato per poco tempo o da una prospettiva scarsamente luminosa.

Gli studiosi di psicologia, invero, da tempo si interrogano sulla percezione senso-cognitiva del soggetto a cui viene puntata un'arma, evincendo sorprendentemente che la persona offesa non solo non concentra la propria attenzione sul viso della persona armata rispetto all'arma stessa, ma se l'etnia dell'autore è diversa rispetto a quella del soggetto minacciato, la sua capacità di memorizzare sarà ulteriormente attenuata (il c.d. '*gun effect*')⁸⁴. Infatti, seppur tali osservazioni siano note, non è altrettanto chiara la modalità con cui tali variabili assumano una dimensione scientifica, poiché le valutazioni derivano dal calcolo statistico e, rispetto alla maggioranza dei casi, non possono comunque garantire che si verifichi un evento diverso. Per meglio dire, il *gun effect* non si presenterà, quando il soggetto minacciato dall'arma concentrerà l'attenzione sul proprio aggressore, invece che sull'arma stessa.

⁸³ Per maggiori approfondimenti, si rinvia, *ex multis*, a Z. ALBO, J. GRAFF, [The mysteries of remote memory](#), in *Phil. Trans. R. Soc. B*, 373, 2018, p. 1; S. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Madrid, 2013; M. DIGES JUNCO, *La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos*, in *Jueces para la democracia*, n. 68, 2010, p. 51 ss.; ID., *Los falsos recuerdos. Sugestión y memoria*, Barcelona, 1997; M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. GARGIA SERRANO, *Inteligencia Artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones*, RC Libros, Madrid, 2016.

⁸⁴ In argomento, cfr. M. DIGES, N. PÉREZ MATA, *La prueba de identificación desde la Psicología del testimonio*, in AA. VV. *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la Psicología del testimonio*, Madrid, 2014, p. 36 ss.; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid, 2014, p. 271 ss.; P. EKMAN, *Cómo detectar mentiras*, Planeta Pub Corp, Madrid, 2015; N. GARGIA RIVAS, *La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad*, in *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011, p. 1 ss.; J. IBÁÑEZ PEINADO, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Madrid, 2009.

Pertanto, quando il soggetto osserva un fatto per un tempo determinato, non appare scientificamente comprensibile in che modo il ricordo sia incerto o non del tutto nitido. L'unica certezza sembrerebbe rinvenibile nell'accuratezza del ricordo, inversamente proporzionale al trascorrere del tempo, fattore difficilmente oggettivabile, perché soggettivamente mutevole.

Per tutte queste ragioni, appare impossibile analizzare i singoli fattori che minano l'attendibilità di una precisa dichiarazione e l'utilizzo di variabili numericamente apprezzabili non scongiurerà i rischi di una valutazione scarsamente obiettiva del dato probatorio⁸⁵.

In effetti, non è facile costruire una macchina che raccolga moltissimi dati e li combini sempre senza errore, seppur il primo prototipo di questi sistemi risalga già al 1977, nelle *"Turnbull Guidelines and Mistaken Identification at Criminal Trials"*, antesignane del software *"ADVOKATE"*⁸⁶, deputato alla stima del grado di attendibilità e credibilità del testimone. Segnatamente, questo programma si presenta come un valido strumento di consulenza, progettato dalle Università di *Glasgow Caledonian* e *Edimbourg* unitamente al *Lothian and Borders Police Forensic Laboratory* per la valutazione delle prove oculari da parte di esperti di settore⁸⁷.

Ebbene, la ricerca ha sviluppato strumenti in grado di ricostruire un'intera scena del crimine, identificando anche possibili tracce e soggetti presenti al tempo dei fatti. Gli esiti condotti da questi studi hanno segnato l'approdo ad un importante risultato, consentendo a quasi il 70% delle ricostruzioni eseguite dai sistemi di AI di elaborare l'esatto sviluppo fattuale, individuando correttamente la dinamica criminosa⁸⁸.

Sotto il profilo della valutazione ambientale, quindi, l'*Artificial Intelligence* supererà di gran lunga l'efficienza umana⁸⁹, magari attribuendo al testimone oculare un

⁸⁵ Nello specifico, v. J. KAHN, *Neuroscience, Sincerity and the Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 204 ss.

⁸⁶ Segnatamente, cfr. W.G. HOWELL, F.Z. AHMED, *Voting for the President: the Supreme Court during war*, in *30 J.L. Econ. & Org.*, 2014, p. 39 ss..

⁸⁷ Il sistema studia, con riferimento all'osservatore, l'età e il grado di cognizione psico-fisica, le condizioni di visibilità e l'eventuale rapporto di conoscenza pregressa fra il teste e il soggetto osservato. In relazione a quest'ultimo, invece, sarà stimata la distanza in cui è posto rispetto all'osservatore oculare e la durata dell'osservazione. Per maggiori approfondimenti, si consiglia A. ANDRÉS-PUEYO, K. ARBACH-LUCIONI, S. REDONDO, *The RisCanvi: a new tool for assessing risk for violence in prison and recidivism*, in *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester, 2018, p. 255 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, op. cit.; J. FARRELL, *Humans beat popular algorithm for spotting potential re-offenders*, in *SiliconAngle*, 2018.

⁸⁸ Nel dettaglio, cfr. R. ADDERLEY, J.W. BOND, M. TOWNSLEY, *Predicting Crime Scene Attendance*, in *9 International Journal of Police Science & Management*, 2007, p. 312 ss.; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁸⁹ Ne parlano, ex multis, S. LACOUR, D. PIANA, *Faites entrer les algorithmes! Regards critiques sur les scénarii de la "justice prédictive"*, Cité, 2020; S. ABITEOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Ed. Le Pommier, 2017; F. CONTINI, *La qualità della giustizia: dal conflitto al dialogo*, in D. CAVALLINI, *Argomenti di ordinamento giudiziario*, Bologna, Bononia University Press, 2018, 113 ss.; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, PUF, 2018; N. IRTI,

livello di credibilità che ne impedisca l'eventuale inattendibilità, escludendo informazioni difficilmente riscontrabili sul piano della realtà materiale.

Pertanto, ancora una volta, si rende necessario arginare il rischio che l'algoritmo riproduca i dati raccolti su base statistica, inaccurati o errati, e orienti in modo distorsivo le statistiche. Così facendo, infatti, l'errore non potrebbe cementificarsi e vanificare l'intera valutazione empirico-statistica⁹⁰.

Sotto questo ultimo profilo, poi, le linee guida promosse dagli psicologi della testimonianza hanno spesso sottolineato l'utilità di ricorrere ad indicatori di credibilità delle dichiarazioni: la *coerenza* dei contenuti dichiarati e l'assenza di contraddizioni; il supporto probatorio alla deposizione; la capacità di contestualizzare il dato dichiarato; la narrazione di profili non richiesti o, per così dire, *opportunistici* e *superflui*, atti a rinforzare retoricamente la credibilità di quanto riferito.

Prima di entrare nella funzione algoritmica, tali parametri dovrebbero però essere esaminati dall'uomo, attesa l'impossibilità, per un sistema di *AI*, di rilevare i profili di coerenza della dichiarazione. Invero, vi sono informazioni che *sembrano* meno coerenti solo perché esposte in un certo modo, in ragione di un minimo grado di imprecisione o approssimazione, che anzi alludono ad una dichiarazione spontanea e non costruita *ad hoc*.

Qualora si dia luogo ad un *confronto*, ad esempio, il sistema intelligente eseguirebbe invece l'analisi dei contenuti in modo dettagliato, senza trascurare la valutazione degli elementi più specifici, per cogliere e classificare il dato informativo desunto dalla prova.

I commenti *superflui*, al contrario, sarebbero evincibili grazie ad altri fattori, come il tono con cui la dichiarazione viene resa e la corrispondenza fra la domanda e la risposta, parzialmente oggettivabili dal sistema intelligente, ma è altrettanto frequente che i commenti sorgano dalla deposizione, senza voler significare che il dichiarante stia mentendo. Dunque, ne consegue che questi parametri potranno chiaramente entrare nell'algoritmo, ma resterà sempre difficile per la *machina sapiens* elaborare statistiche e l'unica conclusione possibile deporrà a favore della permanenza del giudice *human being*, assistito – e mai sostituito – dall'*Artificial Intelligence*.

Infatti, il sistema di *AI* potrebbe contribuire, in sede di esame testimoniale o di interrogatorio, nella formulazione delle domande e, oltrepassando la dimensione soggettiva di alcune (come, per esempio, le domande suggestive), la macchina ne comprenderebbe facilmente la neutralità ovvero, in alternativa, evincerebbe se il quesito dia per scontati dati informativi, successivamente esplicitati in modo inconsapevole nella risposta.

Negli ultimi decenni, insomma, la scienza ha compiuto passi considerevoli, ma ciò non consente ancora di poter dimostrare, ad esempio, che una risonanza magnetica funzionale (RMF) od una *Functional Magnetic Resonance Imaging* (fMRI) possano

Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica, in *Calcolabilità giuridica*, A. CARLEO (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2017.

⁹⁰ Cfr. C. CONTRERAS ROJAS, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2015;

assurgere ad effettivi indicatori di dichiarazioni false⁹¹. Pertanto, se in un futuro non troppo lontano, potrà accadere che, in presenza di una dichiarazione menzognera, l'area cerebrale che identifichi l'attività neuronale sia oggettivamente rilevata, la *machina sapiens* diventerà l'indiscussa protagonista della valutazione della prova orale, per quanto nessuna metodica di *imaging* può ancora evidenziare un falso ricordo che, pur menzognero, sia espresso in modo inconsapevole o con la consapevolezza che la propria dichiarazione corrisponda a verità.

8.1.2. Prova documentale e *automation*

Osservazioni diverse potrebbero esser poi mosse con riferimento alla prova documentale, nella cui analisi l'algoritmo ha dato prova di essere un ottimo strumento, grazie alla capacità di ricavarne dati con una velocità inaccessibile all'essere umano. Si tratterà ora di esplorare le modalità dell'esame documentale, passando in rassegna dei due parametri di valutazione.

Del documento, sono anzitutto due i profili a cui l'indagine è rivolta: il *contesto* spazio-temporale in cui è avvenuta la formazione della prova⁹²; la *modalità*, da intendere come l'ambito verso cui lo scritto produce effetti. Infatti, la portata di questi due elementi appare dirimente ai fini della scoperta di possibili vizi, oltre che delle finalità per cui è stato composto, professionali o personali, a sfondo pubblico o privato. Chiaramente, l'accertamento dell'elemento contestuale non appare semplice per l'algoritmo, poiché il suo apporto intelligente si limiterebbe a verificare la compatibilità del documento con la cornice spazio-temporale in cui è emesso. Questa valutazione, tuttavia, sembrerebbe meno impegnativa se realizzata con riferimento alle modalità, in virtù della memorizzazione efficace e tempestiva del *software*, che analizzerebbe le espressioni lessicali più ricorrenti ed evidenzierebbe divergenze e vizi. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al livello di istruzione, statisticamente identificabile dal grado di formazione desumibile dal documento, che metterebbe in luce la paternità del documento attraverso la categoria di soggetti a cui l'autore potrebbe appartenere.

Profili più problematici potrebbero esser sollevati, invece, in relazione al contenuto del documento, attesa la difficoltà del giudice – macchina o *human being* – di comprendere la precisa volontà dell'autore, considerato che l'elemento volitivo umano non presenta un andamento costante al punto da essere inquadrato in precisi schemi. Invero, alla stregua di “Google Translate” od altri traduttori automatici, i sistemi di *AI* avrebbero contezza del contenuto documentale, senza però comprenderne il significato e distinguere se, per esempio, sia espresso seriamente e con toni formali ovvero con

⁹¹ Specificamente, v. I. IBABE EROSTARBE, *Psicologia del testimonio*, Donostia, 2000; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 261 ss.

⁹² P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, op. cit.; D.B. EVANS, *Artificial Intelligence and Document Assembly*, in *16 Law Practice Management*, 1990, p. 18 ss.; NATURE EDITOR, [AI diagnostics need attention](#), in *Nature*, 285, 2018; J. NIEVA-FENOLL, *La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, p. 57 ss.; ID., *La duda en el proceso penal*, Madrid, 2013.

ironia, *ioci causa*. Anche in tal caso, quindi, appare indubbio il miglioramento che l'*automated decision system* possa qualitativamente apportare all'opera ermeneutica, ma l'unica certezza resta l'indubbia insostituibilità del giudice umano⁹³.

8.1.3. Il contributo scientifico alla valutazione della prova peritale.

Se fino ad ora il binomio fra *Artificial Intelligence* e istruttoria sia stato timidamente descritto, un ragionamento molto più assertivo potrebbe invece concernere la prova peritale.

In effetti, allo stato, non appaiono facilmente circoscrivibili le tecnologie computazionali che valuterebbero, in sede processuale, la produzione del consulente tecnico, a partire dal suo *curriculum*.

In questo terreno, segnatamente, lo strumento di *AI* condurrebbe a benefici a dir poco sorprendenti perché l'essere umano, seppur altamente preparato, potrebbe sempre giungere ad un risultato diverso da quello corretto. Pertanto, quando si cerca di comprendere il grado di esperienza del perito dalle sue pubblicazioni scientifiche, il parametro numerico si rivelerebbe un indicatore utile in termini di qualità, anche se l'esegesi meccanica rischierebbe di addivenire lo stesso ad un risultato impreciso, in assenza del consenso dell'intera comunità di esperti⁹⁴.

Come la storia ci insegna, il giudice *human being* riserva alla prova scientifica un'importanza centrale e nella vicenda giudiziaria "*Frye vs. United States*" (1923), in tema di accertamento di un fatto di omicidio, i giudici, infatti, ritennero di rivolgersi alla comunità scientifica – da cui, il principio di *Frye* – per constatare il grado di utilità della misurazione della pressione arteriosa dell'imputato, sistolica e diastolica, allo scopo di indagarne la veridicità delle dichiarazioni. Terminato con l'inammissibilità della prova, in ragione del difetto di consenso reso dalla comunità, il caso è stato poi ripreso dal procedimento "*Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals*" (1993)⁹⁵.

⁹³ V. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

⁹⁴ Basti pensare che, ad oggi, lo strumento innovativo potrebbe agevolare anche l'attività difensiva, posto che il legale si affida spesso ad agenzie che possano meglio valutare, attraverso l'attribuzione di un punteggio, la qualità dell'opera professionale dell'esperto. Specificamente, v. J. NIEVA FENOLL, *Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial*, in AA.VV., *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona, 2017, p. 85 ss.;

⁹⁵ Nel dettaglio, cfr. D.L. FAIGMAN, *The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science*, in 46 UC Davis Law Review, 2013, p. 104 ss.; J. FERRER BELTRÁN, *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention*, inedito, 2018; A. LIBANO BERISTAIN, *Neurociencia y proceso penal*, in *Justicia*, 2015, 246 ss.; S.J. MORSE, *Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience*, in 99 Marquette Law Review, 2015, p. 39 ss.; S. HAACK, *Evidence Matters*, Cambridge, 2014; J. LEAL MEDINA, *El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro*, in *Diario La Ley*, n. 7643, 2011; F. MITCHELL, *The Use of Artificial Intelligence in Digital Forensics: An Introduction*, in 7 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 2010, p. 35 ss.; F.X. SHEN, *Neuroscience, Mental Privacy, and the Law*, in 36

Nella fase istruttoria, stavolta, la persona offesa aveva manifestato alla Corte la necessità di acquisire la consulenza di esperti in possesso di evidenze scientifiche inedite e contrarie a quelle esposte dalla difesa, la quale ricorse proprio allo *standard* di *Frye* per eccepirne l'inammissibilità, poiché prodotte con metodologie nuove e non approvate dalla comunità scientifica. Tuttavia, in quest'occasione la pronuncia depose a favore della prova, soffermandosi persino nell'esplicitazione dei criteri di valutazione, da quel momento noti come criteri *Daubert*: attendibilità; validità; credibilità; *blind per review*; accettabilità; controllo metodologico; affidabilità; validità; validità incrementale; sensitività; specificità⁹⁶.

Questi *standard*, resi positivi dalla *Rule 702* delle "*Federal Rules of Evidence*" (2011)⁹⁷, sono stati ridotti a cinque, come segue:

- 1) la prova peritale è il prodotto del metodo scientifico, empiricamente resistente alla prova contraria;
- 2) l'apporto metodologico deve esser revisionato da esperti diversi e pubblicato;
- 3) il margine di errore è necessariamente conoscibile;
- 4) la tecnica è costantemente monitorata, in termini di rispondenza a parametri *standard*;
- 5) la tecnica e il relativo apporto metodologico sono avallati dalla comunità scientifica.

Ora, non resta che chiedersi se i sistemi di *AI* conferiscano maggiore *scientificità* al dato probatorio che rispetti tali criteri, attraverso l'inserimento degli *standard* nella funzione algoritmica. L'unico limite da considerare consisterebbe nel fatto che l'opinione

Harvard Journal of Law & Public Policy, 2013, p. 656 ss.

⁹⁶ J. NIEVA-FENOLL, in *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit., illustra un'attenta disamina dei succitati criteri, come segue: a) '*attendibilità*', che richiede che la ricerca svolta da un diverso soggetto con le medesime metodologie e nei confronti delle stesse persone, possa produrre risultati analoghi; b) '*validità*', in base alla quale i risultati devono riflettere l'esatto stato delle cose; c) '*generalizzabilità*', che mira a comprendere se gli esiti riscontrati siano applicabili a casi simili; d) '*credibilità*', sulla cui scorta, si vuole comprendere l'affidabilità della procedura e dei risultati; e) '*falsificabilità*', che impone il test della scientificità dei risultati; f) '*blind per review*', che richiede la sottoposizione ad una revisione di ordine critico; g) '*accettabilità*', da intendere come condivisibilità da parte della letteratura scientifica; h) '*controllo metodologico*', che richiede se è possibile conoscere il potenziale di errore; i) '*affidabilità*', che mira a comprendere se la misura sia stabile anche in diversi contesti temporali; j) '*validità*', che indica l'*'accuracy*' dello strumento, corrispondente al grado di esecuzione della misurazione; k) '*validità incrementale*', che valuta l'aumento di affidabilità dell'analisi a seguito dell'ingresso di nuovi elementi informativi rispetto a quelli già noti e considerati su base tradizionale; l) '*sensitività*', che mira a riconoscere l'incidenza dei falsi positivi; m) '*specificità*', che si orienta sulla conoscibilità dei falsi negativi. Sul punto, altresì, v. L.R. FOURNIER, *The Daubert Guidelines: usefulness, utilization, and suggestions for improving quality control*, in *5 Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2016, p. 308 ss.

⁹⁷ In argomento, cfr. V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2011; D. GONZALEZ LAGIER, *Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un efoque argumentativo de la prueba*, 2018; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, CEDAM, Padova, 2002; AA. VV. (a cura di E. NISSAN, A. MARTINO), *The construction of judicial proof: a challenge for artificial intelligence modelling*, in *Applied Artificial Intelligence, Special Issue 18 (3/4)*, 2004, p. 183 ss.

peritale sia applicabile al caso concreto, perché in assenza di lettura competente, il giudice non potrebbe avvalersene in modo puntuale⁹⁸.

Expressis verbis, l'inidoneità della relazione peritale sarebbe rilevata dalla *machina sapiens* nel solo caso in cui le sue conclusioni siano rigettate dalla comunità degli esperti. Errori di calcolo, sproporzioni nelle tecniche di misurazione o risultati non compatibili alla valutazione peritale consentirebbero all'*automated decision system*, ancora una volta, di qualificare l'opera del giudicante *human being*, arrestando la portata della rivoluzione copernicana avviata con la pronuncia *Daubert*.

8.2. Lo strumento di AI come alternativa alla motivazione.

Una volta illustrato l'apporto delle nuove intelligenze all'istruzione dibattimentale, è ora opportuno focalizzare l'attenzione sulla fase decisoria, per comprendere in che modo il giudice *human being* possa ricorrere all'*Artificial Intelligence* nella redazione del tessuto motivazionale.

In buona sostanza, si tratta di verificare l'*affidabilità* del contributo algoritmico e se sia possibile limitare la funzionalità della motivazione alle sole questioni di competenza umana. Invero, se il corredo faccia espresso riferimento alla prova attraverso i dati elaborati dallo strumento di *AI*, la pronuncia troverebbe approvazione anche sul fronte scientifico, conducendo la strategia difensiva a contestare l'opportunità di avvalersi dell'algoritmo nella fattispecie concreta.

Sembrerebbe però che questo meccanismo richieda molti sacrifici, sebbene consenta la drastica limitazione dell'intrinseca soggettività che, da sempre, connota le statuizioni giudiziarie, a causa dell'imprescindibile componente umana. In un simile scenario, potrebbe anche succedere che il nuovo procedimento penale si arresti alla fase dell'istruzione probatoria, che rivestirebbe un'importanza preminente, attesa la valutazione preliminare che il *software* eseguirebbe già a partire dalle richieste istruttorie, anticipandone l'esito processuale.

Ed è per tali ragioni che l'udienza preliminare, alla stregua del '*summary judgement*' statunitense, assumerebbe ancor più rilievo, *automatizzando* l'attività di ammissione probatoria in modo meccanico. Ciò, ad esempio, impedirebbe quel che abitualmente si verifica con l'eccessiva formulazione di richieste istruttorie, spesso in esubero rispetto a quanto sia utile acquisire ai fini della decisione⁹⁹. Ciononostante, il

⁹⁸ v. P. MORO, *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, Padova University Press, vol. 5, 2019, p. 24 ss.; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Etica, op. cit.

⁹⁹ In argomento, v. G. RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. Pen.*, vol. 3, 2019; D. PIANA, *Justice et intelligence artificielle dans le périmètre de la soft law Européenne*, in *Cahiers de la Justice*, 2019, 2; ID., L. VERZELLONI, *Intelligenze e garanzie. Quale governance della conoscenza della giustizia digitale?*, in *Quaderni di Scienza Politica*, 3, 2019, p. 349 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Diritto Civile*, I, 2018, p. 1 ss.; L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, *Presentazione di F. Bellomo*,

rischio maggiore si presenterebbe quando lo strumento di *AI* ecceda in senso contrario, ammettendo un numero tanto limitato di prove da non poter emettere una sentenza di condanna che superi ogni ragionevole dubbio¹⁰⁰.

Alla luce di tali considerazioni, si dovrebbe dunque auspicare ad un intervento del legislatore, che modifichi l'ammissione probatoria in considerazione del progresso tecnologico, i cui effetti si ripercuoterebbero nella decisione e, precisamente, nella motivazione¹⁰¹.

Senza dubbio, l'illustrazione dei motivi che hanno permesso l'emissione della condanna o del proscioglimento non potrà mai venire meno senza pregiudicarne un'eventuale impugnazione, utile ad evidenziare l'inesattezza della valutazione algoritmica e adeguarne il funzionamento, più che riformare la sentenza nel merito.

Una portata diversa della motivazione si avrebbe invece nel caso in cui siano applicati gli *standard* probatori, come quello del sopracitato "oltre ogni ragionevole dubbio". L'utilizzo di questo criterio, per la *machina sapiens*, sarebbe stato più semplice con le risalenti 'probationes plena et semiplena', rispettivamente riferibili agli elementi probatori e indiziari, sommati fra loro per determinare aritmeticamente la parte soccombente della controversia, ma nel sistema attuale, caratterizzato dalla discrezionalità e dal libero convincimento del giudicante, si è invece registrato il passaggio ai canoni della razionalità e dell'intuizione, *standard* inequivocabilmente soggettivi¹⁰².

Milano, 2017; J. WALDRON, *Stare decisis and the rule of law. A Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 111 ss.

¹⁰⁰ Ed è per tali ragioni che è necessario andare oltre rispetto a quanto è accaduto in relazione al caso Loomis e determinare, su base necessariamente aprioristica, i criteri di suddivisione di intervento fra il giudice *human being* e quello algoritmico, interpretando – in ipotesi di prova peritale – il parere del consulente attraverso il canone della soggettività, nonostante l'inserimento dei criteri *Daubert* nella funzione algoritmica. Anche la valutazione della presunzione di innocenza appare necessaria, al fine di impedire che il giudice subisca l'influenza del pregiudizio sociale di colpevolezza dell'imputato. Ebbene, prima di approdare al criterio 'standard' di condanna, in assenza di dubbi tipici per qualsiasi individuo comunemente dotato di ragionevolezza, la regola risale alla c.d. 'plenissima probatio' dell'età medioevale, che richiedeva il superamento di una precisa soglia di colpevolezza. Se si volesse esprimere in termini quantitativi il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", si potrebbe assumere come riferimento il parametro statunitense, con una soglia di colpevolezza pari al 90% e, affinché sia introdotto nell'algoritmo, è richiesto un accertamento del tutto lontano dall'intuizione del giudicante. Diversamente, invero, il *software* intelligente potrebbe definire un indicatore di criteri di qualità, obiettivamente determinati, e proporre scenari connotati da un riscontro tanto elevato che il giudice uomo non potrebbe mai raggiungere. Nel dettaglio, v. C. VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, 2015; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Madrid, 2014; M. TARUFFO, *Prova scientifica e giustizia civile*, in AA. VV., *Giurisprudenza e scienza*, Roma, 2017, p. 241 ss.; ID., *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in 6 *Artificial Intelligence and Law*, 1998, p. 311 ss.; J.Q. EHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, New Haven, London, 2005.

¹⁰¹ Cfr. T.J. ALISTE SANTOS, *Relevancia del concepto canónico de "certeza moral" para la motivación judicial de la "quaestio facti" en el proceso civil*, in *Ius ecclesiae*, vol. 22, 2010, p. 667 ss.; AA. VV. (a cura di G. SARTOR, K. BRANTING), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, Kluwer Academic Publishers, 2010.

¹⁰² v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

In argomento, rilevarebbe una probabilità ‘induttiva’ che, anelando all’oggettività, giungerebbe al risultato solo dopo aver stimato l’impraticabilità dell’ipotesi contraria. L’unico limite risiederebbe nella circostanza secondo cui solo un soggetto potrebbe *scartare* l’ipotesi contraria e interferire nella probabilità, poiché è solo grazie al metro di giudizio *umano* che si potrebbe comprendere se una versione alternativa a quella considerata assuma rilievo ai fini della decisione¹⁰³. *Rebus sic stantibus*, non sembra opportuno programmare il *software* per il suo contributo decisorio, posto che, guidato dalla statistica, il sistema intelligente rischierebbe la ripetizione dell’errore, solo per l’alta probabilità (e non certezza) che questo trovi verifica nella realtà.

Sarebbe preferibile, allora, far leva su indicatori diversi, che possano meccanicamente mettere in luce la diversità degli scenari che includeranno l’intero compendio probatorio disponibile o, in alternativa, la necessità di reperire ulteriori prove. A titolo paradigmatico, sembra utile citare “*STEVIE*” e “*ALIBI*”, applicazioni in grado di proporre ipotesi che racchiudono statisticamente ogni evidenza probatoria raccolta in sede investigativa, consentendo la formulazione delle possibili strategie processuali¹⁰⁴.

Ne deriva, insomma, che il ricorso agli *standard* di prova nell’attività non solo costituirebbe il punto di partenza per la creazione dei sistemi di *AI*, ma configurerebbe altresì scenari alternativi, che diano tempestivo riscontro alla sufficienza dei dati per la risoluzione della questione, suffragati da leggi scientifiche o massime di esperienza.

¹⁰³ Si rende opportuno sottolineare, in proposito, che il giurista spagnolo Jordi Ferrer Beltrán ha tentato, nell’ambito degli studi condotti con l’*Universitat de Girona*, una configurazione, maggiormente improntata ai canoni dell’oggettività, dei ‘*gradi*’ di emissione della condanna, grazie all’elaborazione di sei *standard*, che escludessero l’intrinseca soggettività della valutazione di plausibilità in relazione ad una precisa circostanza. L’innovatività di questo apporto metodologico, invero, può erigersi sull’analisi descrittiva del risultato finale dell’accertamento processuale, che caratterizza ogni *grado* di convincimento in termini obiettivi, con una disamina analitica delle questioni che il giudicante deve affrontare prima di emettere la pronuncia. Perseguendo tale prospettiva, poi, si perverrebbe ad un preciso *scenario*, la cui certezza è misurabile sulla scorta delle evidenze informative che possano supportarne l’ipotetica formulazione, al pari di un diverso *pattern*, che consenta ad ogni elemento probatorio acquisito di assumere coerenza, senza esser confutato neanche indirettamente, purché in assenza di ipotesi contrarie o alternative. Tuttavia, affinché il *pattern* sia verificato al di là di ogni ragionevole dubbio, è doveroso riconoscere che sia comunque caratterizzato da un livello minimo di soggettività, anche in virtù degli *standard* elaborati, altrimenti sarebbe impedita la valutazione dell’affidabilità e della rilevanza dei dati informativi di cui si ha disponibilità. Ne consegue, quindi, che l’unica via attualmente possibile consisterebbe nell’applicazione di queste regole, senza però addivenire ad un risultato interpretativo obiettivo in termini assoluti. Sul punto, pertanto, si rinvia a J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, op. cit.; M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 2004.

¹⁰⁴ Nello specifico, v. S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rev. italo-española derecho procesal*, 2, 2018, p. 12 ss.; N. SCURICH, *The case against categorical risk estimates*, in *Behavioral Science Law*, 2018, p. 1 ss.; M.O. FINKELSTEIN, *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York, 2009; ID., W.B. FAIRLEY, *A Bayesian Approach to identification evidence*, in 83 *Harvard Law Review*, 1970, p. 489 ss.

Giova ribadire, quindi, che la macchina, specie in fase decisoria, non potrà mai supplire al ruolo del giudice *human being*, dotato di equità, discrezionalità e buon senso, elementi imprescindibili che consentiranno a quest'ultimo di impostare l'algoritmo in proporzione al singolo caso posto dinanzi alla sua cognizione, intervenendo sugli *standard* di valutazione e memorizzazione del sistema intelligente.

8.3. I profili argomentativi della statuizione algoritmica.

Sotto il profilo dell'argomentazione giuridica, poi, già da alcuni anni, sono in commercio dei *software* in grado di guidare l'addetto ai lavori nelle tecniche argomentative anche grazie all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali che sistemi come "ROSS Intelligence" riescono ad eseguire in tempi sempre più ridotti. L'applicazione, spesso considerata il primo avvocato *robot*, si avvale della piattaforma "IBM's Watson Debater", deputata alla ricerca giuridica nel settore dei fallimenti e delle procedure concorsuali, ed è in grado di riconoscere il linguaggio delle persone e reperire anche documenti¹⁰⁵, a differenza del suo *competitor* "JURIMETRÍA" che mediante indicatori grafico-interattivi realizza ricerche giurisprudenziali per scegliere la migliore strategia processuale, analizzando milioni di decisioni giudiziarie¹⁰⁶.

Da qui il quesito: l'*Artificial Intelligence* riuscirebbe ad offrire il suo supporto nell'elaborazione delle argomentazioni che costituiscono, di fatto, meri esercizi di persuasione? In questo modo, il sistema intelligente darebbe avvio al ragionamento sussuntivo, risalendo dal reato commesso alla fattispecie astratta sulla base degli elementi probatori che ha a disposizione¹⁰⁷.

Pertanto, queste tecnologie non saranno solo meri *suggeritori* che attribuiscono un valore numerico alle circostanze perché, altrimenti, il ricorso ai parametri e alle statistiche determinerebbe uno stato di automatizzazione della sentenza¹⁰⁸, in cui la

¹⁰⁵ Celebre versione giuridica della piattaforma informatico-cognitiva IBM, ROSS è un sistema applicativo operativo in territorio canadese, fra i maggiori centri del pianeta deputato allo studio e allo sviluppo di sistemi di *Artificial Intelligence*. Nonostante l'applicazione, infatti, sia il prodotto della *combine* di elementi forniti da Watson, il *core* risiede nel *framework* di AI, noto come "Legal Cortex".

¹⁰⁶ v. J.O. MCGINNIS, R.G. PEARCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in 82 *Fordham L. Rev.*, 2014; M. CHIN, *An AI just beat top lawyers at their own game*, in *Mashable*, 2018, cit.; per un approccio dottrinale tanto autorevole quanto consolidato, si consiglia V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà della giurisprudenza all'unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1576 ss.

¹⁰⁷ Le modalità di funzionamento del sistema tecnologico non apparirebbero del tutto semplici, atteso che il giudice accerta la sussistenza del fatto di reato anche valutandone il contesto sociale e le circostanze spazio-temporali in cui sarebbe stato perpetrato. Tali valutazioni, tuttavia, sarebbero escluse dalla valutazione algoritmica e dal suo contributo in sede decisoria, ad eccezione dei casi in cui il *software* limiti la sua operatività nella stima, in modo meccanico, di variabili che ridurrebbero l'analisi giuridica ad un ragionamento meramente matematico. Cfr. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, op. cit.

¹⁰⁸ Cfr. M. SPIELKAMP, *Inspecting Algorithms for Bias*, in *MIT Technology Review*, 2017; M. TARUFFO, *Statistics: notes about statistical evidence*, in AA. VV., *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*, São Paulo, 2018, p. 509 ss.; D. Walton, *Goal-based reasoning for argumentation*, New York, 2015, p. 72 ss.

percezione soggettiva e il sentimento sociale non assumerebbero il benché minimo rilievo.

Anche qui, non poche preoccupazioni scaturirebbero dalla circostanza secondo cui sarà l'algoritmo ad occuparsi della redazione del tessuto motivazionale, senza che altri possano metterne in discussione l'operato.

Pertanto, ci si domanda se, prima o poi, la motivazione scomparirà dal nostro ordinamento, nel caso sia sufficiente accettare la decisione proposta dal programma intelligente, in presenza di un algoritmo correttamente programmato e senza che nessuno ne metta in discussione il funzionamento. In tali circostanze, infatti, lo strumento di *AI* produrrebbe un modello di motivazione, da integrare successivamente con gli elementi del caso di specie, formulato e selezionato all'interno di un *data base* di motivazioni, classificate a seconda della singola questione giuridica.

Ciononostante, nei casi di attività devoluta ad un sistema che pubblichi i meccanismi del suo funzionamento, ciò potrebbe cambiare e la motivazione potrebbe anche non servire più. Insomma, il processo di semplificazione e digitalizzazione della giustizia è già iniziato, ma appare chiaro come questo, prima di rivolgere il proprio *focus* alla fase decisoria, rifletterà i suoi effetti nell'esercizio della funzione amministrativa¹⁰⁹.

Inoltre, l'utilizzo dei sistemi di *AI* potrebbe intervenire anche nella valutazione della *res iudicata*, eseguendo l'analisi comparativa del provvedimento giudiziario già adottato per confrontarla con un altro che non sia ancora stato emesso. Come spesso ribadito, invero, l'*Artificial Intelligence* è dotato di abilità sovrumane tali da consentirgli di identificare con anticipo le decisioni da rinnovare in un procedimento non ancora definito.

Eppure, non tutti gli accertamenti avranno uno sviluppo analogo e, anzi, sembra piuttosto raro che ciò si verifichi¹¹⁰. Sarebbe opportuno, dunque, considerare le sole sentenze effettivamente coincidenti, consentendo all'operatore di diritto di escludere quelle che difettano degli elementi ricorrenti. Così, lo strumento di *AI* valuterebbe tempestivamente – attingendo al dato statistico – non solo i profili decisorii, ma anche quelli argomentativi, impliciti ed espliciti.

Se, invece, con le nuove tecnologie si volessero evidenziare gli elementi comuni a due processi pendenti, l'utilizzo della *machina sapiens* apporterebbe benefici anche alla valutazione dei presupposti di connessione, evidenziando una possibile riunione processuale, di cui agli artt. 17 e ss. c.p.p., in caso di procedimenti connessi *ex art.* 12 c.p.p. In questo modo, invero, si scongiurerebbe ancora una volta il rischio di pronunce

¹⁰⁹ v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

¹¹⁰ In effetti, non è infrequente che si verifichi un'assenza di rilevazione, da parte del giudicante, dell'esistenza della cosa giudicata, nei casi in cui tale valutazione sia necessaria. Tuttavia, può anche accadere, diversamente, che una simile attività rilevi l'esistenza del giudicato quando l'accertamento pendente non abbia ancora trovato risoluzione, pur essendo apparentemente simile, ma intrinsecamente diverso.

contrastanti per fatti analoghi, elemento non certo meno importante rispetto all'economia processuale.

9. Il processo decisionale fra *mens umana* e *mens robotica*: l'approccio euristico.

Avendo dunque compreso il contributo tangibile, in termini di efficacia e utilità, che il giudice macchina apporterebbe al rito penale, è ora possibile evidenziare i profili di insostituibilità del giudice *human being* e i fattori che, se inseriti nell'algoritmo, renderebbero i due diversi giudicanti perfettamente equivalenti. Chiaramente, quest'analisi percorre un sentiero esclusivamente *astratto*, difficilmente praticabile – allo stato attuale – ma non certo impossibile, se si considerano gli incredibili progressi raggiunti in campo scientifico.

Infatti, è fatto notorio che l'essere umano risponda a degli stimoli che una macchina non potrebbe *sentire*, come la stanchezza, la distrazione, la noia e, in poche parole, gli stati emozionali. A onor del vero, anche l'uomo potrebbe comportarsi in modo molto più *automatico* di quanto non si creda, se solo si pensa ai *post* continuamente pubblicati nelle *bachecche* delle piattaforme *social*. Infatti, tutto ciò che nel *web* viene reso pubblico può influenzare – da qui, il nuovo termine '*influencer*' – il comportamento dei consociati, al punto da farne scaturire, in capo all'individuo, effetti prevedibili.

È da questi presupposti che è nata la *scienza euristica* o, per meglio dire, l'*approccio euristico*¹¹¹.

Storicamente, invero, questa metodologia è stata da sempre malintesa, perché ritenuta alla stregua di una scienza in grado di offrire giustificazione alle scoperte empiriche, ma altro non è che un ramo della gnoseologia e dell'epistemologia scientifica. Segnatamente, il metodo euristico tenta di dare risoluzione a problemi senza percorrere uno specifico *iter*, ma si avvale dell'intuizione e della temporaneità delle circostanze, generando così nuovi elementi conoscitivi. Applicando l'euristica ad una teoria, si metterebbero così in luce dei percorsi alternativi che attribuirebbero alla legge scientifica il carattere della *progressività*, consentendo quindi la stima preventiva di eventi nuovi, dapprima del tutto ignoti¹¹².

Da qui l'interrogativo: questo approccio, con l'*Artificial Intelligence*, potrebbe investire anche l'area giuridica dell'accertamento processuale? La risposta migliore, per il momento, perverrebbe dalla psicologia cognitiva¹¹³. Gli studiosi di questa materia,

¹¹¹ In argomento, cfr. J. ZELENKOW, *Can Artificial Intelligence and online dispute resolution enhance efficiency and effectiveness in Courts*, in *op. cit.*, p. 35 ss.; D. BEN-ARI, Y. FRISH, A. LAZOVSKI, U. ELDAN, D. GREENBAUM, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: an analysis and proof of concept experiment*, in 23 *Richmond Journal of Law and Technology*, 2017, p. 35 ss.; D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982; J. NIEVA-FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, 2007.

¹¹² v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, *op. cit.*; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, *op. cit.*; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, *op. cit.*; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), *op. cit.*; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, *op. cit.*

¹¹³ Cfr. S. REDONDO ILLESCAS, A. ANDRÉS PUEYO, *La Psicología de la delinquencia*, in *Papeles del psicólogo: revista*

infatti, ritengono che molti esseri umani prendano le loro decisioni sulla scorta di principi del tutto generali, rendendo possibile la previsione di un *trend*. Stando così le cose, dunque, sembra ora possibile formulare il quesito in questi termini: un sistema di AI potrebbe ragionare in modo euristico? E, in caso affermativo, in che modo?

9.1. La componente psicologica della *machina sapiens*.

Prima di tentare una risposta, la prospettiva di osservazione dovrebbe focalizzarsi sulle valutazioni condotte dal giudice *human being*. In argomento, è utile ribadire l'ordine di idee secondo cui molti giudici spesso si pronunciano in modo automatico, non solo a causa del rispetto della ragionevole durata del processo e – dato l'ingente sovraccarico dei Tribunali – dell'economia processuale, ma anche per motivi personali o ideologici. Per tutte queste ragioni, insomma, il tempo che il giudicante può dedicare ad una specifica questione appare, allo stato, indubbiamente limitato.

Ed è qui che l'approccio euristico potrebbe rivelarsi utile, se applicato al settore della *cyber justice*, perché sarebbe inteso alla stregua di un calcolo statistico in cui predomina però l'elemento dell'intuizione, scaturita, ad esempio, dalla ripetitività delle questioni sottoposte al giudice.

Tuttavia, in un simile scenario, i casi concreti incorrerebbero nel rischio del c.d. '*argomento per generalizzazione*', che si avvale del ragionamento induttivo laddove i fatti da accertare siano incardinati in schemi tanto rigidi da trascurare l'indagine di elementi più specifici. Per impedire tale effetto, si rende quindi opportuno passare in rassegna delle diverse connotazioni assunte da questa particolare metodologia.

L'euristica della '*rappresentatività*', in primo luogo, si riferisce al meccanismo intrinseco dell'individuo che, nel tempo in cui deve prendere una decisione, ricorda circostanze che ha precedentemente vissuto e il contesto in cui l'ha presa. In ambito giudiziale, infatti, il giudice ben potrebbe ricordare casi simili che ha già affrontato e tenerli in considerazione per emettere una nuova pronuncia¹¹⁴. Invero, il ricorso all'analisi della casistica è reso possibile dallo studio degli orientamenti giurisprudenziali, che il giudice ben può ricercare mediante il sistema di AI, inserendo la norma giuridica applicabile ovvero la parola chiave afferente all'elemento di fatto. In tal modo, però, la macchina non ragionerebbe solo in modo euristico-rappresentativo, ma anche statistico, per impedire il rischio di una scelta sbagliata, perché fondata su dati

del Colegio Oficial de Psicólogos, 2007, p. 147 ss.; M. PÉREZ RAMÍREZ, S. REDONDO ILLESCAS, M. MARTÍNEZ GARCÍA, C. GARCÍA FORERO, A. ANDRÉES PUEYO, *Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, in *Psicothema*, 2008, p. 205 ss.

¹¹⁴ Sul punto, v. D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *On the Study of Statistical Intuitions*, in *11 Cognition*, 1982, p. 123 ss.; D.G. MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. G. SOLANA, *Intuition: its power and perils*, New Haven-Londres, 2002, Barcelona, 2003, pp. 15 e 16; R.M. HOGARTH, *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, Barcelona, 2002, p. 30 ss.; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Subjective Probability: a judgment of representativeness*, in D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, P. SLOVIC (a cura di), *Judgment Under Uncertainty, op. cit.*, p. 33 ss.

inusuali e condizionanti, a cui il giudicante rimedierebbe solo mediante una corretta riprogrammazione del sistema.

L'euristica dell'*'accessibilità'*, invece, rimanda alla stima delle probabilità che un evento si verifichi, in proporzione a quanto il soggetto possa ricordarlo, facendo leva sulla propria capacità mnemonica per recuperare ciò che si ritiene possa verificarsi frequentemente¹¹⁵. Qui, l'unico rischio poggia sull'illusorietà del collegamento ipotizzato nel processo di associazione mentale e, in sede processuale, gli errori potrebbero aumentare se il giudicante, ad esempio, non abbia applicato la misura custodiale per impedire la reiterazione del crimine, successivamente verificatasi. In tal caso, ebbene, il giudice *human being* sarà più predisposto ad avvalersi della carcerazione preventiva nel caso susseguente e analogo, rispetto alla *machina sapiens* che, in quanto scevra di preconetti dipendenti da variabili emotive, per decidere, può sempre scegliere di non utilizzare il ricordo.

Accade frequentemente, inoltre, che si ricorra all'euristica spesso definita *'dell'ancoraggio'* o *'dell'aggiustamento'*, che procede mediante semplificazioni della realtà, elaborando un'opinione personale sin dal primo momento in cui si abbia conoscenza di un preciso fatto. Ciò determina il consolidamento del pregiudizio, che influenza il giudice nell'interpretazione e memorizzazione di dati in modo parziale e distorto, reinterprestandoli secondo la propria idea¹¹⁶. Il pregiudizio, che si presenta come un vizio, è chiamato *'bias di conferma'*, del tutto assente nell'*Artificial Intelligence*, che tenderà sempre all'ancoraggio e all'aggiustamento in base alla propria programmazione. Insomma, il comportamento della macchina mirerà sempre alla conservazione della scelta che, *ab initio* è considerata migliore. Così, questa rischierebbe ancora una volta di elaborare i medesimi dati informativi, mettendo in discussione tale euristica, posto che, da una parte, sarà difficile modificare l'idea della macchina con dati analoghi e, dall'altra, in presenza di nuove informazioni, il risultato sarà difforme con un grado di probabilità pari al 100%.

Infine, la *cyber justice* potrebbe considerare l'euristica *'affettiva'*, ricorrente nello studio di comportamenti economici devianti rispetto ai dettami della teoria dell'utilità, secondo cui gli agenti economici attribuiscono maggior valore ai beni in loro possesso rispetto a quelli in commercio, formulando un giudizio falsato dalla componente

¹¹⁵ Segnatamente, v. D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, P. SLOVIC (a cura di), *Judgment Under Uncertainty*, op. cit., p. 5 ss.; A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Availability: a heuristic for judging frequency and probability*, in *Judgment Under Uncertainty*, op. cit., p. 163 ss.; P. POLLARD, *Human Reasoning: some possible effects of availability*, in 12 *Cognition*, 1982, p. 65 ss.; A. LOCKSLEY, C. STANGOR, *Why versus how often: casual reasoning and the incidence of judgemental bias*, in 22 *Journal of Experimental Social Psychology*, 1984, p. 471 ss.; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Extensional vs Intuitive Reasoning: the conjunction fallacy in probability judgement*, in 90 *Psychological Review*, 1983, p. 293 ss.

¹¹⁶ In proposito, cfr. F. FARIÑA, M. NOVO, R. ARCE, *Heurístico de Anclaje en las decisiones judiciales*, in *Psycothema*, n. 14, 2002, p. 39 ss.; M. J., SACKS, R. F. KIDD, *Human Information Processing and Adjudication and adjudication: trial by heuristics*, in H.R. ARKES, K.R. HAMMOND (EDS.), *Judgment and decision making: an interdisciplinary reader*, Cambridge University Press, 1986, p. 229 ss.; E. GARRIDO MARTÍN, C. HERRERO ALONSO, *Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: hypothesis of the theory of anchoring by Tversky and Kahneman*; I. DE LA FUENTE, A. ORTEGA, I. MARTÍN, H. TRUJILLO, *Formal Pattern in Jury Decision Making*, entrambi in REDONDO, GARRIDO, PÉREZ, BARBERET, *Advancing in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, rispettivamente, p. 215 ss. e 199 ss.

emozionale. Questo approccio, nell'ambito dell'accertamento processuale automatizzato, sembrerebbe determinante in punto di applicazione della misura cautelare o di valutazione della prova testimoniale, poiché la funzione algoritmica sarebbe programmata per evidenziare il comportamento grazie ai segnali captati dalla macchina (il tono della voce, la mimica facciale, la reazione emotiva ad una determinata affermazione o negazione). Infatti, dato che la suggestione emotiva deriva quasi sempre da una precisa gestualità, il *software* potrebbe quindi riconoscerla, ovvero essere programmato per non riconoscerla affatto, a differenza di quanto rientrerebbe nelle possibilità del giudice *human being*.

9.2. Riflessioni conclusive: algoritmo ed emozioni, una sintesi dialettica.

Atteso quindi che la psicologia semplificherebbe, attraverso l'euristica, il raggiungimento della decisione del sistema algoritmico, si tratta ora, finalmente, di comprendere se la macchina riesca a riprodurre l'emozionalità dell'uomo, completando l'umanizzazione del processo cognitivo che condurrebbe alla pronuncia.

Con il termine '*emozione*', infatti, ci si riferisce allo stato mentale e fisiologico che nasce in associazione a modificazioni psicologiche, derivanti da *input* interni o esterni ed erette sulla considerazione scientifica della sopravvivenza, quale reazione dell'individuo ad un'elaborazione cosciente.

Nell'ambito dell'accertamento processuale, invero, il giudice *human being* può essere continuamente influenzato dal proprio stato emozionale ed è per questo che l'ordinamento si avvale di strumenti come la riconsueta, che limitano la presenza di sentimenti nel giudice *human being*, per impedire ogni impulso di affetto, vicinanza, odio, etc. rispetto alle parti processuali¹¹⁷.

Grazie all'avvento degli *automated decision system*, tali rischi sembrerebbero scongiurati, perché la macchina agirebbe in modo tanto veloce da relegare l'aspetto emozionale alla valutazione dei sentimenti di consenso o dissenso sociale, anche per comprendere se la statuizione sia percepita come *giusta*. Nel caso in cui, dunque, si introducesse lo *standard* del bene comune nell'algoritmo, il *software* di AI agirebbe persino con empatia, evitando decisioni sfavorevoli per la collettività dei consociati e, soprattutto, avvicinando ancor più la macchina al ragionamento dell'essere umano.

L'inserimento di profili psicologici nell'*Artificial Intelligence* ben potrebbe agevolare anche l'analisi statistica che, per quanto suggestiva, si avvale sempre di un approccio probabilistico, difficilmente elevato al grado della certezza, se si apprezza esclusivamente il *trend* del provvedimento giudiziario.

¹¹⁷ v. M. PICCOLINO, *Il processo automatico: l'intelligenza artificiale nel giudizio penale*, in #Iagoves2020, 2020; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, op. cit.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, op. cit.; G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali*, op. cit.; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, G. DONZELLI, A. TURANO, F. RODI, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali*, G. ALPA (a cura di), op. cit.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale, Etica*, op. cit.

È proprio per tali ragioni, quindi, che sembrerebbe prediligersi il ricorso all'euristica, perché il sistema di *AI* elaborerebbe i singoli frammenti utili per ricostruire il fatto e indagarne la compatibilità con la disciplina normativa più applicata, combinandolo alla valutazione delle deduzioni delle parti, senza trascurare nulla. L'aspetto più complesso, insomma, risiederebbe nella sola componente emozionale, difficilmente replicabile dal *software*, rendendo chiaramente più tortuoso il sentiero verso la *cyber justice*, ma anche più puntuale la decisione, combinando saperi del tutto eterogenei: diritto, scienza, etica, statistica, psicologia, euristica¹¹⁸.

In conclusione, fra i numerosi quesiti sollevati resta da capire se la *machina sapiens* preveda la decisione del giudice *human being* al punto da replicarne l'azione decisoria.

Secondo Posner, si dovrebbero dapprima esplorare l'interpretazione letterale del testo normativo, oltre all'ideologia e all'eventuale influenza dei pubblici poteri, alla composizione dell'organo, all'attenzione verso l'economia e la società, per poi prefigurare un *pattern* di giudizio, a seconda del giudicante¹¹⁹.

Ebbene, l'ipotesi più accreditata sembrerebbe risiedere nella necessità di programmare un algoritmo, dotato di euristica ed emozionalità, che decida senza prescindere dall'apprezzamento del compendio probatorio e degli elementi circostanziali del fatto.

In sostanza, l'*Artificial Intelligence* ben potrebbe migliorare l'intuizione dell'essere umano, perché sarebbe in grado di proporre a quest'ultimo itinerari diversi da quelli che potrebbe immaginare, offrendo maggior consapevolezza alla pronuncia giurisdizionale, quale prodotto di un ragionamento più accurato e puntuale, a cui si arriverebbe, peraltro, in tempi ancor più brevi rispetto a quelli attuali, che sempre più affliggono i moderni ordinamenti giuridici.

¹¹⁸ W. WALLACH, C. ALLEN, *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford University Press, New York, 2009; G.-Z. YANG, *Medical Robotics: Regulatory, Ethical, and Legal Considerations for Increasing Levels of Autonomy*, in *Science Robotics*, 2 (4), 2017, p. 2 ss.

¹¹⁹ Cfr. R.A. POSNER, *Cómo deciden los jueces*, Trad. Esp. V. ROCA PÉREZ., Marcial Pons, Madrid, 2011; inoltre, sul punto, v. J. NIEVA-FENOLL, [Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito](#), in *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 23, 2017, p. 113 ss.; J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia, 2012.

**ANNULLAMENTO CON RINVIO, FORMAZIONE PROGRESSIVA
DEL GIUDICATO E TITOLO ESECUTIVO.
LE SEZIONI UNITE SI PRONUNCIANO SULL'IMMEDIATA
ESEGUIBILITÀ DEL GIUDICATO PARZIALE**

Nota a [Cass., Sez. un., sent. 29 ottobre 2020 \(dep. 27 gennaio 2021\), n. 3423,](#)
[Pres. Cassano, rel. Caputo, ric. Gialluisi](#)

di Irene Guerini

SOMMARIO: 1. Annullamento parziale, giudicato progressivo ed eseguibilità della pena. – 2. Il caso di specie: annullamento parziale in relazione alle circostanze di reato. – 3. L'orientamento maggioritario: l'eseguibilità del giudicato parziale solo sul capo. – 4. L'orientamento minoritario: l'eseguibilità del giudicato parziale anche sul punto. – 5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite: l'eseguibilità del giudicato parziale sulla parte autonoma, completa e certa. – 6. Il rapporto con i principi costituzionali e sovranazionali. – 7. Suggestioni dottrinali: preclusione, giudicato ed esecutività.

1. Annullamento parziale, giudicato progressivo ed eseguibilità della pena.

La sentenza in commento, almeno sulla carta, si propone di fornire autorevole interpretazione alla previsione normativa dell'art. 624 c.p.p. nel caso – specifico – di annullamento parziale con rinvio che abbia ad oggetto esclusivamente profili attinenti al trattamento sanzionatorio. Diventa però l'occasione (necessaria anche in ragione della complessità del tema) per un *excursus* ad amplissimo raggio su quarant'anni di giurisprudenza di legittimità (spesso a Sezioni unite), lungo un percorso logico-giuridico che muove dal riconoscimento della formazione progressiva del giudicato ed approda alla nascita del titolo esecutivo.

Nodo centrale attorno a cui muove la riflessione è la disciplina di cui all'art. 624 c.p.p. ove, al comma 1, si prevede che «se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata»¹. La disposizione si pone, pacificamente, in linea di continuità con l'art. 545 c.p.p. abr., del quale replica non

¹ Per una trattazione approfondita F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Utet, vol. II, anno 1998, pp. 707 ss.; S. BELTRANI, *Il giudizio di rinvio*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Utet, 2009, Vol. 5, pp. 771 ss. Per un inquadramento sistematico dell'annullamento parziale si vedano, in dottrina, G. MANTOVANI, sub art. 624, in G. Illuminati – L. Giuliani (diretto da), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Cedam 2020, pp. 3077 ss.; nonché G. SANTALUCIA, sub art. 624, in G. Lattanzi – E. Lupo (diretto da), *Codice di procedura penale*, vol. V, Giuffrè, 2020, pp. 490 ss.

soltanto la formulazione letterale ma pure la natura di previsione eccezionale nel sistema delle impugnazioni penali, in ragione del ruolo preminente della Suprema Corte e della «intrinseca irrevocabilità connaturata alle statuizioni dell'organo posto al vertice del sistema»².

Ancora (e soprattutto), la disposizione fornisce copertura normativa al c.d. giudicato parziale, fenomeno dinamico che si verifica in tutti i casi in cui – sia a fronte di una pluralità di azioni penali³, sia nel caso di unicità di azione e imputato – viene realizzata una progressiva e non integrale consumazione del potere decisorio del giudice della cognizione sull'oggetto del giudizio⁴. Questo in ragione del fatto che «un giudizio si esaurisce con la simmetrica progressività con la quale si riduce il suo oggetto»⁵, indipendentemente dalla pluralità o unicità di azioni che confluiscono nel processo. La natura più o meno articolata della decisione annullata rileva, invece, ai fini del tipo di annullamento parziale: *proprio*, quando la Suprema Corte cassa solo una frazione della

² Così espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §2.1, p. 6. Il tema, invero, non è nuovo nella giurisprudenza di legittimità che in termini pressoché identici si era già pronunciata sulla specialità della forza precettiva dell'art. 624 comma 1 c.p.p., veicolo di un principio attinente esclusivamente ai limiti obiettivi del giudizio di rinvio, non idoneo a sovvertire i principi generali in materia di impugnazioni; così Cass., Sez. un., 19.1.2000, n. 1, Tuzzolino, in *Cass. pen.* 2000, p. 381, in motivazione, §3.5. In dottrina, il profilo è trattato diffusamente da F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio* cit., pp. 708-716, che valorizza la «specialità di rito» (data dall'accavallarsi tra le regole dell'annullamento e quelle che governano il nuovo giudizio in forza del richiamo operato dall'art. 627 c.p.p.) che vincola il giudice a quo all'applicazione di una disciplina «a tipicità variabile».

³ In dottrina si è soliti parlare di decisioni cumulative, distinguendo tra decisioni soggettivamente cumulative – nel caso di processo a carico di una pluralità di imputati in concorso o cooperazione tra loro nella commissione di un medesimo reato – e decisioni oggettivamente cumulative – nell'ipotesi di più reati ascritti alla medesima persona. Per un inquadramento sistematico C. MARINELLI, sub art. 648, in G. Illuminati – L. Giuliani (diretto da), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Cedam 2020, pp. 3153 ss. Per un approfondimento di dettaglio, F. CAPRIOLI, *Irrevocabilità, esecutività, giudicato*, in F. Caprioli – D. Vicoli (a cura di), *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, pp. 50 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 5.5.2005, n. 23650, Billi, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3719 precisa che l'esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nell'ambito di un processo plurisoggettivo non può essere sospesa nei confronti dell'imputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile) nell'attesa del verificarsi dell'eventuale effetto risolutivo straordinario di cui all'art. 587 c.p.p., in mancanza di disposizioni che attribuiscono un simile potere al giudice dell'esecuzione e l'impossibilità di altrimenti desumere dal sistema penale siffatto potere.

⁴ In giurisprudenza resta riconosciuto il ruolo di sentenza capofila a Cass., Sez. un. 23.11.1990, n. 373, Agnese, in *Giust. pen.* 1991, III, p. 110; nonché in *Cass. pen.*, 1991, pp. 734 ss. con nota di M. VESSICHELLI, con la quale, per la prima volta, la Suprema Corte ha affermato che «anche nel giudizio penale, sensibile allo sviluppo dinamico del rapporto processuale, il giudicato può avere una formazione non simultanea bensì progressiva: ciò accade non solo quando la sentenza di annullamento parziale viene pronunciata nel processo cumulativo e riguarda solo alcuni degli imputati ovvero alcune delle imputazioni contestate, ma anche quando la stessa pronuncia ha ad oggetto una o più statuizioni relative ad un solo imputato e ad un solo capo d'imputazione, perché anche in questa ipotesi il giudizio si esaurisce in relazione a tutte le disposizioni non annullate né a quelle inscindibilmente connesse». In dottrina, con l'espressione formazione progressiva del giudicato viene fatto riferimento al fenomeno per cui l'irrevocabilità si forma in tempi diversi su distinte parti della sentenza, in conseguenza dell'annullamento con rinvio di alcune e della conferma di altre; così C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014, p. 222.

⁵ In questi termini si esprime la sentenza in commento, in motivazione, §2.2, che riprende le linee interpretative espresse da Cass., Sez. un. 23.11.1990, n. 373, Agnese, cit.

pronuncia, ovvero solo alcuni *punti* di essa; *improprio*, quando la Corte di cassazione annulla uno o più *capi* di una sentenza oggettivamente o soggettivamente complessa.

Non da ultimo, la formazione progressiva del giudicato trova riconoscimento – seppure in via squisitamente incidentale – nella giurisprudenza costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell’art. 299 c.p.p. con gli artt. 3 e 27 comma 2 Cost., ha qualificato «l’istituto del giudicato parziale di cui all’art. 624 c.p.p., strettamente collegato all’esercizio del potere di annullamento da parte della Corte di cassazione ed ai conseguenti limiti del giudizio di rinvio, quale diretta ed ineludibile conseguenza dell’irrevocabilità della pronuncia in relazione alle parti non annullate ed a queste non necessariamente connesse»⁶.

L’esatta individuazione dei confini all’interno dei quali si consolida il giudicato parziale impone quindi, in via preliminare, alcune precisazioni definitorie che attengono tanto alle “componenti” della decisione, quanto agli effetti della irrevocabilità di alcune statuizioni e alla loro idoneità a costituire autonomo titolo esecutivo⁷.

In prima battuta, difatti, proprio il carattere *parziale* del giudicato in corso di formazione invita a definire quali tra tutte le «parti» oggetto di cognizione siano investite dalla «autorità di cosa giudicata» e quali, invece, restino devolute al giudizio di rinvio in ragione della loro «connessione essenziale» con la parte oggetto di annullamento. Tale essendo il tenore letterale dell’art. 624 c.p.p., plurimi sono stati gli interventi ermeneutici che hanno scomposto la decisione nei suoi elementi costitutivi e fornito una autorevole definizione di che cosa debba intendersi per «parti», «connessione essenziale» e giudicato.

In questo quadro, le «parti» della sentenza si distinguono dai capi e dai punti⁸ e si qualificano come qualsiasi statuizione avente autonomia giuridico-concettuale, ivi comprese non solo quelle statuizioni che concludono il giudizio in relazione ad un determinato capo d’imputazione, ma anche quelle che, nell’ambito di una stessa contestazione, individuano aspetti non più suscettibili di riesame. In sostanza,

⁶ Così espressamente Corte cost., ord. 17.10.1996, n. 367, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3201 ss.

⁷ Ne è consapevole anche la Suprema Corte che, non a caso, dedica una diffusa parte della motivazione della sentenza in commento a ripercorrere gli approdi interpretativi consolidatisi nel tempo in sede di legittimità (nello specifico, cfr. §§2-5).

⁸ Sulla distinzione tra capo e punto della sentenza, in giurisprudenza, valga il richiamo a Cass., Sez. un., 19.1.2000, n. 1, Tuzzolino, cit., che in motivazione (§3.3) precisa: «per capo deve intendersi ciascuna decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all’imputato» ovvero di «un atto giuridico completo, tale da poter costituire da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza»; «il concetto di punto della decisione ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo, tenendo presente, però, che non costituiscono punti del provvedimento impugnato le argomentazioni svolte a sostegno di ciascuna statuizione». Il tema era poi ripreso, in termini identici, da Cass., Sez. un. 17.10.2006, n. 10251, Michaeler, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2313 ss., con nota di F. NUZZO, *I limiti oggettivi dell’appello incidentale*, pp. 2335 ss. Da ultimo, le medesime definizioni sono state offerte con specifico riguardo all’interpretazione dell’art. 581 lett. a c.p.p., da Cass., Sez. un. 27.10.2016, n. 8825, Galtelli, in *Guida dir.*, 2017, f. 13, pp. 80 ss., con nota di R. BRICCHETTI, *Il dovere di ragionare delle parti coinvolte deve essere reciproco*; nonché H. BELLUTA, [*Inammissibilità dell’appello per genericità dei motivi: le Sezioni unite tra l’ovvio e il rivoluzionario*](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, f. 2, pp. 135 ss.

riprendendo le parole della Suprema Corte, «la nozione di parti della sentenza non coincide con quella di capo e [...] la formazione del giudicato parziale ha [può avere] ad oggetto anche i punti afferenti ad un capo»⁹.

Parimenti oggetto di delucidazioni ermeneutiche è stato il concetto di «connessione essenziale», da intendersi come «condizione di necessaria interdipendenza logico-giuridica tra parti»¹⁰; da cui discende un collegamento indissolubile della parte non annullata alla parte annullata che impedisce alla prima di acquisire, autonomamente, l'autorità di cosa giudicata.

Infine, quanto agli effetti della formazione progressiva del giudicato, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'irrevocabilità di parte della decisione non implica necessariamente la sua 'eseguibilità'¹¹ parziale.

In primo luogo, si afferma il principio secondo il quale, sebbene il giudicato possa cadere su alcune parti della sentenza, non ne deriva in modo automatico l'esecuzione, *in parte qua*, della decisione¹²: il titolo penale può essere legittimamente posto in esecuzione soltanto «per la parte divenuta irrevocabile» e con riguardo alle «statuizioni della sentenza non ulteriormente modificabili»¹³. Infatti, premesso che «l'autorità di cosa giudicata non va scambiata con l'esecutorietà di una decisione»¹⁴, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «il differimento della eseguibilità della sentenza anche nelle parti non annullate ad un tempo successivo – ossia a quello in cui la sentenza sia divenuta definitiva in ogni sua parte – deve ritenersi del tutto legittimo»¹⁵. L'assunto fonda su una distinzione essenziale: «mentre la eseguibilità della sentenza di condanna va posta in relazione alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo e, quindi, alla materiale e giuridica possibilità della esecuzione della sentenza nei confronti di un

⁹ Espressamente sul punto la sentenza in commento, in motivazione, §2.1, p. 7. Il tema, invero, era già stato approfondito da Cass., Sez. un. 23.11.1990, n. 373, Agnese, cit. e, successivamente, da Cass., Sez. un. 19.1.1994, n. 4460, Cellerini, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2027 ss. con nota di G. ROMEO, *La continuazione ancora senza certezze*, che ha precisato: «per parti non annullate della sentenza devono intendersi quelle in ordine alle quali si è ormai del tutto esaurita ogni possibilità di decisione del giudice di merito e, contestualmente, completato l'iter processuale».

¹⁰ La definizione è riportata, diffusamente, da Cass., Sez. un. 19.1.1994, n. 4460, Cellerini, cit. In dottrina, diffusamente sul punto, F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., pp. 728 ss.

¹¹ Il termine evoca una condizione, quella della eseguibilità della sentenza, che è distinta dalla «esecutività» di cui all'art. 650 c.p.p. Nello specifico: l'esecutività rientra tra gli effetti tipici dell'irrevocabilità e si traduce nella astratta idoneità del comando contenuto nella sentenza o nel decreto penale irrevocabile ad essere posto in esecuzione; per contro, il concetto di eseguibilità viene evocato, in dottrina, con riguardo ai casi nei quali, in concreto, la legge impone un onere o concede una facoltà sospensiva dell'iter di attuazione del comando. Per un inquadramento di sistema, A. CAPONE, sub art. 650, in G. Lattanzi – E. Lupo (diretto da), *Codice di procedura penale* cit, pp. 601-603; per una analisi di dettaglio, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, 2012, Giuffrè, pp. 241 ss.

¹² Il tema è trattato in giurisprudenza da Cass., Sez. un., 11.5.1993, n. 6019, Ligresti, in *Giur. it.*, 1994, II, pp. 470 ss. con nota di P.P. PAULESU, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento parziale*.

¹³ Così Cass., Sez. un., 9.10.1996, n. 20, Vitale, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 691 ss. Più recentemente, nei medesimi termini, Cass., Sez. III, 22.11.2019, n. 253, R.A., in *Cass. pen.*, 2020, p. 3818.

¹⁴ Cass., Sez. un., 19.1.1994, n. 4460, Cellerini, cit.

¹⁵ Cass., Sez. un., 19.1.1994, n. 4460, Cellerini, cit.

determinato soggetto, l'autorità di cosa giudicata attribuita ad una o più statuizioni contenute nella stessa sentenza di annullamento parziale è conseguente all'esaurimento del relativo giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato»¹⁶.

Tutto questo consente, in ultimo, di avvicinarci al tema rimesso alle (e deciso dalle) Sezioni unite, con la sentenza in commento; ovvero se sia immediatamente eseguibile la pena anche nel caso in cui la decisione sia già definitiva con riguardo all'accertamento del reato e della responsabilità, ed il giudizio di rinvio abbia ad oggetto soltanto la determinazione della pena (*sub specie* del riconoscimento di circostanze).

In astratto, la dicotomia tra giudicato ed eseguibilità della pena si prospetta compatibile con l'impianto costituzionale, in ragione della riconosciuta consistenza autonoma della categoria dogmatica della punibilità rispetto al reato¹⁷. In concreto, l'esistenza di uno iato temporale tra definitiva dichiarazione della responsabilità penale e precisa individuazione della pena si è rilevata foriera di problematiche applicative, con particolare riguardo, per esempio, alla operatività o meno delle cause estintive del reato. Sul punto, gli approdi interpretativi della giurisprudenza vanno nella direzione di riconoscere comunque effetti alla definitività parziale della decisione, ritenendo che «il giudicato progressivo formatosi sull'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato, con la definitività della decisione su tali parti, impedisce l'applicazione di cause estintive sopravvenute all'annullamento parziale»¹⁸.

In sostanza, in parallelo alla formazione progressiva del giudicato può determinarsi una formazione progressiva del titolo esecutivo, le cui condizioni d'esistenza ed il cui perimetro oggettivo sono stati ampiamente indagati proprio nella sentenza che ci occupa.

¹⁶ Cass., Sez. un., 19.1.1994, n. 4460, Cellerini, cit. In chiave critica, in dottrina, E. JANNELLI, *La definizione costituzionale del giudicato penale: conseguenze sull'ammissibilità del c.d. giudicato parziale ovvero progressivo*, in *Cass. pen.* 1996, pp. 127 ss.; l'Autore lamenta l'assenza di una base normativa alla distinzione tra giudicato ed irrevocabilità, ritenendo che distinguere significato ed effetti si traduca nel privare l'istituto del giudicato di una sua nota caratteriale distintiva e si ponga in contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza: «una vera e propria inversione di metodo, nella misura in cui il significato della norma costituzionale si trae dall'interpretazione postulata della norma ordinaria, e non viceversa». Conclude, l'Autore, in favore della necessaria «identità del momento cronologico della irrevocabilità e della esecutorietà della decisione, entrambe condizionate dalla 'caduta' della regola presuntiva, sostituita da una regola di segno contrario, di colpevolezza o di non colpevolezza, per l'appunto».

¹⁷ Corte cost., 23.3.1988, n. 369, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 3383 ss. in motivazione, §§4-5, che osserva altresì come, «tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato».

¹⁸ Cass., Sez. un., 26.3.1997, n. 4904, Attinà, in *Giur. it.*, 1999, pp. 607 ss. con nota di D. ARRIGO, *Il giudicato "parziale" e le cause estintive del reato*.

2. Il caso di specie: annullamento parziale in relazione alle circostanze di reato.

La pronuncia in commento tratta di un'articolata vicenda processuale, caratterizzata da una pluralità di azioni che, ai nostri fini, si prospetta come oggettivamente cumulativa. Infatti, nel giudizio di cognizione sono contestate all'imputato due ipotesi di reato in tema di sostanze stupefacenti, rispettivamente qualificate ai sensi degli artt. 73 e 74 d.p.r. 309/90. La Corte d'Appello perviene all'accertamento della responsabilità penale per entrambi i capi d'imputazione, ritiene sussistente l'aggravante dell'associazione armata *ex art. 74 comma 4 d.p.r. 309/90* e, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in giudizio di equivalenza con la contestata aggravante, condanna l'imputato alla pena di sette anni di reclusione.

La decisione di merito è poi oggetto di ricorso per cassazione e, all'esito del giudizio di legittimità, viene disposto l'annullamento con rinvio in relazione ad entrambi i capi d'imputazione, ma con esclusivo riferimento a parti della sentenza che non attengono all'*an* della responsabilità. Più nel dettaglio: per la contestazione di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, l'annullamento riguarda soltanto la sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 74 comma 4 d.p.r. 309/90; mentre per l'imputazione di traffico e detenzione illecita, ha ad oggetto la qualificazione giuridica del fatto ai sensi dell'art. 73 comma 5 d.p.r. 309/90.

In pendenza del giudizio di rinvio, la Procura Generale emette un ordine di carcerazione per la pena di sei anni ed otto mesi di reclusione, sull'erroneo presupposto, in fatto, che il giudizio di legittimità si sia concluso con una declaratoria di inammissibilità. A fronte di impugnazione da parte dell'imputato-condannato, la Corte d'Appello, in funzione di giudice dell'esecuzione, riforma il titolo esecutivo, dichiarando l'esecutività della sentenza nella minor pena di quattro anni, cinque mesi e dieci giorni di reclusione, restituendo gli atti alla Procura Generale per l'emissione di un nuovo ordine di carcerazione nei termini sopra indicati. La pena viene determinata dalla Corte d'Appello nella misura del minimo inderogabile previsto per il solo reato di cui all'art. 74 d.p.r. 309/90 (partendo dalla pena base ed al netto della diminuzione per le circostanze attenuanti generiche e della riduzione imposta dalla celebrazione del giudizio nelle forme del rito abbreviato) ed è ritenuta immediatamente eseguibile in ragione del passaggio in giudicato dell'accertamento della responsabilità con riguardo alla contestazione associativa. In sostanza, indipendentemente da quale sarà l'esito del giudizio di rinvio, l'imputato non potrà comunque essere condannato a pena inferiore rispetto a quella già ritenuta eseguibile dal giudice dell'esecuzione.

Avverso l'ordinanza emessa dalla Corte d'Appello la difesa promuove ricorso per cassazione, lamentando violazione dell'art. 624 c.p.p. e vizio di motivazione. In estrema sintesi, il ricorrente ritiene illegittimo porre in esecuzione una frazione di pena detentiva prima dell'esito irrevocabile del giudizio di rinvio, evidenziando che l'annullamento parziale sulla sussistenza della circostanza aggravante dell'associazione armata incide in modo determinante sulla pena – anche in ragione del giudizio di bilanciamento con le attenuanti generiche – ed ha conseguenze rilevanti non solo in fase esecutiva (ai fini dell'individuazione della violazione più grave in ipotesi di continuazione esterna) ma anche in ambito penitenziario (per l'accesso alle misure

alternative e la fruizione di benefici penitenziari), oltre a costituire un possibile ostacolo al promovimento del giudizio di revisione.

Il ricorso, infine, è rimesso alle Sezioni unite ravvisando, in via principale, un contrasto interpretativo in ordine all'esistenza e alla portata di limiti all'esecuzione della pena minima, una volta formatosi il giudicato sull'*an* della responsabilità. Più precisamente, la questione di diritto sottoposta ad esame risulta formulata nei seguenti termini: «se e a quali condizioni possa darsi esecuzione alla sentenza di condanna in ordine alla quale la Corte di Cassazione, pronunciando l'annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono al trattamento sanzionatorio, abbia determinato, ai sensi dell'art. 624 c.p.p., la formazione della cosa giudicata sulla affermazione di responsabilità e sulle parti che hanno connessione essenziale con la parte annullata»¹⁹.

3. L'orientamento maggioritario: l'eseguibilità del giudicato parziale solo sul capo.

L'orientamento maggioritario in giurisprudenza individua una stretta correlazione tra il passaggio in giudicato che investe un capo e la sua idoneità a fondare un titolo esecutivo eseguibile. La considerazione deriva dal carattere tipico del capo, che si contraddistingue per la sua autosufficienza rispetto ad altri elementi che compongono la sentenza e che condensa in sé l'espressione della pretesa punitiva dello Stato in relazione ad una specifica ipotesi di reato, isolando, quindi, un'azione penale dal contesto cumulativo. Due sono, in particolare, gli elementi valorizzati dalla Suprema Corte per sostenere l'immediata esecutività della sentenza parzialmente annullata solo nella parte in cui vi sia il giudicato su un capo nella sua interezza: l'autonomia giuridico-concettuale della statuizione che concerne la singola imputazione e la sua contestuale, connessa, completezza²⁰.

Più nello specifico, l'autonomia del capo non oggetto di annullamento si pone in linea di perfetta coerenza con la disciplina di cui all'art. 624 c.p.p.; infatti, solo una statuizione perfettamente autonoma non risulta legata da connessione essenziale con la parte annullata.

Per altro verso, la completezza della statuizione involge, necessariamente, l'entità della pena che rientra nell'orbita del singolo capo; con l'effetto che non sarà mai possibile mettere in esecuzione una pena minima in difetto di definitivo accertamento del trattamento sanzionatorio in tutte le sue variabili (principalmente pena edittale e circostanze). Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità precisa che – per poter essere immediatamente eseguibile – il trattamento sanzionatorio deve apparire – *in parte qua* – insuscettibile di modifica. Ne consegue che quando la decisione diviene irrevocabile in relazione all'affermazione di responsabilità, anche se solo per uno o per alcuni dei reati contestati, e contiene già l'indicazione della pena minima che il condannato deve

¹⁹ Così espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §1.

²⁰ Cass., Sez. II, 15.12.1999, n. 6287, Piconi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 667.

comunque espiare, quest'ultima deve essere messa in esecuzione, stante la sua impermeabilità rispetto agli esiti del giudizio di rinvio²¹.

Autonomia e completezza originano, però, delle interferenze applicative con l'istituto della continuazione, idoneo a far venir meno l'interdipendenza diretta tra il singolo reato e la sua pena tramite una *fictio iuris* che, proprio sotto il profilo sanzionatorio, deroga alle regole del cumulo materiale in favore di un *unicum* di pena. Con specifico riguardo al reato continuato, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che i confini della immediata eseguibilità del giudicato sul capo sono variabili, e si definiscono per differenza rispetto al contenuto del giudizio di rinvio. Non sarà eseguibile la sentenza nella parte relativa ad un capo non annullato ma in continuazione con altri capi annullati potenzialmente idonei ad essere qualificati come violazione più grave; questo in quanto il giudizio di rinvio potrebbe condurre ad una riforma integrale della struttura del reato continuato, con conseguente rideterminazione del trattamento sanzionatorio complessivo²². Viceversa, sarà ammissibile l'eseguibilità parziale della sentenza in tutti i casi in cui l'annullamento con rinvio abbia ad oggetto soltanto i reati satellite e, quindi, non sia più in discussione né l'individuazione del reato più grave né la relativa quota di pena²³.

In sintesi, secondo l'orientamento maggioritario, «il possibile iato tra autorità di giudicato ed esecutività è superabile in presenza di una irrevocabilità che investa un capo e di una definizione del trattamento sanzionatorio insuscettibile di modifica»²⁴, ovvero sia quando diviene definitiva l'affermazione di responsabilità ed è indicata la pena minima che il condannato deve espiare.

4. L'orientamento minoritario: l'eseguibilità del giudicato parziale anche sul punto.

Un orientamento minoritario in giurisprudenza riconosce, invece, l'immediata esecutività della sentenza anche nel caso in cui il giudicato si sia formato solo su alcuni punti (nello specifico, quelli attinenti all'*an* della responsabilità) ma non sull'intero capo.

Tale opzione ermeneutica ritiene determinante, ai fini della sussistenza di un valido titolo esecutivo, che possa essere definito o definibile con certezza il *quantum* minimo di pena, rimettendo poi all'esito del giudizio di rinvio la determinazione esatta e definitiva del trattamento sanzionatorio. Ne consegue, ai fini di nostro interesse, l'immediata eseguibilità della sentenza anche nel caso in cui il giudizio di rinvio abbia ad oggetto l'accertamento in ordine alla sussistenza, o no, di una circostanza²⁵.

²¹ Cass., Sez. V, 2.7.2004, n. 2541, Pipitone, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1507; Cass., Sez. VI, 20.8.1997, n. 3216, Maddaluno, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p. 768.

²² Cass., Sez. I, 19.6.2013, n. 32477, Dello Russo, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2174; nonché Cass., Sez. I, 5.7.2018, n. 30780, Fiesoli, non massimata, in *De Jure*.

²³ Cass., Sez. I, 17.12.2019, n. 6189, Castiglione, in CED n. 278473; nonché Cass., Sez. I, 30.6.2015, n. 36331, Cafasso, in CED n. 264528; Cass., Sez. I, 20.3.2000, n. 2071, Soldano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 412.

²⁴ Così espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §6.3, p. 15.

²⁵ Cass., Sez. I, 21.9.2012, n. 41941, Pitarà, in CED n. 253622; Cass., Sez. I, 12.4.2018, n. 43824, Milito, in CED n. 274639; Cass., Sez. III, 22.11.2019, n. 253, Ruggiero, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3818.

Si registrano, tuttavia, varianti sul tema.

Secondo alcune pronunce, è necessaria l'individuazione della pena minima irrogata, che deve quindi essere definita espressamente o comunque per l'effetto delle statuizioni non attinte dall'annullamento²⁶.

Altre sentenze, viceversa, ritengono sufficiente – ai fini della immediata eseguibilità del giudicato parziale – che «non residuino margini di incertezza in ordine al quantitativo di pena (minima) non più passibile di essere modificata, se non in aumento, poco importando se quel quantitativo sia espressamente indicato nella parte di sentenza non annullata o se, invece, sia implicitamente desumibile dalla statuizione irrevocabile in punto di responsabilità come diretta conseguenza del combinarsi di detta statuizione con le inderogabili previsioni di legge circa il limite edittale minimo per il reato riconosciuto in sentenza»²⁷. In sostanza, tali pronunce reputano certa (e quindi immediatamente eseguibile) la pena risultante da computi ipotetici, nella misura più favorevole per il condannato. Portata alle estreme conseguenze, questa linea interpretativa arriva ad ammettere l'immediata eseguibilità del giudicato parziale anche nel caso di reato continuato e persino qualora il punto oggetto di annullamento con rinvio possa determinare una diversa individuazione della violazione più grave²⁸.

Il contrasto, per vero tutto interno all'orientamento minoritario, accende un faro sull'altra questione prospettata dall'ordinanza di rimessione e comunque decisa dalle Sezioni unite in chiusura della sentenza in commento: quale sia – tra giudice dell'esecuzione e Corte di Cassazione – il soggetto competente ad individuare la pena da eseguire in relazione ad un giudicato parziale²⁹.

5. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: l'eseguibilità del giudicato parziale sulla parte autonoma, completa e certa.

Le Sezioni unite dichiarano espressamente di porsi in linea di continuità con l'orientamento maggioritario; eppure, offrono una soluzione originale sotto molteplici profili, riconducendo il tema ai presupposti di fondo che regolano la formazione progressiva del giudicato.

Punti di partenza del percorso argomentativo sono l'oggetto del giudicato, che cade sulle «parti» della sentenza (e, quindi, potenzialmente, sia sul capo, sia sul punto) e la dicotomia tra giudicato ed eseguibilità della pena, che ben può determinarsi con il parziale esaurimento del giudizio.

²⁶ Si collocano in questa linea interpretativa Cass., Sez. I, 10.11.2017, n. 12904, Centonze, in CED n. 272610; Cass., Sez. I, 21.9.2012, n. 41941, Pitarà, cit.; Cass., Sez. I, 12.4.2018, n. 43824, Milito, cit.; Cass., Sez. III, 22.11.2019, n. 253, Ruggiero, cit.

²⁷ Espressamente in questi termini Cass., Sez. I, 15.5.2019, n. 33154, Chirico, in CED n. 277226; nonché in senso conforme Cass., Sez. I, 9.4.2019, n. 19644, Gallo, in CED n. 275605.

²⁸ Cass., Sez. I, 12.4.2018, n. 46150, Paun, non massimata, in *De Jure*.

²⁹ La sentenza in commento, in motivazione, §10, p. 30, formula il quesito di diritto nei seguenti termini: «se la pena da eseguire debba essere stabilita dagli organi dell'esecuzione ovvero dalla Corte di Cassazione in sede di annullamento con rinvio».

In effetti, il prodursi di una decisione definitiva e stabile quanto all'accertamento della sussistenza della responsabilità penale può comunque lasciare ancora *sub iudice* (rimessa alla cognizione del giudice di rinvio) la determinazione della pena, in tutte o alcune delle sue componenti. Questo produce conseguenze, a valle, sulla possibile eseguibilità del giudicato parziale, posto che, mentre l'autorità di cosa giudicata può essere riconosciuta «anche ai punti relativi a un capo della sentenza oggetto di annullamento parziale»³⁰, «la formazione del titolo esecutivo consegue all'irrevocabilità delle [di tutte le] parti della sentenza relative all'accertamento della responsabilità del fatto-reato e della responsabilità dell'accusato e alla determinazione della pena»³¹.

Restituire ruolo centrale alla «parte» della sentenza – anziché ai capi ed ai punti – consente, in certa misura, di superare le interferenze applicative riscontrate nei casi di continuazione, ponendosi in chiave di maggiore coerenza con le soluzioni prospettate proprio dalla giurisprudenza maggioritaria. Infatti, nemmeno il giudicato integrale su un capo determina sempre, e in via automatica, l'eseguibilità *in parte qua* della decisione, che andrà comunque esclusa ogni qualvolta il giudizio di rinvio investa capi che potrebbero essere qualificati come violazione più grave, determinando una rivisitazione integrale della struttura del reato continuato.

Ancora, questa impostazione interpretativa, oltre che in linea con il portato letterale dell'art. 624 c.p.p., valorizza il rapporto di «connessione essenziale» che ben può coinvolgere punti relativi al medesimo capo, così attraendo nell'orbita della cognizione del giudice del rinvio anche disposizioni diverse da quelle espressamente annullate.

D'altro canto, la mancata eseguibilità della pena in assenza di giudicato sui punti della decisione che attengono al trattamento sanzionatorio non determina l'irrelevanza del giudicato parziale sulla affermazione di responsabilità. Il giudicato parziale resta comunque produttivo degli effetti tipici già riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni unite, tra i quali, in via principale, l'impermeabilità al maturare di cause di estinzione del reato dopo la pronuncia di annullamento con rinvio³².

Il passaggio centrale dell'articolata motivazione attiene, ancora una volta, alla dicotomia tra giudicato ed eseguibilità della pena, offrendo, però, una nuova prospettiva di riflessione.

L'eseguibilità non rientra, infatti, tra gli effetti tipici del giudicato progressivo, richiedendo un *quid pluris* rispetto alla (mera) irrevocabilità parziale della sentenza per poter fondare l'emissione del titolo esecutivo. Tale *quid pluris* si sostanzia nel raggiungimento di un grado di stabilità della statuizione relativa al trattamento sanzionatorio che si colloca in linea di perfetta coerenza con la *ratio* del giudicato, esigendo che la determinazione parziale sulla pena sia autonoma, completa e certa³³.

³⁰ Dalla sentenza in commento, in motivazione, §8.6, p. 21.

³¹ Così espressamente la sentenza in commento, §8.1, p. 18.

³² Il tema, già introdotto *supra* §1, era approfondito in particolare Cass., Sez. un., 26.3.1997, n. 4904, Attinà, cit. e condiviso a più riprese dalla successiva giurisprudenza di legittimità. Tra le molte, da ultimo, nei medesimi termini con specifico riguardo al caso di annullamento con rinvio che abbia ad oggetto solo il riconoscimento di circostanze, Cass., Sez. VI, 31.01.2019, n. 12717, Cintoï, in CED n. 276378.

³³ In termini perfettamente coerenti, la funzione giurisdizionale del giudicato è posta a presidio della certezza e stabilità delle situazioni giuridiche; Corte cost., 14.2.1969, n. 28, in *Giur. cost.* 1969, pp. 391 ss.

Tornano, evocate, l'autonomia³⁴ e la completezza³⁵ già valorizzate dall'orientamento maggioritario; alle quali si affianca, ora, anche il requisito della certezza della decisione, che impone l'esatta ricostruzione della pena sulla base delle sentenze rese in sede di cognizione e rifugge logiche di astratta ricostruibilità attraverso ragionamenti eventuali (i c.d. computi ipotetici suggeriti dalla giurisprudenza minoritaria). In sostanza, per poter essere eseguibile, la pena deve essere – *in parte qua* – già definita, non residuando alcun ulteriore potere cognitivo in capo al giudice del rinvio.

La soluzione al quesito rimesso alle Sezioni unite si prospetta quale logica conseguenza alle premesse: «in caso di annullamento parziale è eseguibile la pena principale irrogata in relazione a un capo (o a più capi) non in connessione essenziale con quelli attinti dall'annullamento parziale per il quale abbiano acquisito autorità di cosa giudicata l'affermazione di responsabilità, anche in relazione alle circostanze del reato, e la determinazione della pena principale, essendo questa immodificabile nel giudizio di rinvio e individuata alla stregua delle sentenze pronunciate in sede di cognizione»³⁶.

Con l'occasione, la Suprema Corte chiarisce, anche, alcuni profili relativi a “vicende esterne” al capo divenuto irrevocabile, quali le ipotesi di reato continuato³⁷, ovvero i punti relativi al capo ma comunque autonomi rispetto alla irrevocabilità della pena principale, collocando in tale alveo le questioni attinenti alle misure di sicurezza, alle pene accessorie e alla confisca³⁸.

Al di là delle soluzioni individuate caso per caso, filo conduttore resta il raggiungimento della certezza e della completezza della pena principale, quale presupposto indispensabile per poter ritenere irrevocabile – e quindi eseguibile – il trattamento sanzionatorio: «deve, pertanto, qualificarsi esecutiva la pena principale

³⁴ L'autonomia della statuizione attinente alla pena si prospetta quale presupposto funzionale alla irrevocabilità parziale che la investe: sono, infatti suscettibili di acquisire autorità di cosa giudicata solo quelle parti della sentenza che non stanno in rapporto di connessione essenziale con la (e sono, quindi, autonome rispetto alla) parte annullata. Il passaggio è espresso nella sentenza in commento, in motivazione, §9, p. 21, laddove viene rilevata l'irrevocabilità della sentenza nella parte relativa alla determinazione della pena quale presupposto necessario della eseguibilità, «presupposto che, naturalmente, si aggiunge all'assenza di vincoli connettivi tra le parti della decisione non oggetto di annullamento e quelle annullate, assenza in difetto della quale l'irrevocabilità delle prime non può dirsi conseguita».

³⁵ La statuizione sulla pena «deve risultare ‘completa’ (sez. II n. 6287 del 2000 Piconi cit.) ossia non suscettibile di modifiche all'esito del giudizio di rinvio»; così la sentenza in commento, in motivazione, §9.1, p. 22.

³⁶ Espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §11, p. 32.

³⁷ Più diffusamente sul punto, la sentenza in commento, in motivazione, §9.4, pp. 26-28 ribadisce, in linea con l'orientamento maggioritario, che non può essere eseguibile la pena nel caso in cui sia ancora *sub iudice* l'individuazione della violazione più grave; mentre la pena acquista il crisma dell'esecutività quando l'annullamento con rinvio attiene esclusivamente ai reati satelliti.

³⁸ I tre istituti sono trattati congiuntamente nella sentenza in commento, in motivazione, §9.5, pp. 28-29. Con specifico riguardo alle misure di sicurezza, la Suprema Corte ribadisce la loro autonomia rispetto alla pena principale, anche in funzione della disciplina *ad hoc* dettata in tema di impugnazioni dall'art. 579 comma 2 c.p.p. Discorso analogo viene svolto con riguardo alle pene accessorie ed alla confisca, rilevando che il fatto che siano ancora *sub iudice* non determina incongruenze sistematiche e non è di ostacolo alla immediata eseguibilità della pena principale.

irrogata in relazione a un capo (o a più capi) – non in connessione essenziale con quelli attinti dall’annullamento parziale – per il quale siano passati in giudicato [...] tutti i punti, a eccezione di quelli attinenti alle pene accessorie, alle misure di sicurezza ordinate con sentenza e alle confische non aventi natura di misura di sicurezza; restano, inoltre, estranee al tema dell’esecutività della pena principale le questioni attinenti alle statuizioni civili, in quanto afferenti ad un capo autonomo»³⁹.

Da ultimo, le Sezioni unite risolvono anche il contrasto interpretativo in ordine alla competenza ad individuare la pena da eseguire nella pendenza del giudizio di rinvio⁴⁰: «l’accertamento circa l’eseguibilità della pena e la sua specifica individuazione competono agli organi dell’esecuzione, secondo i criteri di computo stabiliti per materia, potendo, quando occorre, la Corte di cassazione, anche eventualmente con l’ordinanza di cui all’art. 624, comma 2, c.p.p., dichiarare solo quali parti della sentenza sono diventate irrevocabili»⁴¹.

6. Il rapporto con i principi costituzionali e sovranazionali.

La formazione progressiva del giudicato e l’eseguibilità della pena interagiscono con alcuni principi fondamentali di matrice costituzionale. Appare intuitivo, infatti, come riconoscere l’irrevocabilità parziale della decisione ed ammettere la sua eseguibilità in via anticipata rispetto alla definitiva ed integrale conclusione del giudizio presenti profili di potenziale contrasto sia con la presunzione di non colpevolezza, sia con il perseguimento della finalità rieducativa della pena. Ancora, la contemporanea coesistenza di eseguibilità della pena e giudizio di rinvio impone una interpretazione costituzionalmente orientata della natura della restrizione della libertà personale cui è soggetto l’imputato-condannato prima del (e fino al) conseguimento del giudicato integrale.

Si è già detto che la formazione progressiva del giudicato ha ricevuto incidentale riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale, che ne ammette la legittimità solo all’interno degli stretti margini di operatività dell’art. 624 c.p.p. e con i correlati limiti del giudizio di rinvio, «quale diretta e ineludibile conseguenza dell’irrevocabilità della pronuncia in relazione alle parti non annullate e a queste non necessariamente

³⁹ Così espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §9.6.

⁴⁰ Il contrasto interpretativo ruota attorno al valore, solo dichiarativo ovvero costitutivo, della declaratoria prevista dall’art. 624 comma 2 c.p.p., a mente del quale «la corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili». Secondo un orientamento maggioritario in giurisprudenza, l’espressa declaratoria, in sede di annullamento con rinvio, delle parti della sentenza impugnata che divengono immediatamente irrevocabili è rimessa ad una valutazione di opportunità della Cassazione orientata ad esigenze di chiarezza del caso di specie, anche in ragione della valenza esclusivamente dichiarativa della pronuncia di legittimità sul punto (tra le molte, Cass., Sez. IV, 29.5.2018, n. 29186, Marangio, in CED n. 272966). In senso contrario, una giurisprudenza minoritaria riconosce valenza costitutiva alla declaratoria ex art. 624 c.p.p. facendo derivare, dalla sua omissione, l’impossibilità di dare esecuzione alla pena determinata per un capo non annullato (così Cass., Sez. I, 19.12.2016, n. 3273, Gallo).

⁴¹ Dalla sentenza in commento, in motivazione, §10.3, p. 31.

connesse»⁴². La Consulta non ha, però, mai affrontato direttamente il tema della compatibilità della formazione progressiva del giudicato con il principio di presunzione di non colpevolezza⁴³: assenza di sindacato da parte del giudice delle leggi che è anche il risultato di una consolidata giurisprudenza di legittimità pronunciata, a più riprese, in termini di manifesta infondatezza delle relative questioni avanzate⁴⁴. La sentenza in commento si pone in linea di perfetta continuità con i suoi precedenti: esclude, infatti, possibili violazioni dell'art. 27 comma 2 Cost., ritenendo che la definitività della sentenza con riguardo all'accertamento dell'*an* della responsabilità (*sub specie* di sussistenza del fatto e di sua attribuzione all'imputato) determini il superamento della presunzione di non colpevolezza, anche in ragione del fatto che il controllo di legittimità di matrice costituzionale ha limitati ambiti applicativi (*ex* art. 111 comma 7 Cost.). Viene richiamata inoltre, a conferma, una consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che esclude l'operatività della garanzia prevista dall'art. 6 § 2 Cedu nel procedimento dedicato esclusivamente alla determinazione del trattamento sanzionatorio⁴⁵. In sostanza, il principio fondamentale di presunzione di non colpevolezza, per come previsto sia nella Costituzione sia nelle Carte sovranazionali, opererebbe soltanto fino all'accertamento legale della responsabilità e non potrebbe essere esteso anche alla fase processuale (eventualmente successiva) di commisurazione della sanzione⁴⁶.

Il parallelo con la disciplina sovranazionale non pare, però, del tutto convincente, data la diversa formulazione delle fonti normative. L'art. 6 § 2 Cedu, invero, prevede espressamente che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a

⁴² Così espressamente Corte cost., ord. 17.10.1996, n. 367, cit., in motivazione.

⁴³ Nell'unica pronuncia che ha avuto ad oggetto direttamente l'art. 624 c.p.p., la Corte costituzionale ha escluso la violazione degli artt. 24 e 25 Cost.; sia nella parte in cui la disciplina di annullamento con rinvio non consente l'impugnazione dei provvedimenti emessi de plano dalla Cassazione; sia nella parte in cui, a seguito del venir meno in un processo cumulativo dell'elemento che ha determinato lo spostamento della competenza, non individua in modo autonomo la competenza del giudice del rinvio; così Corte cost. 26.6.1995, n. 294, in *Riv. it. dir. e pen. proc.*, 1995, pp. 915 ss. con nota di A. GIARDA, *Ancora sull'intangibilità assoluta delle sentenze della Corte di Cassazione*.

⁴⁴ Nello specifico, la Suprema Corte ha ritenuto, a più riprese, la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 624 c.p.p. per violazione dell'art. 27 comma 2 Cost.: vuoi facendo leva sulla distinzione tra «condanna definitiva» e «sentenza definitiva» ed escludendo che il giudicato parziale formatosi per l'effetto dell'annullamento con rinvio possa integrare una lesione della presunzione di non colpevolezza (così Cass., Sez. un., 26.3.1997, n. 4904, Attinà, cit., in motivazione); vuoi individuando un superamento della presunzione di innocenza in conseguenza dell'accertamento dell'*an* della responsabilità (così Cass., Sez. II, 17.10.2013, n. 44949, A.F., in *Dir. e giust.*, 2013, 8.11.2013).

⁴⁵ Tra le molte, Corte Edu 5.7.2001, Phillips c. Regno Unito; Corte Edu 5.7.2005, Van Offeren c. Olanda, in www.hudoc.coe.int; Corte Edu 8.12.2009, Previti c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1664 ss.

⁴⁶ «La definitività della sentenza nella parte non oggetto di annullamento parziale e il conseguente superamento della presunzione d'innocenza hanno come presupposto la proposizione (oltre che la proponibilità) del ricorso per cassazione e, anzi, la decisione sullo stesso, sicché, come si è osservato in dottrina, in caso di irrevocabilità della decisione sull'accertamento del fatto e sulla responsabilità dell'imputato, la sentenza di condanna è ormai divenuta definitiva sul tema della responsabilità, con l'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione su quella parte della sentenza non oggetto di annullamento»; così la sentenza in commento, in motivazione, § 8.1, p. 19.

quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»; così, giustificando un'interpretazione giurisprudenziale "estesa", che correla il venir meno della presunzione d'innocenza all'accertamento legale della sussistenza dell'*an* della responsabilità. Per contro, l'art. 27 comma 2 Cost. dispone che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»; il tenore letterale sembra, quindi, ancorare l'operatività del principio di non colpevolezza all'intervento di una decisione irrevocabile (e dotata di forza esecutiva *ex art. 650 c.p.p.*), mantenendo attuali le critiche già da tempo formulate da una parte della dottrina⁴⁷.

Nei medesimi termini, poi, si esprime il diritto dell'Unione Europea. La Direttiva 2016/343 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali prevede che «la presente direttiva dovrebbe applicarsi a ogni fase del procedimento penale fino a che non diventi definitiva la decisione che stabilisce in maniera finale se l'indagato o l'imputato abbia commesso il reato. Le azioni legali e i mezzi di ricorso che sono disponibili solo quando tale decisione è divenuta definitiva, comprese le azioni dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva»⁴⁸.

Se l'argomentazione delle Sezioni unite non persuade, i profili di possibile incompatibilità costituzionale risultano, però, risolti dalla soluzione in concreto prospettata. Infatti, posto che il giudicato parziale sulla parte deve comprendere non soltanto i punti della decisione afferenti alla sussistenza della responsabilità, ma anche quelli relativi alla definizione e determinazione (completa e certa) della pena principale,

⁴⁷ In dottrina E. JANNELLI, *La definizione costituzionale del giudicato*, cit., pp. 127 ss., osserva che «contrariamente alle norme convenzionali pattizie che ricollegano la presunzione di innocenza nel corso del procedimento al di qua del momento [...] in cui la colpevolezza sia stata legalmente stabilita [...] l'art. 27 comma 2 della Costituzione italiana ricollega alla condanna definitiva la caduta della presunzione di non colpevolezza. [...] La norma costituzionale, fondata tutta su una *ratio* di garanzia, rivendica una interpretazione rigida nella misura in cui concede il massimo spazio alle possibilità per l'imputato di far valere la presunzione di non colpevolezza: la quale necessariamente viene meno allorché la sentenza, contro cui non è più possibile alcuna impugnazione se non la revisione, diviene esecutiva. [...] il fatto che nel processo sia intervenuta la preclusione alla discussione sulla responsabilità dell'imputato, in forza di una impugnazione dal contenuto limitato ad aspetti meramente funzionali alla determinazione della pena ovvero in forza di un annullamento parziale della Corte di cassazione, non può certo spostare i termini del problema, dal momento che le diverse situazioni di preclusione non si traducono in situazioni ragionevolmente differenziate *ex art. 3 Cost.* tali da giustificare un trattamento diverso sul versante della verità processuale e della giustizia».

⁴⁸ In questi termini il Considerando n. 12 alla Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9.3.2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in GU UE 11.3.2016, L 65/1; nei medesimi termini l'art. 2 della Direttiva, nel definire l'ambito di applicazione, estende la portata del principio «dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato». Per un primo commento alla Direttiva, in dottrina, L. CAMALDO, *Presunzione d'innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 23.3.2016. Con l. 22.4.2021, n. 53, in GU 23.4.2021, n. 97, il Parlamento Italiano ha conferito delega al Governo per il recepimento, tra le altre, della Direttiva UE 2016/343.

il rapporto processuale può ritenersi – *in parte qua* e nel suo nucleo essenziale – sostanzialmente ed integralmente definito.

Prospettata in questi termini, l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte appare compatibile con la finalità rieducativa della pena⁴⁹, cui sono funzionalmente orientati tutti gli istituti processuali della fase esecutiva. Tra i presupposti del percorso di reinserimento sociale del condannato vi è «una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione»⁵⁰; riflessione che presuppone la completa e certa definizione anche del disvalore sociale della condotta, e quindi del trattamento sanzionatorio. Il necessario rispetto dell'art. 27 comma 3 Cost. avvalorava il superamento della tesi giurisprudenziale minoritaria: l'eseguibilità immediata di una pena minima inderogabile sulla base di computi ipotetici si poneva, peraltro, in indissolubile contrasto con i meccanismi di sospensione dell'ordine di esecuzione e con le misure alternative alla detenzione, tutti istituti fondati sull'entità della pena irrogata e da eseguire.

Infine, la soluzione avallata dalle Sezioni unite risulta in linea con le garanzie espresse dall'art. 13 Cost. con specifico riguardo al passaggio dallo *status* di imputato alla qualifica di condannato – in forza della sussistenza di un titolo esecutivo – e al conseguente mutamento della natura della restrizione della libertà personale, che da misura cautelare diviene esecuzione della pena. Come ricorda la giurisprudenza costituzionale, infatti, la disciplina dei termini massimi di durata della carcerazione preventiva è soggetta a riserva di legge rinforzata, che impone una interpretazione rigorosa della normativa ordinaria, proprio al fine di non affievolirne la funzione costituzionalmente necessaria⁵¹. Osserva al riguardo la Suprema Corte che l'irrevocabilità della statuizione sull'*an* della responsabilità non consente da sola di qualificare la detenzione dell'imputato come esecuzione della pena: «la rilevata mancanza di 'certezza' e di 'completezza' della pena conseguente al fatto che, nei casi di giudicato parziale relativo solo ai punti [relativi all'accertamento del fatto-reato ed alla sua attribuzione all'accusato], la determinazione della pena è ancora *sub iudice*, impedisce la formazione di un titolo esecutivo e, con essa, l'attribuzione alla detenzione della qualificazione di esecuzione della pena»⁵².

7. Suggestioni dottrinali: preclusione, giudicato ed esecutività.

L'intangibilità del giudicato, al di là delle sue recenti 'attenuazioni'⁵³, risponde all'esigenza di proteggere la stabilità dell'accertamento definitivo operato dal giudice e

⁴⁹ Da ultimo, la centralità della finalità rieducativa della pena è stata ribadita da Corte cost. 11.7.2018, n. 149, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 1632 ss. con nota di A. PUGGIOTTO, *Il 'blocco di costituzionalità' nel sindacato della pena in fase esecutiva*.

⁵⁰ Così espressamente l'art. 13 comma 3 ord. penit., sulla individualizzazione del trattamento, come introdotto dall'art. 11 comma 1 lett. d del d.lgs. 2.10.2018, n. 123, pubblicato in GU n. 250 del 26.10.2018.

⁵¹ Sul punto, in particolare, Corte cost. 28.7.2000, n. 397, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2798.

⁵² Così espressamente la sentenza in commento, in motivazione, §9.1.

⁵³ Il fenomeno di progressivo affievolimento dell'intangibilità del giudicato è il risultato di spinte esterne sia

intende evitare l'apertura di nuove vicende giudiziarie sul medesimo oggetto, così rappresentando il punto di incontro e di bilanciamento tra diversi interessi: dello Stato, a tutelare l'autorità della giurisdizione; della persona, ad evitare l'esposizione *sine die* al giudizio penale; collettivo, alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche⁵⁴.

In controtendenza rispetto ai *dicta* della giurisprudenza di legittimità, la dottrina rimane su posizioni critiche quanto al fondamento stesso del concetto di giudicato progressivo, soprattutto nei casi in cui il giudizio di annullamento con rinvio investa esclusivamente i punti della motivazione attinenti al trattamento sanzionatorio e l'accertamento di responsabilità divenga, per l'effetto, impermeabile al successivo maturare di cause di non punibilità⁵⁵. Chiare le esigenze che orientano l'interpretazione offerta a più riprese dalla Suprema Corte: preservare l'accertamento del fatto già raggiunto nel giudizio di merito ed evitare che venga travolto dalla prescrizione. Altrettanto evidente appare, però, l'incompatibilità con il principio del *favor rei* che informa, per contro, la quasi totalità delle ipotesi di superamento del giudicato in fase esecutiva⁵⁶.

Resta allora da chiedersi quale sia il portato applicativo della «cosa giudicata» ai sensi dell'art. 624 c.p.p., seppure nei nuovi limiti disegnati dalla pronuncia delle Sezioni unite qui in commento; vale a dire, se possano essere richiamate le categorie classiche del giudicato formale e sostanziale, oppure se sussistano altri concetti giuridici, di matrice dottrinale, idonei a descrivere il fenomeno in modo più compiuto.

Guardando agli effetti, il giudicato parziale evoca soltanto alcuni degli effetti tipici della decisione irrevocabile, escludendone espressamente altri. Coerentemente con le peculiarità del giudicato formale, infatti, l'irrevocabilità della pronuncia sui punti non annullati determina l'irrilevanza di eventuali cause di non punibilità sopravvenute alla decisione di annullamento. D'altro canto, non si determina in via automatica l'immediata esecutività della sentenza, che è incapace di investire in modo autonomo i soli punti non annullati, ma attiene alla pronuncia definitiva nel suo complesso⁵⁷.

di natura sovranazionale, sia di fonte costituzionale, improntate al perseguimento di garanzie soggettive del condannato. Si pensi, a puro titolo esemplificativo, all'estensione delle ipotesi di revisione con l'introduzione della cd. revisione europea, così come 'aggiunta' da Corte cost. 7.4.2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1523 ss. con nota di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*. E, ancora, con specifico riguardo al trattamento sanzionatorio, valga il generico richiamo a tutti i casi in cui la pena deve subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona; tra le molte Cass., Sez. un., 29.5.2014, n. 42858, Gatto, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 975 ss. con nota di D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*.

⁵⁴ In dottrina, sul punto, C. CONTI, *La preclusione nel processo*, cit. pp. 216 ss. L'autrice ripercorre i fondamenti teorici e costituzionali della "somma preclusione" costituita dal giudicato, riconoscendogli, in parallelo rispetto alla duplice dimensione -soggettiva e oggettiva- delle garanzie del giusto processo, il ruolo di bilanciamento tra valore statale e presidio individuale.

⁵⁵ Per una panoramica delle posizioni critiche in dottrina, si veda C. CONTI, *La preclusione nel processo*, cit., p. 224 e nota 32.

⁵⁶ Costituiscono eccezione espressa, al riguardo, i casi di richiesta di revoca in sede esecutiva della sospensione condizionale della pena, dell'amnistia, della grazia e dell'indulto, ex art. 674 c.p.p.

⁵⁷ Più diffusamente, in merito, F. CAPRIOLI, *Irrevocabilità, esecutività, giudicato*, in F. Caprioli – D. Vicoli (a cura di), *Procedura penale cit.*, p. 62, laddove si evidenzia in particolare che «riconoscere il formarsi del giudicato

Né, parimenti, può ritenersi pienamente soddisfacente il richiamo alla categoria dogmatica della preclusione. Da un lato, guardando alla funzione, preclusione e giudicato parziale condividono l'obiettivo di impedire l'attività processuale sottraendo poteri giurisdizionali al giudice penale. Dall'altro lato, tuttavia, guardando agli effetti, la preclusione resta un fenomeno endoprocessuale, tanto è vero che consente l'emersione di questioni rilevabili d'ufficio⁵⁸.

Allo stato attuale, l'unica alternativa percorribile appare, allora, "relegare" la formazione progressiva del giudicato ad un *tertium genus* e ad una dimensione speciale entro gli stretti confini della disciplina di cui all'art. 624 c.p.p., così come interpretata, da ultimo, anche dalla sentenza in commento. In questa direzione sembrava andare la Consulta, nell'unica pronuncia nella quale ha riconosciuto 'diritto di cittadinanza', nell'ordinamento interno, al giudicato parziale. Si è detto, però, che la Corte costituzionale è stata investita della questione di compatibilità tra formazione progressiva del giudicato e principi fondamentali soltanto una volta, in via incidentale ed in epoca storica ormai risalente nel tempo⁵⁹.

I termini della questione, oggi, potrebbero essere parzialmente mutati anche in ragione delle influenze di fonte sovranazionale. Infatti, la Direttiva UE 2016/343, sul rafforzamento della presunzione d'innocenza, i cui termini di recepimento sono ampiamente scaduti, è stata oggetto recentemente del conferimento di Delega al Governo per la sua attuazione⁶⁰. Per vero, la Direttiva europea si caratterizza quale strumento di armonizzazione di *soft law*, lasciando ampi margini di discrezionalità in capo agli Stati membri in ordine alle modalità di adozione delle relative previsioni nei singoli ordinamenti interni. Pertanto, molto dipenderà dal modo con cui il Governo italiano deciderà di dare attuazione alla delega proveniente dal Parlamento. Se, come prospettano in chiave critica i primi interventi in dottrina, l'Esecutivo adotterà provvedimenti di mera *compliance formale*, recependo in via letterale la Direttiva UE (anche per evitare procedure d'infrazione), il rischio sarà di vedere demandata l'attribuzione di contenuti specifici all'attività interpretativa della giurisprudenza⁶¹. Con un attore indispensabile sulla scena, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che potrà

sul punto significhi ammettere che i punti della sentenza non annullati dalla corte di cassazione sono irrevocabili ma non eseguibili. Così ragionando, tuttavia, si contraddice apertamente il disposto dell'art. 650 c.p.p., che individua proprio nell'esecutività il tratto saliente della decisione irrevocabile. L'alternativa - altrettanto insoddisfacente - è ritenere che il legislatore processuale utilizzi il concetto di irrevocabilità in due diverse accezioni», l'una ex art. 624 comma 2 c.p.p., l'altra ex artt. 648 e 650 c.p.p.

⁵⁸ Si rinvia, sul punto, a F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, pp. 837-834 e nota n. 20. L'Autore, in particolare, osserva che «se il giudicato è preclusione (e si distinguono solo per gli effetti extraprocessuali del primo ed endoprocessuali della seconda), non si comprende perché il giudicato parziale possa paralizzare i poteri d'ufficio del giudice e la preclusione no». In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 19.1.2000, n. 1, Tuzzolino, cit.

⁵⁹ Il tema è affrontato più diffusamente *supra*, § 6, note nn. 43, 44.

⁶⁰ Nel dettaglio, *supra*, § 6, nota n. 48.

⁶¹ La riflessione è offerta da S. MONTALDO, *Relazione di chiusura*, al Convegno organizzato dall'Unione delle Camere Penali Italiane, *La presunzione di innocenza dopo il recepimento della Direttiva UE: alcune esperienze straniere e prospettive di applicazione*, 7.5.2021.

7-8/2021

essere investita di questioni pregiudiziali comunitarie anche con riguardo al rapporto tra presunzione di non colpevolezza e formazione progressiva del giudicato.

IN MEMORIA DELL'ABUSO D'UFFICIO?

Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.

di Manfredi Parodi Giusino

Il contributo esamina l'ultima riforma, ad opera del d. l. 76/2020, del delitto di abuso di ufficio (art. 323 c.p.). La nuova disciplina – ispirata dal dichiarato intento di evitare, una volta per tutte, le indebite ingerenze del giudice penale nel terreno della discrezionalità amministrativa – appare segnata da notevoli difetti tecnici, da incoerenza interna e, soprattutto, da confini esageratamente ristretti, che la rendono inadeguata alla necessaria tutela dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Le numerose critiche che la riforma ha sollevato e le prime interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza lasciano già presagire che, probabilmente, si verificherà un ulteriore ritorno al regime del passato.

SOMMARIO: 1. Le ragioni della (ennesima) riforma del 2020. – 2. Davvero una riforma nuova? – 3. I difetti attribuiti alla formulazione della fattispecie di abuso di ufficio nella formulazione del 1997. – 3.1. Il problema della indeterminatezza della fattispecie dell'art. 323 c. p. – 3.2. L'indebita ingerenza del giudice penale nell'attività discrezionale della P. A. – 4. La riconversione ermeneutica dell'art. 323. – 5. Il d. l. "semplificazioni" e l'ultima riforma dell'abuso d'ufficio. – 5.1. Esclusione dei regolamenti. – 5.2. Violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge. – 5.3. Violazione "mediata" della legge. – 5.4. Le regole "dalle quali non residuino margini di discrezionalità". – 5.5. Le fattispecie "in sostituzione" del depauperato abuso d'ufficio. – 6. Era meglio abrogare l'art. 323? – 7. La tutela penale dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Conclusioni.

1. Le ragioni della (ennesima) riforma del 2020.

È trascorso un anno dall'emanazione del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il cui art. 23 ha profondamente modificato l'art. 323 del codice penale: forse è già il momento per cercare di valutare, alla luce dei numerosi contributi teorici e di alcune pronunce della giurisprudenza, quale sia stato l'impatto della riforma sul sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione. Nel far ciò, non si intende ripercorrere per intero il tormentato percorso del delitto di abuso di ufficio, ma ci limiteremo a considerare soltanto quest'ultima sua trasformazione (la quarta, rispetto alla originaria versione del 1930), con alcuni indispensabili riferimenti alla precedente versione della fattispecie, quella risultante dalla legge 234 del 1997.

Come è ben noto, l'intento dichiarato dal Governo¹, di fronte alle urgenze di carattere sanitario, economico e di gestione delle risorse pubbliche, derivanti dalla pandemia da Covid-19, è stato quello di liberare gli amministratori pubblici dalla preoccupazione di incorrere in responsabilità penali, dalla quale era stata generata la "paura della firma", con il più ampio fenomeno della "burocrazia difensiva"²: le esitazioni, i ritardi o le astensioni da parte dei pubblici funzionari avrebbero contribuito a diminuire l'efficienza complessiva dell'apparato statale ed ostacolare il buon andamento della pubblica amministrazione, riflettendosi, dunque, negativamente sulla sua capacità di far fronte alle innumerevoli esigenze poste dalla pandemia.

Una simile paura – è del tutto impossibile ed ingiusto negarlo – è più che fondata³: con riguardo alla possibilità di essere chiamati a rispondere per abuso d'ufficio, troppe volte le indagini o i processi avviati si sono risolti con un nulla di fatto⁴, dando sì luogo a sentenze di non doversi procedere o ad assoluzioni, ma lasciando sulla pelle dei funzionari i terribili segni che portano con loro le condanne penali, sebbene non definitive, e, ancor prima, lo stesso procedimento penale, con tutti i suoi altissimi "costi" in termini umani, sociali ed anche economici. Tanto che è stato sostenuto che l'immobilismo non sia provocato da "ingovernabili angosce e blocchi emotivi", ma piuttosto da un lucido calcolo tra costi e benefici da parte dei funzionari⁵.

Questo scarto fra procedimenti avviati e sentenze di condanna è stato addebitato alla imprecisione o indeterminatezza dell'art. 323, la cui formulazione ("violazione di norme di legge o di regolamento"), priva di limiti contenutistici dopo la riforma del 1997, avrebbe consentito interpretazioni formalistiche ed eccessivamente estensive della legge (pur contro le stesse intenzioni del legislatore)⁶ ed avrebbe consentito ad alcune procure di "utilizzare" la fattispecie di abuso d'ufficio come grimaldello per avviare indagini a tutto campo negli uffici pubblici, mirando ad accertare altri, più gravi fatti (ad es. di corruzione)⁷. Qui, per inciso, si può osservare come, in relazione a tale ultima considerazione, è stato fatto notare che in realtà, se le sentenze di condanna sono così

¹ Secondo quanto comunicato dal Presidente del Consiglio, Conte, nella conferenza stampa del 7 luglio 2020, anche attraverso una slide, con gli slogan "funzionari pubblici: basta paura, conviene sbloccare", "stop alla paura della firma" e "più rischi per il funzionario che tiene fermi procedimenti ed opere, non per quello che li sblocca".

² Questa terminologia – in analogia a quella di "medicina difensiva" adottata per descrivere la corrispondente preoccupazione di incorrere in responsabilità penali da parte dei sanitari – è generalmente diffusa: per tutti, v. A. MANNA – G. SALCUNI, [Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio](#), in *Leg. pen.*, 17.12.2020; M. GAMBARDILLA, [Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 7/2020, p. 136. Di "amministrazione difensiva" parla A. MERLO, [Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2021, p. 76.

³ In tal senso T. PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio](#), in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, p. 1.

⁴ Relativamente al 2018 le sentenze di condanna sarebbero circa l'1% dei procedimenti iscritti: per più ampi e dettagliati risultati statistici v. S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni su due recenti modifiche dell'abuso di ufficio* (art. 323 c. p.), in *Foro it.*, V, 2020, c. 372, nota 9.

⁵ Come ritiene V. VALENTINI, [Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio](#), in *disCrimen* 14.9.2020, p. 2.

⁶ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, 5ª ed., Bologna, 2012, p. 252.

⁷ Come ha sostenuto C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, V, 1999, c. 340.

poche rispetto al numero dei procedimenti, ciò può essere anche indice del fatto che non all'imprecisione della legge occorre addebitare l'elevato numero dei procedimenti, ma, piuttosto, ad un atteggiamento spregiudicato degli organi della pubblica accusa, visto che, infatti, una applicazione più puntuale dell'art. 323 nelle successive fasi del giudizio ha condotto nel maggior numero dei casi a ritenere inesistente il reato⁸.

Per impedire, comunque, una indebita ingerenza del giudice penale nel campo delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, il legislatore del 1997, com'è ben noto, ha ritenuto necessario escludere la rilevanza degli atti connotati da eccesso di potere, poiché questi ultimi sono proprio quelli in relazione ai quali è necessario accertare un eventuale abuso del potere discrezionale: l'eccesso, infatti, può essere identificato con il cattivo uso del potere discrezionale, quando questo viene indirizzato verso finalità diverse da quelle per cui il potere è stato assegnato dalla legge al p.u. o addirittura incompatibili con esse (sviamento di potere). Per ottenere il risultato voluto, cioè per evitare sconfinamenti da parte del giudice penale, nella formulazione del 1997 la condotta tipica è stata descritta non più come il fatto del p. a. che "abusa dell'ufficio", bensì attraverso le parole "violazione di norme di legge o di regolamento", con le quali si voleva fare riferimento ai vizi tipici del provvedimento amministrativo, allo scopo di escludere la rilevanza dell'eccesso di potere per mezzo di una indicazione *a contrario*: menzionando espressamente soltanto il vizio della violazione di legge e non menzionando l'eccesso, si intendeva escludere la tipicità di quest'ultimo.

Altrettanto noto, come si vedrà meglio più avanti, è il fatto che la riforma del 1997, nella lettura data all'art. 323 da buona parte della dottrina e dalla giurisprudenza via via prevalente, non abbia prodotto i risultati che il legislatore di quella riforma si aspettava; ed allora, di fronte alle urgenze poste dalla pandemia, per liberare definitivamente gli amministratori dalla paura e dall'immobilismo di cui si è detto, si è pensato – ancora una volta – che occorresse una ulteriore (quarta) modifica⁹ dell'art. 323, e se ne è riformulato parzialmente il testo, in modo da escludere radicalmente, con espressioni *tranchant*, la rilevanza penale di ogni atto che sia esercizio di un potere discrezionale, evitando, di conseguenza, il controllo del giudice penale sugli atti discrezionali della P. A.: in questo modo sarebbero completamente risolti tutti quei problemi, gli amministratori potrebbero dormire sogni tranquilli e così la pubblica amministrazione potrebbe finalmente raggiungere elevati standard di efficienza e rapidità di azione¹⁰, in modo da riuscire a soddisfare le esigenze derivanti dalla lotta alla pandemia.

⁸ Per queste considerazioni cfr. M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 136 ss. G.L. GATTA, [Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto semplificazioni e la riforma parziale dell'abuso di ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' \(e la riserva di legge?\)](#), in questa *Rivista*, 17 luglio 2020, p. 8, considera "eccessiva e nel complesso infondata" la sfiducia nelle capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti.

⁹ La riforma dell'art. 323 è stata giudicata auspicabile da A. NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020, p. 6.

¹⁰ Per questa lettura delle intenzioni del legislatore v., per tutti, S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 373, e A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit. p. 2.

2. Davvero una riforma nuova?

L'intervento di riforma, attuato col decreto legge 76/2020 (approvato dal Consiglio dei Ministri "salvo intese"¹¹), è stato giudicato frutto di "populismo penale a doppia velocità"¹², espressione di una strategia di consenso politico attuata attraverso la politica criminale, che si presenta, secondo le esigenze del momento, ora col volto terribile della legge "spazza-corrotti" (l. 9 gennaio 2019, n. 3, contenente misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione), ora con quello, dichiaratamente rassicurante, di questo "decreto semplificazioni".

Soprattutto, è davvero fortissima l'impressione di trovarsi di fronte ad una situazione *déjà vu*: le considerazioni di politica criminale, la valutazione dei problemi da risolvere, gli obiettivi perseguiti e (per una certa parte della fattispecie di reato) le modalità tecniche di (ri)scrittura dell'art. 323, secondo cui oggi si è proceduto alla modifica dell'abuso d'ufficio, sembrano per molti aspetti una fotocopia di quelle che portarono alla precedente riforma ad opera della legge 16 luglio 1997, n. 234¹³.

Anche allora, infatti, si disse che, a causa della discutibile, perché troppo imprecisa e troppo ampia¹⁴, descrizione della condotta tipica come "abuso", la fattispecie era carente sotto il profilo della determinatezza¹⁵; che ciò consentiva indebite e dannose "incursioni" del giudice penale in un campo che avrebbe dovuto essere riservato al necessario spazio di discrezionalità della pubblica amministrazione¹⁶; che tali eccessi rigoristici della magistratura generavano nei pubblici funzionari la paura di andare incontro a responsabilità penali, con il conseguente immobilismo¹⁷; che il modo per

¹¹ Sul punto vedi le critiche mosse da G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 11 ss.

¹² Da N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2021, p. 9.

¹³ Sulla quale sia consentito rinviare a M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 879 ss.

¹⁴ È nota la definizione di "enorme contenitore", data all'abuso di ufficio da A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1395, a seguito della completa ristrutturazione del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione operata dalla legge 26 aprile 1990, n. 86: l'art. 323, infatti, aveva "ereditato" lo spazio in precedenza occupato dal peculato per distrazione (cosa discussa), da una parte dell'interesse privato in atti d'ufficio e da una parte della fattispecie di omissione di atti d'ufficio.

¹⁵ In tal senso cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Bologna, 2007, p. 245, che hanno considerato la fattispecie, come risultante dopo la riforma del 1990, addirittura una "mina vagante", capace di suscitare panico e allarme fra gli amministratori pubblici.

¹⁶ V., per tutti, V. PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al diritto. Il Sole – 24 Ore*, 2 agosto 1997, p. 18.

¹⁷ Poco prima della riforma dell'abuso d'ufficio del 1997, A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 535 ss., aveva descritto così la situazione dei funzionari pubblici, in termini perfettamente aderenti alla (uguale) situazione del 2020: "...colui che ritiene di essere trattato dal funzionario senza la dovuta imparzialità sporge denuncia per abuso di ufficio. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale spinge poi il pubblico ministero a svolgere indagini penali; e, in relazione a queste indagini, viene rivolta al funzionario una informazione di garanzia: con la quale, se il funzionario è innocente, il più del danno è fatto. I giornali, la radio, la televisione si impossessano della notizia, dandole spesso una importanza esagerata, e con troppa facilità giungono a distruggere moralmente l'indagato. Quando poi si arriva all'archiviazione (si dice che ciò avvenga in una percentuale superiore

risolvere tutto questo era quello di escludere il controllo da parte del giudice sull'uso del potere discrezionale della P. A. e che, dunque, per raggiungere questo obiettivo si dovessero estromettere dalla fattispecie dell'abuso di ufficio gli atti di esercizio della funzione amministrativa connotati da eccesso di potere¹⁸.

Ricordiamo, inoltre, – anche se tali ulteriori profili non sono stati affatto interessati dalla riforma del 2020 – che dal 1997, per rendere più pregnante il fatto rispetto al canone della offensività, l'ingiusto vantaggio ed il danno ingiusto, sino ad allora oggetto di un semplice dolo specifico, sono configurati come veri e propri eventi (escludendo la rilevanza del vantaggio non patrimoniale), che il reo deve aver preso di mira con dolo intenzionale (essendo, dunque, insufficiente ad integrare il profilo soggettivo che tali eventi siano oggetto di un mero dolo diretto o eventuale).

Sembra, insomma, di poter dire che i tormenti legati alla disciplina dell'abuso di ufficio siano destinati ad un continuo ritorno nel sistema penale italiano: “ci ritroviamo (apparentemente immemori) sempre allo stesso punto di partenza”¹⁹.

3. I difetti attribuiti alla formulazione della fattispecie di abuso d'ufficio nella formulazione del 1997.

Prima di considerare se l'ultima configurazione del delitto di abuso d'ufficio sia connotata dalle stesse carenze della precedente, sembra opportuno verificare se davvero la fattispecie, come riformulata dalla l. 234 del 1997, fosse affetta da così gravi difetti: potrebbe, infatti, confermarsi l'impressione, già espressa con riferimento a quest'ultima modifica, che i problemi, nascessero non tanto dalla struttura del reato, ma dalla concreta applicazione che di essa era stata fatta. La verifica riguarda essenzialmente due principali profili: il lamentato difetto di determinatezza ed il fatto che la norma rendesse possibile una indebita ingerenza del giudice penale nel campo della discrezionalità amministrativa.

all'80%), questa notizia sembra non interessare più nessuno ... Il risultato pratico di tutto questo è facilmente intuibile. Molti tra gli amministratori corretti (quelli infedeli sanno valutare meglio i rischi e, comunque, hanno qualcosa di tangibile con cui bilanciarli) sono terrorizzati dal pericolo di una incriminazione. Di conseguenza, preferiscono rimanere inerti, piuttosto che compiere atti che, pur essendo, a loro giudizio, conformi alle leggi e ai criteri di buona amministrazione, essi temono che in qualche modo li possano coinvolgere in una responsabilità penale. Ciò determina, a lungo andare, una sorta di paralisi dell'amministrazione, specie ove si tratti di enti locali”.

¹⁸ Per considerazioni al riguardo cfr. S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1252; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere*, in AA. VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997, p. 68 ss.

¹⁹ Così T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 2; in senso analogo M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, p. 136, il quale, in relazione alle dichiarazioni fatte dal Presidente Conte sulle ragioni della riforma, dubita che la scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione dipenda dalla presenza dell'abuso d'ufficio e che sia quest'ultimo ad ostacolare la ripartenza dell'Italia dopo la pandemia. Per valutazioni sulla situazione anteriore alla riforma del 2020, cfr. G. DI VETTA, [L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»](#), in *Criminalia*, 2016, p. 399 ss.

3.1. Il problema della indeterminatezza della fattispecie dell'art. 323 c. p.

Non ci sembra che l'art. 323 fosse formulato in termini tanto imprecisi, vaghi, da non consentire una adeguata comprensione della portata dell'incriminazione o da lasciare al giudice margini inaccettabilmente ampi di spazio interpretativo, tali da consentirgli arbitrii²⁰. Certo, la possibilità di interpretazioni (esageratamente) estensive caratterizza molte disposizioni incriminatrici, ma, appunto, una buona interpretazione, che rispetti il senso letterale, sistematico, teleologico della norma e la inquadri nell'ambito dei principi costituzionali, permette di evitare decisioni ingiuste.

In primo luogo, se si considera il requisito della "violazione di norme di legge o di regolamento" isolatamente, sganciandolo dal resto degli elementi del fatto, è evidente che esso non fornisce alcuna indicazione idonea a limitare la portata dell'incriminazione: le parole "in violazione di norme" potrebbero, se prese alla lettera, indicare qualsiasi violazione di qualsiasi legge o regolamento, anche di quelli che impongono minuziosi doveri meramente formali, conferendo alla disposizione dell'abuso una insopportabile vaghezza e privandola di un adeguato coefficiente di offensività.

Ma non è questa l'interpretazione corretta. La più attenta dottrina ha evidenziato come tra la violazione di norme e il verificarsi degli eventi di vantaggio o danno deve esservi un nesso causale, che restringe il campo delle violazioni rilevanti, imponendo di considerare tipiche soltanto quelle per le quali l'abuso del potere o del servizio pubblico sia funzionale alla produzione dell'evento. Questa lettura non indica soltanto una delle possibili opzioni, ma è imposta dal collegamento con l'altro requisito della fattispecie, che il fatto sia commesso "nello svolgimento delle funzioni o del servizio": ciò va inteso non come un collegamento meramente occasionale tra svolgimento delle funzioni o del servizio e violazione delle norme, ma nel senso che sono tipiche soltanto quelle violazioni di norme di legge o di regolamento che, attraverso un esercizio distorto dei poteri, abbiano consentito al pubblico ufficiale di procurare un vantaggio o arrecare un danno, entrambi ingiusti. Le parole «in violazione di norme», quindi, vanno intese come equivalenti a "violando" o "mediante la violazione": soltanto in questo caso può parlarsi di abuso (come ancora indicato nella rubrica dell'art. 323²¹).

Da quanto detto segue che potrà essere presa in considerazione soltanto la violazione di norme pertinenti all'esercizio delle funzioni o del servizio e tali da provocare gli eventi²². Ciò permette, dunque, di escludere la rilevanza penale ai sensi

²⁰ Secondo M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 138, in base ad una ben argomentata analisi, "la scarsa determinatezza e precisione, sotto il profilo della tecnica legislativa, dell'abuso d'ufficio non sembrano corrispondere alla reale configurazione del delitto *de quo* dopo la riforma del 1997. L'abuso di ufficio nella versione 1997 è stato infatti oggetto di una dettagliata tipizzazione".

²¹ Per l'importanza del riferimento all'abuso nella rubrica dell'art. 323 ai fini di una esatta interpretazione della disposizione v. A. SPENA, *Commento all'art. 323*, in M. Ronco – B. Romano, *Codice penale commentato*, 4^a ed., Milanofiori Assago, 2012, p. 1706.

²² Così, esattamente, M. NADDEO, [La nuova struttura dell'art. 323 c.p.](#), in *Archiviopenale web*, 1, 19 febbraio 2021; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011,

dell'art. 323 c. p. di tutte quelle violazioni puramente formali, o di norme meramente procedurali²³, che non abbiano avuto una conseguenza diretta nella provocazione degli eventi e siano rimaste al livello di semplici violazioni dei doveri²⁴ del pubblico agente, senza ripercuotersi, attraverso un nesso causale, sul risultato finale del vantaggio o del danno. Tale lettura della fattispecie, riguardo al collegamento funzionale tra la condotta e gli eventi tipici, appare la sola conforme al principio di offensività, giacché a nulla varrebbe richiedere, perché il reato sia integrato, un evento di ingiusto vantaggio o ingiusto danno, se il disvalore della condotta non fosse intimamente collegato con quello di evento.

Ancor di più, poi, la fattispecie restringe il campo della condotta illecita attraverso la tipizzazione dell'aspetto soggettivo del reato²⁵, essendo richiesto un dolo intenzionale²⁶ in relazione all'evento. Perché non una qualsiasi violazione di una qualsiasi legge assume rilevanza, ma soltanto quella che sia piegata, anche nella rappresentazione del reo, al risultato del vantaggio o del danno, non consentito perché ingiusto. Sembra più esatto ritenere, al riguardo, che il dolo di abuso di ufficio richieda non soltanto l'intenzione riferita all'evento, ma anche la consapevolezza, da parte del p. a., di svolgere una pubblica funzione o un pubblico servizio e di violare le leggi che lo regolano, in modo tale da potere raggiungere il risultato preso di mira; occorre, precisamente, che egli si renda conto che sta svolgendo le funzioni o il servizio in violazione delle norme che li regolano, e ciò allo scopo di ottenere un ingiusto vantaggio o arrecare un danno ingiusto: un errore sulle leggi extrapenali che disciplinano l'attività del pubblico agente esclude, dunque, il dolo di abuso²⁷. Inoltre, occorre anche la piena

p. 310; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I. I delitti dei pubblici ufficiali*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 938; A. SPENA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1705.

²³ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, p. 211; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit. p. 6; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 140. *Contra* N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 17. In senso dubitativo V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 11.

²⁴ Non integra il reato il semplice abuso di qualità né la violazione di doveri che non siano predisposti per evitare che dall'attività del p. u. derivino ingiusti vantaggi o ingiusti danni: A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10ª ed., Milano, 2008, p. 292 ss.

²⁵ A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 61, (con riferimento a Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1998, in *Ced. Cass.*, n. 211928, secondo cui "con l'avverbio 'intenzionalmente', correlato al verbo 'procura' la lettera della legge intende che la volontà debba essere diretta proprio a cagionare l'evento. La ratio dell'incriminazione è pertanto circoscritta ad una violazione di norme ... strumentale ad un evento penalmente illecito, escludendo così da censura l'attività amministrativa in quanto meramente affetta da vizi di illegittimità") nota esattamente come "Lungi dal ridursi ad un dato rilevante solo sul piano dell'accertamento psicologico, l'intenzionalità costituisce altresì un elemento tipizzante che dà sostanza penalistica alla fattispecie di abuso, altrimenti indistinguibile da ogni altra infrazione a carattere disciplinare o amministrativo" (corsivo nostro).

²⁶ Isolata la posizione di A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 320 ss., secondo cui è sufficiente che il p. u. agisca con dolo diretto, cioè in vista di un fine diverso da ciò che costituisce l'evento del reato, ma con la certezza di procurare un vantaggio ingiusto o arrecare un danno ingiusto.

²⁷ Ciò è generalmente riconosciuto dalla dottrina: v. per tutti, C. BENUSSI *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 1016; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. P. s., I*, cit., p. 303; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 281.

consapevolezza, da parte del reo, dell'ingiustizia dei risultati, cui egli mira: non basta, infatti, che egli, violando la legge, voglia conseguire uno di essi senza essere certo se siano ingiusti o meno, in quanto la fattispecie richiede che nel fuoco dell'intenzione vi sia non un vantaggio o danno qualsiasi, ma precisamente un vantaggio o un danno ingiusto; perciò anche un errore (di fatto o su norma extrapenale) sull'ingiustizia del risultato esclude il dolo ed il reato²⁸. Infine, come è generalmente riconosciuto, si richiede che l'ingiusto vantaggio o danno costituisca lo scopo primario in vista del quale il reo ha agito, essendo escluso il reato se egli abbia preso direttamente di mira l'interesse pubblico, rappresentandosi anche, come conseguenza accessoria della sua condotta, il fatto di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto o un danno ingiusto²⁹. Viceversa, l'intenzionalità del fine privato non è esclusa dall'eventuale compresenza di un altro scopo collaterale, secondario³⁰.

Quanto all'ingiustizia in sé, com'è noto, alcuni la considerano un connotato di semplice illiceità espressa, dipendente dalla condotta, in quanto questa è compiuta in violazione della legge, come è richiesto dalla fattispecie³¹. Però, se così fosse, l'attributo sarebbe del tutto superfluo: intenderlo in questo modo equivale ad una *interpretatio abrogans*. Nel senso più esatto, per la dottrina prevalente³² e, soprattutto, per la costante

²⁸ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, 3ª ed., Milano, 2013, p. 318.

²⁹ Sul punto, v. S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 1073, con giurisprudenza; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. P. s.*, I, cit., p. 288, dove si osserva che la limitazione è divenuta necessaria, una volta trasformato l'abuso di ufficio in reato di evento: in effetti, ogni azione della P. A. arreca sempre vantaggi o danni a qualcuno; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 140, con giurisprudenza. In via negativa, Corte cost., ord. 251/2006 ha affermato che "in base ai principi affermati nella giurisprudenza di legittimità non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale". Secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, in B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 122, il rischio che il baricentro della tipicità sia reso "pericolante" non dipende dalla nozione di abuso, ma "esclusivamente dalla disciplina di diritto pubblico ... contorta, confusa, slabbrata" (corsivo nel testo).

³⁰ Cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 1013.

³¹ Tra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5ª ed., cit., p. 250; A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 52 ss. Prospetta il rischio che la riforma del 2020 orienti verso una inutile duplicazione del requisito dell'ingiustizia M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 19 ss.

³² V., per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 314 ss.; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 128 ss.; C. BENUSSI *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 997 ss.; A. TESAURO, *Violazione di legge*, cit., p. 196; A. SPENA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1706; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit. p. 141.

Interessante, al riguardo, la possibilità di prendere in considerazione, come elemento capace di escludere l'ingiustizia, i c. d. interessi "zonali", come quelli di una area geografica o socio-politica che il pubblico agente rappresenta, soprattutto quando egli ricopra una carica politica o eserciti un mandato elettivo (v. A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, P. s.*, cit. p. 279 ss.; S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit. p. 1078); una simile valutazione, da "maneggiare con cura" estrema, per evitare indebite coperture, può consentire di escludere il carattere oggettivo o, perlomeno, il dolo relativo all'ingiustizia del vantaggio o del danno. Ciò può costituire una opportuno regolatore della "valvola" che dà accesso alla punibilità, in modo da non mortificare le iniziative volte, in buona fede, al perseguimento di utilità non private, in nome

giurisprudenza³³ (diritto vivente) deve trattarsi di una ulteriore, “doppia” ingiustizia, che può esservi soltanto quando, oltre alla condotta, siano contrari ad un’altra³⁴ norma dell’ordinamento giuridico anche il vantaggio o il danno (illiceità speciale).

Dal fatto che l’abuso sia rivolto intenzionalmente verso uno scopo oggettivamente ingiusto e che, dunque, debba essere tale anche nella rappresentazione del reo discende che il reato richiede necessariamente una oggettiva strumentalizzazione dei poteri esercitati dal p. u., che vengono piegati verso un fine privato, inevitabilmente diverso da quello pubblico, per il quale il potere è stato attribuito (abuso)³⁵.

Complessivamente, nella ricostruzione del dolo di abuso, occorre tenere conto di tutti i profili della rappresentazione e della volontà del reo, escudendo il dolo se non viene accertato che egli sapesse: a) di essere un pubblico ufficiale o un incaricato di p. s.; b) di agire nello svolgimento delle funzioni o del servizio; c) di violare una norma di legge o di regolamento, pertinente alla funzione o servizio; d) che tale violazione fosse causa dell’evento di vantaggio o danno; e) che tali eventi fossero (ulteriormente) ingiusti. In aggiunta alla consapevolezza, è necessario che il vantaggio o danno, con l’ingiustizia che li qualifica, fossero presi direttamente di mira (voluti) come fine primario della condotta di violazione delle norme, non essendo sufficiente per l’esistenza del reato che tali eventi fossero soltanto rappresentati dal reo come conseguenze, certe o possibili, di un’azione od omissione direttamente rivolta al soddisfacimento di un interesse pubblico.

A conclusione di questa verifica, ci sembra che, se interpretata in modo non formalistico, ma piuttosto ponendo i singoli requisiti di fattispecie in relazione l’uno con l’altro, e concentrando l’analisi sul disvalore di evento, nel suo inscindibile collegamento con il disvalore della condotta (nel suo duplice profilo oggettivo e soggettivo), la fattispecie del delitto di abuso di ufficio, dopo la riforma del 1997, non potesse dirsi viziata da un particolare deficit di determinatezza.

3.2. *L’indebita ingerenza del giudice penale nell’attività discrezionale della P. A.*

Su tale argomento, le posizioni sostenute nel dibattito sono così note che ci sembra – nonostante la particolare importanza della questione – di potere fare un riferimento molto sintetico.

Si dice: nell’accertare che il p. u. abbia usato il potere per uno scopo diverso da quello cui il potere doveva essere orientato, piegando la funzione verso scopi privati, il giudice penale, pressoché inevitabilmente, “entra a gamba tesa” là dove non dovrebbe,

di una ampia classe di soggetti rappresentati dal pubblico agente.

³³ Orientamento costante: Cass pen., Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 48913, in *CED Cass.*, 265473; Cass. pen., Sez. VI, 25 agosto 2014, n. 36125, in *Foro it.*, 2015, II, c. 185.

³⁴ Secondo A. DI MARTINO, *Abuso d’ufficio*, in A. Bondi – A. di Martino – G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 259, la doppia ingiustizia potrebbe dipendere anche dalla violazione della stessa norma, considerando quest’ultima una prima volta nella prospettiva della condotta ed una seconda volta in riferimento all’evento.

³⁵ Particolarmente chiara e convincente, sul punto, l’argomentazione sviluppata da A SPENA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1706 ss.

cioè nell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione e, in pratica, sostituendosi ad essa nel valutare quali siano le scelte più idonee nel merito a perseguire il pubblico interesse e ad assicurare il buon andamento della P. A. Per evitare che ciò accada, è necessario precludergli la possibilità di accertare se vi sia stato un eccesso di potere, poiché quest'ultimo si verifica proprio quando si abusa del potere discrezionale³⁶. Questo era lo scopo cui mirava precisamente la riforma del 1997, che ha voluto espungere dalla fattispecie di abuso d'ufficio gli atti viziati da eccesso di potere, limitando la punibilità ai soli casi di violazione di legge.

La risposta – sin troppo nota – a questa impostazione è che (teoricamente) il giudice: a) non deve affatto interessarsi del merito amministrativo³⁷ (di cui non può interessarsi neppure il giudice amministrativo, tranne che in casi specificamente previsti), poiché questo attiene al risultato dell'azione amministrativa (in termini di efficienza) e può valutarsi soltanto *ex post*, mentre la illiceità penale dipende dal modo in cui si è formato l'atto e va valutata *ex ante*: un atto penalmente irreprensibile (non tipico) potrebbe di fatto, nei suoi effetti, risultare poco opportuno, poco efficace, ma questo non gli conferisce alcuna illiceità penale; b) il giudice penale non si occupa direttamente dei vizi di legittimità (in particolare, dell'eccesso di potere) del provvedimento amministrativo³⁸ in quanto tali, ma accerta la illiceità penale delle condotte del p. u., cioè la loro conformità di esse alla fattispecie incriminatrice³⁹ (che il soggetto sia un p. u. o un incaricato di p. s.; che agisca nello svolgimento delle funzioni o del servizio; che ci sia una violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero una omessa astensione quando doverosa; che il p. a. abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio o abbia arrecato un danno ingiusto). Il riferimento diretto all'eccesso di potere è errato: può certamente esservi un eccesso che non sia illecito perché non voluto come tale dal p. u.⁴⁰ (ad es. perché conseguenza di una errata valutazione dei

³⁶ A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 10, osservano che, se è insindacabile dal giudice penale la vera e propria discrezionalità politica, non lo sono, invece, la discrezionalità amministrativa e quella tecnica.

³⁷ La cosa è stata chiarita da lungo tempo: T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 88, affermava: "Nei delitti di abuso il tema dominante è per l'appunto questo: se un «merito» amministrativo sussista, o non ricorra piuttosto un «merito» di consistenza tutt'affatto privata"; il concetto è stato ripetuto (ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 4 ss.) anche in relazione alla riforma del 2020: "merito amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze incompatibili ...: dove c'è l'uno non può esserci l'altro e viceversa".

³⁸ A suo tempo, la Corte costituzionale (sent. n. 7/1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 50, con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c. p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 985 ss.), giudicando costituzionalmente legittimo l'art. 323 (nella formulazione originaria del 1930) in relazione alla riserva di legge ex art. 25, 2° co., Cost., si riferiva genericamente ad un "atto o ... comunque un comportamento illegittimo" (corsivo nostro): il riferimento ai comportamenti può orientare verso una generica nozione di illegittimità, come contrarietà alla legge.

³⁹ Insuperata la limpidezza con cui il concetto era già stato espresso da G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sull'attività della pubblica amministrazione*, in A. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 84 ss.; nello stesso senso A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 239.

⁴⁰ A dir poco sorprendente, in riferimento ad uno dei pochissimi delitti del nostro ordinamento penale per il quale (dal 1997) sia stato richiesto espressamente (ed a ragion veduta) un dolo intenzionale, la considerazione di A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 80, secondo cui scrutare "l'intenzione della persona fisica

presupposti di fatto: ciò rende illegittimo l'atto per il diritto amministrativo, ma non lo rende illecito penalmente), ed è anche insufficiente⁴¹, perché un abuso del potere ("violazione di norma legge" ex art. 323 c. p.) può essere indiscutibilmente commesso anche in assenza di un provvedimento amministrativo (attività materiali riconducibili alla P. A.⁴²) e nell'esercizio della funzione giudiziaria, in relazione alla quale, ovviamente, non ha senso fare riferimento ai vizi di legittimità rilevanti per il diritto amministrativo. Il fatto che esercitare un potere discrezionale in violazione di norme di legge o di regolamento integri un eccesso di potere, pertanto, non ha una autonoma rilevanza per il diritto penale e, dunque, è metodologicamente scorretto formulare una legge penale (l'art. 323 c. p.) al preciso scopo di escludere la rilevanza penale dell'eccesso di potere⁴³.

Sin qui la teoria. Ovviamente – ne siamo perfettamente consapevoli – questi rilievi teorici non escludono in alcun modo che il giudice penale possa valutare in modo non corretto⁴⁴, ricavando (o presumendo) l'esistenza dei requisiti di tipicità (distorsione del potere, violazione di legge, finalizzazione ad un evento ingiusto) da un risultato che, *ex post*, egli ritiene non conforme all'interesse pubblico⁴⁵, così come quest'ultimo è da lui

autrice della condotta" ... non deve condurre all'errore "di spostare il baricentro dell'edificio sanzionatorio pressoché interamente sulla intenzionalità dell'abuso" ... perché in tal modo "l'accertamento del reato trasfigurerebbe in una forma di processo alle intenzioni"! Al contrario, è la legge, non il punto di vista del penalista, a stabilire che il perseguire (*ex ante*) un interesse diverso da quello pubblico assume rilevanza penale *esclusivamente* se ciò avviene intenzionalmente.

⁴¹ Secondo S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 1254, la scelta di costruire la fattispecie penale su schemi mutuati dal diritto amministrativo è "errata ed eccessiva".

⁴² Dottrina e giurisprudenza dominanti: cfr., per tutti, M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 122; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 255; C. BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 935.

⁴³ Con riguardo alla riforma del 1997 S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1073, ha sottolineato "la singolarità delle ragioni ispiratrici di tale ultima riforma, che risultano assolutamente estranee ad una più razionale o più incisiva tutela del buon andamento e della imparzialità della P. A., perseguendo esclusivamente l'obiettivo di limitare le 'ingerenze' giudiziali in tema di atti discrezionali dei pubblici funzionari e, in particolare, dei pubblici amministratori; una siffatta politica del diritto risulta espressiva di un grado di conflittualità tra i poteri dello Stato che non può non condurre alla soccombenza del diritto stesso, inteso come scienza della legislazione". Sul punto, volendo, cfr. M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., p. 894 ss.

⁴⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 6, sottolinea come sia "terribilmente ampia" la forbice tra la legalità offerta dalla norma e quella raggiunta all'esito di un faticoso e tormentato iter processuale, lungo il quale si contano "i feriti e i caduti". Analoghe osservazioni in A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso di ufficio*, cit., p. 535.

⁴⁵ N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 11, fa notare come la distinzione concettuale fra merito amministrativo e merito criminoso non sia consolidata nella giurisprudenza penale, la quale si spinge "sino ad attingere agli effetti della valutazione ponderata degli interessi". A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 82 ss., osserva che il sindacato di mera legalità è rigido, fondato sulla "mistica dell'interesse pubblico", presupponendo che sia uno solo l'interesse alla cui tutela l'atto deve tendere, mentre il sindacato sulla discrezionalità amministrativa è per sua natura elastico (in tal senso, ampiamente già A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c. p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 1998, c. 276), rispondendo a logiche "sfocate o fuzzy", non potendosi individuare a priori quale sia l'interesse prevalente, nella ponderazione fra interessi confliggenti; da queste premesse condivisibili, l'A. ricava che, l'angolazione prospettica dalla quale il penalista e l'amministrativista guardano al problema dovrebbero tenere conto della necessità di fornire al funzionario un armamentario concettuale coerente. Si trascura, però, che sussiste un reato soltanto quando

ricostruito (magari anche arbitrariamente?), ed identificando il delitto con il puro sviamento del potere, anche se non intenzionale. Ma questo è un problema, certamente serio, che dipende essenzialmente da eccessi ed errori dell'autorità giudiziaria⁴⁶ e non dalla configurazione che l'art. 323 c. p. aveva dato alla fattispecie di abuso di ufficio.

Per contro, l'idea di risolvere questo serio problema escludendo per legge la rilevanza penale degli atti viziati da eccesso di potere è apparso a molti un modo fuorviante di legiferare e, soprattutto, tale da far sì che soltanto piccoli abusi di carattere prevalentemente formale venissero intercettati dall'art. 323, mentre le più gravi distorsioni del potere restassero impuniti⁴⁷. Per dirla con Padovani: se il p. u. profittatore o prevaricatore "è sufficientemente accorto e competente da predisporre un atto formalmente regolare, immune da vizi di legittimità, potrà contare su uno scudo impenetrabile, anche quando la tresca amministrativa sia spudorata ed inconfutabile. Fra le maglie della rete offerta al giudice penale resterebbero impigliate soltanto stolide e sprovvedute sardine, mentre gli squali dalle mascelle poderose godrebbero d'un libero mare"⁴⁸.

A conclusione di questa rapida analisi sui difetti che sono stati attribuiti alla disciplina dell'abuso di ufficio dopo la riforma del 1997 – la pretesa eccessiva indeterminatezza della fattispecie e l'essere questa formulata in modo tale da consentire indebite ingerenze da parte del giudice penale – sembra possibile sostenere la seguente idea: i problemi derivanti da un indebito, straripante intervento giudiziario (specie nella fase delle indagini) sono da attribuire non tanto al tenore, alla struttura ed ai requisiti della fattispecie incriminatrice dell'art. 323 c. p. in se stessa, quanto piuttosto ad una inesatta, e in alcuni casi arbitraria applicazione della norma in sede giudiziaria.

4. La riconversione ermeneutica dell'art. 323.

Le prime applicazioni del nuovo art. 323, dopo la sua riforma nel 1997, furono improntate a tener conto fedelmente delle intenzioni del legislatore, interpretando la norma nel senso di escludere che l'eccesso di potere (e l'abuso in atti discrezionali) potessero integrare il delitto di abuso d'ufficio. La famosa sentenza "Tosches"⁴⁹, tenendo

il p. u. vuole (intenzione) e sa bene di perseguire primariamente un interesse privato diverso da quello pubblico (quale che gli appaia quest'ultimo), mentre in caso di oggettiva coincidenza fra i due interessi non vi è reato (così A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323*, cit., c. 269).

⁴⁶ Poco dopo la riforma del 1997 C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 340, affermava "cattive abitudini di taune procure della repubblica non possono tuttavia di per sé giustificare provvedimenti politico criminali di diritto penale sostanziale, che devono rispondere alle esigenze proprie del settore di pertinenza, e non operare come correttivi di distorsioni delle prassi giudiziarie".

⁴⁷ In questo senso, tra gli altri, C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 333 e 336; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., p. 1254; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 110; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7, considera addirittura "ispirato ad una sorta di follia" l'intento perseguito dalla riforma del 1997.

⁴⁸ T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in A. M. Sile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 157.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, in *Foro it.*, 1998, II, c. 258 ss., con nota di A. TESAURO, *La riforma*

conto del fatto che il legislatore aveva voluto evitare il “rischio di sconfinamenti del giudice penale nella sfera amministrativa” e “limitare il controllo penale sull’attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri”, ed anche per evitare che, intendendo la “violazione di legge o di regolamento” senza alcuna distinzione, si potesse pervenire “a soluzioni addirittura ancor più formalistiche di quelle prima adottate dalla giurisprudenza”, decise che fossero necessari due presupposti: il primo “che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell’attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio”, ritenendo dunque irrilevanti le violazioni di norme “a carattere meramente procedimentale” e quelle di “norme generalissime o di principio, come quella prevista dall’art. 97 Cost. ... che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti”. Il secondo presupposto, che le norme violate avessero i caratteri formali ed il regime giuridico delle leggi o dei regolamenti⁵⁰.

L’orientamento espresso dalla Cassazione, come è ben noto, fu sottoposto, però, a forti critiche da buona parte della dottrina, che fece notare che: a) l’intenzione del legislatore storico non può considerarsi determinante⁵¹, se essa si contrappone al testo della legge, dal quale emerge una più plausibile interpretazione, che sia volta ad evitare, come impone la Costituzione, “ingiusti arricchimenti privati all’ombra della pubblica amministrazione”⁵²; b) spesso la violazione di norme a carattere procedimentale si ripercuote sull’evento del reato, avendo efficacia causale nel percorso che conduce ad esso⁵³; c) la formula “in violazione di norme di legge o di regolamento” non equivale a quella di “violazione di legge” utilizzata per indicare il corrispondente vizio tipico dell’atto amministrativo (art. 26 r. d. 26 giugno 1924, istitutivo del Consiglio di Stato, e art. 2 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R.) e, dunque, non è idonea ad escludere, non menzionandolo, il vizio dell’eccesso di potere⁵⁴; d) infine – e si può dire

dell’art. 323 c. p. al collaudo della Cassazione.

⁵⁰ In base a questo presupposto, Cass. pen. Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, in *CED Cass.*, 220935, ha escluso che il “Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” allora in vigore, essendo stato emanato con D.P.C.M. 28.11.2000, avesse il regime formale del regolamento (ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400) e che, dunque, la violazione della regola dell’imparzialità, ivi stabilita all’art. 8, integrasse il delitto di abuso di ufficio.

⁵¹ *Contra*, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 301, secondo cui l’intenzione soggettiva del legislatore è criterio interpretativo di primo piano, specie per le leggi di recente introduzione.

⁵² Così C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 330; nello stesso senso, A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d’abuso d’ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 20 ss.; A. PAGLIARO, *L’antico problema*, cit., p. 10, sostiene che le ulteriori specificazioni (secondo le quali sarebbe irrilevante la violazione di norme procedurali o di norme generalissime o di principio) “sono state aggiunte arbitrariamente dall’interprete”.

⁵³ In tal senso S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, p. 1076; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 306; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 3; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 945.

⁵⁴ In tal senso, v. le ineccepibili argomentazioni di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c. p.)*, nota a Cass. Sez. II, 4.12.1997, Tosches, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2336 ss.

che sia questa la questione centrale, intorno alla quale per buona parte ruota il dibattito – non si può escludere dal novero delle norme di legge l'art. 97 Cost., che, oltre ad essere una norma di principio per quanto riguarda l'organizzazione dei pubblici uffici, contiene anche una precisa regola, che vieta ai funzionari pubblici di agire in modo non imparziale⁵⁵.

La giurisprudenza, dal canto suo, dopo la prima, netta affermazione della sentenza Tosches, confermata anche da alcune decisioni successive⁵⁶, è gradualmente ritornata sui suoi passi, sino a raggiungere posizioni che si possono considerare diametralmente opposte rispetto a quella originariamente espressa.

Un primo passo indietro, nella direzione di una più ampia applicazione dell'art. 323, è stato fatto ricorrendo alla figura della "violazione mediata" di leggi, quando vi sia il mancato rispetto di prescrizioni poste da fonte di grado inferiore alla legge, come nel caso del rilascio di concessione edilizia in difformità da quanto prescritto dal P.R.G. (caso spesso ricorrente e paradigmatico): considerando il piano regolatore come un presupposto di fatto per l'applicazione della legge, si è ritenuto che il rilascio della concessione violasse direttamente la legge urbanistica (oggi art. 13 d. P. R. 6 giugno 2001, n. 380) e, perciò, integrasse abuso d'ufficio⁵⁷. E così in altri casi analoghi⁵⁸.

Ancor più importante il riconoscimento, da parte della giurisprudenza, del valore precettivo dell'art. 97 Cost.⁵⁹, considerato sì una norma a carattere programmatico

⁵⁵ La dottrina è profondamente divisa sul punto: a coloro che ritengono che la norma dell'art. 97 abbia un contenuto precettivo, direttamente rivolto ai singoli ed immediatamente applicabile (fra i molti, oltre agli Autori citati nella nota 48, v. S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1075; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., p. 905 ss.; anche A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso di ufficio*, cit., p. 22, e S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 375 ss., entrambi limitatamente alla regola dell'imparzialità della P. A.), si contrappongono le tesi di coloro che considerano la disposizione costituzionale come una norma di carattere organizzativo, la cui violazione non è suscettibile di fondare la punibilità ex art. 323 c. p.: fra i molti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5ª ed., cit., p. 253; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 305; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 124; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 249; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 952; A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 283.

⁵⁶ Cass. pen. Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, in *CED Cass.*, n. 220935; Cass. pen., Sez. VI, 8 maggio 2003, n. 35108, in *CED Cass.*, n. 226706; Cass. pen., Sez. VI, sent. 11 ottobre 2005, n. 12769, in *CED Cass.*, n. 233730; Cass. pen. Sez. VI, 18 febbraio – 25 marzo 2009, n. 13097, in *CED Cass.*, n. 243577.

⁵⁷ Così già Cass. pen. Sez. VI, 16 ottobre 1998, n. 3090, in *Foro it.*, 2000, II, c. 140 ss., con nota di O DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*. V. anche M. GAMBARDELLA, *Abuso d'ufficio e concessione illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 186 ss; S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1075; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 307.

⁵⁸ V. A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 8. In genere, però, è escluso che la violazione degli accordi collettivi nazionali o dei bandi di concorso integri il reato: S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1075.

⁵⁹ A partire da Cass. pen. Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025 ss., con nota di M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità nella pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini del reato di abuso di ufficio*. Secondo la Cassazione, "l'imparzialità di cui parla l'art. 97 Cost. si traduce, nel suo nucleo essenziale, nel divieto di favoritismi, quindi nell'obbligo dell'amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura. ... il principio di imparzialità finisce col realizzarsi attraverso strumenti diversi a seconda che venga calato

per quanto attiene alla organizzazione degli uffici pubblici, ma anche una regola di immediata applicazione per la parte in cui impone ai funzionari di rispettare la *par condicio civium*, cioè di trattare in modo uguale tutti destinatari dei suoi provvedimenti, senza operare disparità fra soggetti che si trovino nella stessa posizione. Tale indirizzo, definitivamente consolidato, ha consentito di qualificare come abuso penalmente rilevante le condotte di favoritismo, sfruttamento dell'ufficio e prevaricazione (che avessero determinato un vantaggio ingiusto o un danno ingiusto, intenzionalmente perseguito dal p. u.).

Infine, la Cassazione ha, se così si può dire, preso direttamente di mira, per "sterilizzarlo", il precedente orientamento volto a escludere la rilevanza penale delle condotte connotate da eccesso di potere: senza menzionare direttamente il vizio tipico dell'atto amministrativo, la Suprema Corte ha stabilito che si ha violazione di legge "sotto il profilo finalistico" quando il potere sia esercitato per scopi personali, cioè per un fine diverso da quello verso il quale il suo esercizio avrebbe dovuto essere indirizzato⁶⁰. Come ultimo approdo, le Sezioni Unite, nella sentenza Rossi, hanno poi deciso che "Per qualsivoglia pubblica funzione autoritativa⁶¹, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità. Secondo la giurisprudenza nettamente prevalente di questa Corte, si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di

nell'attività della pubblica amministrazione ovvero nella sua organizzazione ... per quanto riguarda l'attività dell'amministrazione ... l'imparzialità amministrativa intesa come divieto di favoritismi ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323, in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione". Conformi: Cass. pen. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in *CED Cass.* 275985; Cass. pen. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in *CED Cass.* 263933. In precedenza, Cass. pen. Sez. VI, 25 settembre 2002, n. 31895, in *Cass. pen.*, 2003, p. 771, aveva ritenuto idoneo ad integrare la fattispecie dell'art. 323 il 3° comma dell'art. 97 ("Agli impieghi delle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso"), in quanto dotato di carattere precettivo, essendo norma immediatamente applicabile, senza ricorrere all'intermediazione della legge.

⁶⁰ Cass. pen. Sez. VI, 10 dicembre 2001, in *CED Cass.* 220649, che, dopo aver considerato che l'art. 323 c. p. ha voluto evitare che il giudice penale possa sindacare i comportamenti che rientrano nell'ambito di discrezionalità del p. u. valendosi del sindacato di eccesso di potere, afferma "La dizione 'violazione di norma di legge', insomma, se, nell'alludere alla tripartizione classica dei vizi dell'atto amministrativo, *pare* impedire la rilevanza ... del vizio di eccesso di potere, non circoscrive, però, al solo tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge. Sicché tale dizione *implica* che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico" (corsivi nostri). Conformi Cass. pen. Sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389, in *CED Cass.*, n. 229594; Cass. pe. Sez. VI, 24 novembre 2006, n. 38965, in *Riv. pen.*, 2007, p. 390.

⁶¹ A conferma dell'opinione secondo cui i problemi dell'interpretazione della fattispecie di abuso di ufficio non si esauriscono nella rilevanza o meno dei *vizi tipici dell'atto amministrativo*, appare doveroso richiamare l'attenzione sul fatto che la sentenza che si cita si riferisce ad abusi commessi nell'esercizio della funzione giudiziaria.

un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito”⁶². Vengono così ricondotti nell’area dell’abuso sia l’eccesso di potere c. d. intrinseco (violazione dei limiti *interni* della discrezionalità), che si ha quando, per effetto di un cattivo bilanciamento degli interessi in gioco, si persegue un fine diverso da quello cui l’atto avrebbe dovuto essere diretto, sia l’eccesso di potere c. d. estrinseco (violazione dei limiti *esterni*), quando siano perseguiti addirittura interessi collidenti con quelli per il quale il potere è attribuito, oltre ogni possibile opzione commessa al p. u.⁶³.

A conclusione di questo esame, si può dire che, rispetto alla riforma del 1997, è stato completato un processo, in parte ad opera della dottrina, ma soprattutto ad opera della giurisprudenza, che ha oggettivamente condotto ad una riconversione della fattispecie incriminatrice, dalla quale escono pressoché completamente vanificate le dichiarate intenzioni del legislatore di allora. Nel luglio 2020, dunque, il Governo, perdurando né più né meno di prima la “paura della firma” e l’immobilismo dei funzionari pubblici, con la conseguente paralisi della pubblica amministrazione, si è ritrovato in una situazione identica a quella che nel 1997 aveva condotto alla riforma dell’abuso d’ufficio.

5. Il d. l. “semplificazioni” e l’ultima riforma dell’abuso d’ufficio.

Se le osservazioni svolte sin qui sono esatte, nel mettere nuovamente mano alla riscrittura dell’art. 323 si sarebbe dovuto tenere conto di quanto avvenuto e, magari, prendere in considerazione le proposte formulate da giuristi, dotati di competenza tecnica ed esperienza pratica, capaci di redigere in modo apprezzabile un così delicato testo di legge: penso, in particolare alle proposte della Commissione Morbidelli⁶⁴ ed a quelle della Commissione Castaldo-Naddeo⁶⁵, che qui non è il caso di esaminare, ma che meritavano certamente ben più attenta considerazione⁶⁶.

Il legislatore, invece, “frettoloso e maldestro”⁶⁷ ha fatto ricorso ad una tecnica normativa “rozza” e ad un lessico che “cozza con dati di realtà”⁶⁸,

La riforma si è concentrata esclusivamente sulla definizione della prima modalità della condotta (violazione di legge), lasciando immutata sia la descrizione della seconda

⁶² Cass. SS. UU., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss..

⁶³ V. sul punto S. TORDINI CAGLI, [Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta](#), in *Penale. Diritto e procedura*, 25.2.2021, § 3.

⁶⁴ Sulla quale v. le considerazioni di A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1394 ss., e di V. MANES, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1202 ss.

⁶⁵ Su di essa v. A. PERIN, [L’imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza](#), in *Leg. pen.*, 23.10.2020, p. 13 ss., ed Autori ivi citati.

⁶⁶ Su entrambe le proposte v. ampiamente A. MERLO, *L’abuso di ufficio tra legge e giudice*, cit., p. 110 ss. e 199 ss.

⁶⁷ Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 84.

⁶⁸ Condivisibili queste valutazioni di G. INSOLERA, [Quod non fecerunt Barberini fecerunt barbari. A proposito dell’art. 23 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76](#), in *disCrimen* 31.07.2020.

modalità (omettendo di astenersi), sia l'indicazione dell'evento di ingiusto vantaggio o ingiusto danno. Da ciò derivano due difetti: un eccessivo peso dato al disvalore d'azione nella struttura del reato⁶⁹ e, come si vedrà più avanti, una profonda irragionevolezza della disciplina complessiva dell'abuso d'ufficio.

Il legislatore ha come "raccolto e sfruttato" alcune delle suggestioni che la dottrina nel 1997 aveva proposto per confutare la tesi che la violazione di legge non potesse essere costituita dalla violazione dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Allora Grosso aveva scritto che "il legislatore ... avrebbe potuto usare una espressione più particolareggiata, in grado di escludere l'applicazione di norme a carattere generale quale quella contenuta nell'art. 97 Cost.: a questo scopo sarebbe stato forse sufficiente, ad esempio, che avesse parlato,, anziché genericamente di violazione di legge, di «specifica» violazione di legge"⁷⁰. Invece Manes aveva osservato che decisiva non era la natura precettiva o meramente programmatica dell'art. 97 Cost, ma piuttosto la distinzione tra "principi" e "regole"⁷¹.

E così è stato fatto: ne è risultata la scrittura "in violazione di *specifiche regole* di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". Tutto il resto della fattispecie, come è noto, è rimasto immutato.

Ora – ci sembra –, considerazioni teoriche svolte dalla dottrina nell'ambito di una ricostruzione interpretativa non possono essere trasferite alla lettera in un testo di legge, né contribuiscono a renderlo più ragionevole e giusto.

5.1. Esclusione dei regolamenti.

Innanzitutto, eliminare il riferimento ai regolamenti quali fonte delle specifiche regole è profondamente contraddittorio e sbagliato dal punto di vista dell'obiettivo di politica criminale perseguito, perché è ben noto che la specificazione delle regole generali e la loro puntuale ed espressa descrizione avviene, nel maggior numero di casi, proprio attraverso i regolamenti, nei quali si trovano disposizioni più dettagliate che nelle leggi⁷². Giustamente si è messo in evidenza come non si possa tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione "se si consente di violare impunemente, con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale o di danno ingiusto, i regolamenti che le amministrazioni si danno"⁷³. Comunque, nonostante la sua irragionevolezza,

⁶⁹ Cfr. M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 10, il quale ricava da questo una "asimmetria" della intera fattispecie.

⁷⁰ C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 334.

⁷¹ V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 392.

⁷² Severo, sul punto, il giudizio di G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 6; v. anche A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 78; perplesso sulla ragionevolezza dell'esclusione A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7.

⁷³ G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 6.

Può essere interessante ricordare qui – per un confronto che ci sembra istruttivo, date numerose analogie sul piano della tecnica legislativa e delle intenzioni volte sostanzialmente a depenalizzare – che, con

questa scelta dei riformatori è sottratta al sindacato della Corte costituzionale⁷⁴, che non potrebbe aggiungere un'altra fonte a quelle attualmente indicate dall'art. 323, giacché si tratterebbe di una estensione della portata della norma incriminatrice, che non compete alla Corte.

5.2. Violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge.

A tale riguardo, è evidentemente del tutto superfluo menzionare espressamente gli atti aventi forza di legge accanto alla legge: questo ci pare un sicuro indice di approssimazione nella redazione del testo⁷⁵.

Quanto al nuovo requisito della violazione di specifiche⁷⁶ regole di condotta espressamente previste dalla legge, evidentemente esso mira ad escludere in modo definitivo che assuma rilevanza la violazione dell'art. 97 Cost. Se il risultato si considera raggiunto, si può essere d'accordo per quanto riguarda il "buon andamento" della pubblica amministrazione: in effetti, è troppo vago tale parametro perché il giudice penale possa apprezzare, senza entrare pesantemente proprio nel merito dei provvedimenti amministrativi, la contrarietà ad esso delle condotte dei funzionari pubblici⁷⁷.

Invece, del tutto assurda e contraria alla Costituzione sembra l'intenzione del legislatore di escludere la rilevanza penale di comportamenti non imparziali, cioè di favoritismi o prevaricazioni, intenzionalmente rivolti a conseguire un vantaggio

riferimento alla fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c. c., come disciplinati dal d. lgs 61/2002), anch'essa oggetto di un massiccio intervento di restrizione della punibilità, e anch'essa caratterizzata da dolo intenzionale (in quel caso di inganno nei confronti dei soci o del pubblico), S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 679, osservò che "... attraverso un'esasperazione della determinatezza del fatto tipico, si è proceduto alla creazione di fasce di irrilevanza penale pur riferibili a condotte intenzionalmente offensive degli interessi protetti", e considerò la soluzione "oltre che profondamente immorale, contrastante con le regole generali che finora hanno governato l'imputazione penale". Importantissima, in generale, l'indicazione metodologica di A. CRESPI, *Il falso in bilancio ed il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 451, il quale, con riguardo a quella riforma, ammoniva che "muovere dagli errori, e financo dagli abusi, giudiziari per ritenere che le norme, se male interpretate o male applicate, o l'una e l'altra cosa insieme, devono essere tolte di mezzo, è la peggiore delle soluzioni". In quel caso, dopo tredici anni, la l. 27 maggio 2015, n. 69, ha riportato il "pendolo" della legislazione, sino a quel momento spostato verso un estremo della sua corsa, in una più giusta posizione centrale. Chi sa se questo avverrà anche per l'abuso di ufficio ...

⁷⁴ Lo sottolinea M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 145.

⁷⁵ Nient'affatto condivisibile la tesi di A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 7, secondo cui questa terminologia, in base al principio di tassatività, sarebbe capace di escludere le disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali: al contrario, una legge ordinaria, per la gerarchia delle fonti, non può mai escludere l'applicabilità delle disposizioni costituzionali, di grado superiore.

⁷⁶ Secondo S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 373, tale qualifica riguarda non soltanto il contenuto delle regole, ma anche la loro pertinenza all'attività svolta in concreto dal p. u.

⁷⁷ Da condividere il giudizio espresso in tal senso da S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 376.

patrimoniale ingiusto o ad arrecare un danno ingiusto. Al riguardo, innanzitutto si potrebbe forse continuare a pensare che l'art. 97 contenga una espressa e specifica regola, che impone di non operare disparità di trattamento. Sino al 2019 la Cassazione – nel confutare le argomentazioni del ricorrente, secondo il quale “l'art. 97 Cost. non ha contenuto precettivo, essendo comunque decisivo ... ai fini della configurabilità del reato ... individuare la violazione di una *specific*a norma di legge o di regolamento *e non è sufficiente il riferimento a principi generali*” – pur riconoscendo che “il legislatore ha voluto [con la legge 234 del 1997] delimitare con più precisione la sfera dell'illecito, circoscrivendolo entro un ambito che non consentisse indebite interferenze nell'azione”, ha aggiunto che “solo in apparenza per tale via sono introdotti canoni di carattere generale, in quanto in realtà siffatte direttive contengono un immediato risvolto applicativo, imponendo ... l'imparzialità dell'azione, la quale non deve essere contrassegnata da profili di discriminazione”⁷⁸ (corsivo nostro). Sotto il profilo della individuazione di regole specifiche, allora, si potrebbe pensare che, anche dopo la riforma del 2020 e nonostante le intenzioni che hanno condotto ad essa, sia possibile fare riferimento all'art. 97 Cost. ed alle altre leggi che impongono ai pubblici funzionari di esercitare i loro poteri con imparzialità⁷⁹. Del resto, che la Costituzione contenga una regola specifica, di immediata applicazione si potrebbe ricavare anche dal fatto che il regolamento contenente il codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d. P. R. 16 aprile 2013, n. 62), emanato in attuazione del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nello specificare, all'art. 3, quale sia il contenuto del dovere costituzionale di imparzialità, si limita a ribadire che “Nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa il dipendente assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie ... che comportino discriminazioni”: ci sembra che, con tale disposizione non vengano aggiunte ulteriori, specifiche regole, e non venga indicato niente di più di quanto sia già imposto dalla regola dell'imparzialità in se stessa. Si noti che il predetto art. 3 è intitolato “*principi generali*”, non “*regole specifiche*”: dunque la violazione di tale disposizione, se questa fosse contenuta in una legge, non sarebbe rilevante ex art. 323 c. p.? Ancora: la legge 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 1 stabilisce che

⁷⁸ Cass. pen. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in *CED Cass.* 275985: merita di essere letta la sentenza, che svolge una ben più ampia argomentazione con riguardo all'esercizio dei poteri pubblici all'interno dell'intero quadro costituzionale.

⁷⁹ Non escludono che la giurisprudenza mantenga tale orientamento anche dopo la riforma del 2020 M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, p. 162; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia*, cit., p. 5 ss.; G. AMATO, *Abuso d'ufficio meno azioni punibili: così la nuova riforma svuota il reato*, in *Guida dir.*, 8 agosto 2020, 34/35, p. 30 ss.; S. VINCIGUERRA, *Prime riflessioni*, cit., c. 376; G.L. GATTA, *Da ‘Spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit., p. 7.; diversamente G.L. GATTA, [Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa *Rivista*, 02.12.2020. Perplesso sul punto A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., p. 18 ss. In senso contrario, invece, V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10 ss., il quale, però, prospetta la possibilità che il canone costituzionale dell'imparzialità venga recuperato in relazione alle condotte di omessa astensione; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 17, che si stupisce per la tenacia con cui si vuole riproporre il ricorso all'art. 97 Cost. come *bypass* per aggirare il paradigma della riconoscibilità del precetto. Dopo la riforma, Cass. pen. Sez. VI, ud. 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, in *CED Cass.*, p. 5, esclude genericamente la rilevanza dei principi generali, senza menzionare l'art. 97 Cost.

“l’attività amministrativa ... è retta da criteri di ... imparzialità”; e molte altre leggi pongono regole analoghe⁸⁰. Ma, come vedremo più avanti, ben altre difficoltà nascono al riguardo dalla previsione secondo cui da queste regole, anche se specifiche, non debbano residuare margini di discrezionalità.

5.3. Violazione “mediata” della legge.

Quanto, poi, alle c. d. “violazioni mediate” della legge, non è chiaro se sia rimasto per esse uno spazio di rilevanza; la posizione che la giurisprudenza assumerà dovrebbe dipendere dalla qualificazione di atti come, ad es., il P. R. G. quale fonte subprimaria o quale mero presupposto di fatto per l’applicazione della norma di legge: se li si considera nel primo senso, la violazione di tali disposizioni non assumerebbe rilevanza⁸¹, se, invece, nel secondo senso, allora, sempreché la legge che ad essi rinvia contenga regole specifiche ed espresse, la violazione “mediata” continuerebbe ad essere considerata punibile⁸².

5.4. Le regole “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Evidentemente, è questo il punto più delicato e più critico di tutta la riforma.

Ci sembra che l’unica interpretazione possibile dell’espressione “dalle quali non residuino margini di discrezionalità” sia quella per cui può esservi abuso⁸³ soltanto nel compimento di attività vincolata.

Al riguardo, è generalmente condiviso il giudizio secondo cui sarebbero davvero pochissimi i casi in cui dalla legge non residui proprio alcun margine di discrezionalità e l’intero esercizio della funzione sia totalmente predeterminato nelle forme e nel contenuto. Ma, soprattutto, in questo modo vengono puniti soltanto gli atti

⁸⁰ V., per un ampio elenco, le disposizioni indicate da S. SEMINARA, *Commento all’art. 323*, cit., p. 1075 ss. Contra N. PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 12, il quale ritiene che, alla luce della l. 76/2020, l’art. 1 della l. 241/1990 non sia connotato dal carattere di specificità.

⁸¹ In tal senso si è espressa Cass. pen. Sez. VI, 9 dicembre 2020, cit., p. 5; in dottrina MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 79; N. PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 16; A. NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 7.

⁸² Per adesso questo orientamento sembra prevalente: v. Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2020, n. 26834, in *CED Cass.*; Cass. pen. Sez. VI, 17 settembre 2020, n. 31873, in *CED Cass.* (il P. R.G. non è regolamento, ma presupposto di fatto per l’applicazione degli artt. 12 e 13 d. P. R. 380/2001). In dottrina M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 13-14; G.L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 2-3; A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 8-9.

⁸³ Condivisibile l’osservazione di M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 11, secondo cui “si fa fatica – già da un punto di vista semantico – a considerare abuso” l’inosservanza di un dovere vincolato; infatti, secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 124, “essendo la rilevanza penale circoscritta ad una violazione di legge tassativa e priva di qualsiasi margine di discrezionalità, è evidente che l’agente pubblico realizza la fattispecie quando ometta di eseguire l’attività prescritta e vincolata” (corsivo nel testo).

meramente esecutivi, quelli connotati da un disvalore bagatellare, lasciando fuori dalla sfera dell'illecito le violazioni più gravi⁸⁴.

Se, invece, la regola violata attribuiva un potere discrezionale (non sembra che si possa distinguere fra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa⁸⁵), il fatto di causare intenzionalmente un risultato ingiusto, di vantaggio o di danno, non costituisce più reato.

La premessa da cui si è mosso il legislatore è che le indebite intromissioni del giudice penale riguardassero proprio la valutazione su quale sia l'uso corretto del potere, individuando (il giudice) quali siano gli scopi "giusti" cui doveva essere rivolta l'azione amministrativa. Ed al riguardo non possono non condividersi le osservazioni di chi, nell'ottica di una analisi della funzione pubblica, osserva che questa, nel perseguire il buon andamento, si muove "alla ricerca" di quali siano le modalità più confacenti ed i passaggi intermedi (scopi) più opportuni per soddisfare l'interesse pubblico con efficacia ed economicità⁸⁶. Condivisibile è anche la considerazione secondo cui il giudizio sulla legittimità è più elastico di quello sulla illiceità, che, al contrario, risponde alle esigenze di certezza proprie del giudizio penale⁸⁷.

Ora, che pubblici ministeri o giudici si siano arrogati il diritto – talvolta persino in mala fede, non può escludersi – di stabilire quale dovesse essere la buona amministrazione, quali i fini da perseguire, questo appare vero. Il punto è che, nel fare questo, essi hanno abusato del loro potere, che non doveva spingersi a sindacare quello che, principalmente, riguarda il merito amministrativo; essi, al contrario, avrebbero soltanto dovuto accertare – oltre ogni dubbio – che l'esercizio della funzione pubblica fosse stato *strumentalizzato* dal p. u. per rivolgerlo *intenzionalmente* verso uno scopo privato; dunque, in casi del genere, la soddisfazione dell'interesse pubblico, per quanto problematica o incerta potesse essere la sua individuazione, era fuori questione. Perché – si noti – qualora, invece, il p. u. avesse soltanto *affiancato* un interesse personale al perseguimento dell'interesse pubblico, *primariamente* preso di mira (comunque egli lo avesse inteso), il fatto non poteva essere giudicato illecito ai sensi dell'art. 323 c. p.⁸⁸.

⁸⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 13; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 12.

⁸⁵ G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 9, ritiene ragionevole escludere la responsabilità nel caso di discrezionalità politica, che riguarda scelte di indirizzo (posizione che ci sembra condivisibile per atti del Parlamento e del Governo, meno se riferita a qualsiasi funzionario elettivo, come ad es. il Sindaco, la cui attività è più rigorosamente orientata dalle leggi); sulla discrezionalità tecnica ed amministrativa v. A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"?*, cit., p. 10; M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 143.

⁸⁶ A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 73 ss.

⁸⁷ A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323*, cit., c. 267 ss.

⁸⁸ Così, ad es., correttamente Cass. pen. Sez. VI, 2 agosto 2000, n. 8745, in *CED Cass.* n. 217558, ha escluso il reato, per l'insussistenza del dolo intenzionale, nel caso di un rettore universitario che, pur consapevole del blocco delle assunzioni disposto dalla legge 38/1980 ed in violazione di essa, aveva assunto personale, avendo la Corte ha ritenuto che l'intenzione del rettore fosse rivolta direttamente a garantire il funzionamento degli uffici amministrativi dell'Università, e non ad assicurare agli assunti un ingiusto vantaggio patrimoniale, oggetto quest'ultimo di semplice dolo diretto.

Se l'accertamento di queste finalità in vista delle quali agisce il p. u. è molto delicato⁸⁹, ciò non può essere una ragione per stravolgere la struttura della fattispecie incriminatrice, non diversamente da quanto non possa esserlo rinunciare da una incriminazione a titolo di dolo eventuale, per quanto difficile sia distinguere quest'ultimo dalla colpa con previsione dell'evento.

Ora, se si giudica bene, si deve ritenere che vi sia abuso di ufficio soltanto quando l'atto di esercizio della funzione pubblica, in violazione della legge, sia primariamente rivolto alla realizzazione di uno scopo privato del p. u., di vantaggio o danno ingiusti, con una strumentalizzazione del potere pubblico, necessariamente incompatibile con gli scopi per cui il potere è assegnato. In entrambi questi casi si è al di fuori della discrezionalità (amministrativa o giudiziaria⁹⁰), la quale è tale in quanto rivolta alla realizzazione di uno scopo pubblico, comunque questo sia individuato.

Né si può dire che, dal momento che il p. u. viene punito essenzialmente perché ha preso di mira un interesse che egli considerava ingiusto, allora la punibilità sarebbe fondata soltanto sul mero disvalore soggettivo, che non sembra meritare l'intervento penale, e che, in questo modo, vi sarebbe il rischio di un "processo alle intenzioni"⁹¹: al contrario, bisogna ricordare, da un lato, che la strumentalizzazione del potere verso uno scopo privato si riversa sulla connotazione oggettiva del fatto in termini di tipicità⁹² e, dall'altro, che il fatto tipico esige comunque, anche oggi, che non soltanto sia stato preso di mira, ma anche che sia stato *effettivamente conseguito* un risultato ingiusto (evento), altrimenti il reato non sussiste, ancor prima che sotto il profilo soggettivo, già a monte, nel suo aspetto oggettivo.

Si può capire che il legislatore, nel riformare ancora una volta l'art. 323, intendesse stabilire che non è meritevole di pena il p. u., quando si trova a (dovere) esercitare un potere (giudiziario o amministrativo) in condizioni tali che, affinché egli possa meglio ponderare i differenti interessi in gioco, gli siano consentiti spazi di discrezionalità, per permettergli di stabilire come realizzare meglio l'interesse pubblico finale, la cui soddisfazione gli è affidata: si sa, infatti, che spesso, per lo stesso p.u. non è del tutto chiaro e prevedibile cosa sia esattamente giusto fare e cosa no. Ma la situazione appena prospettata è incompatibile logicamente con il fatto che il p. u. intenzionalmente miri ad un risultato *che egli sa essere ingiusto*, dato che – secondo il requisito di fattispecie – esso è l'oggetto di un *dolo intenzionale*, che ricopre sia l'evento in sé sia il carattere dell'ingiustizia. Non c'è alcuna logica nella descrizione della fattispecie, perché si vorrebbe prevedere un "abuso non abuso": un comportamento, non punibile perché

⁸⁹ Come sottolinea S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1080; l'accertamento è considerato incerto ed aleatorio da A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 261.

⁹⁰ Non sembra, invece, che un atto di esercizio della funzione legislativa sia punibile ai sensi dell'art. 323 c. p., perché, tale articolo richiede che il reato di abuso sia commesso "nell'esercizio della funzione", e gli atti tipici di esercizio della funzione legislativa sono coperti dalla immunità prevista dall'art. 68, 1° comma, Cost. Secondo C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 927, l'abuso potrebbe essere commesso anche dai parlamentari, sebbene questi siano portatori di scelte politiche, che non possono formare oggetto di indagine del giudice.

⁹¹ Come ritiene A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 83.

⁹² Come riconosce lo stesso A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 60 ss.

carente di illiceità sotto il profilo della violazione di una regola che attribuisce discrezionalità, il quale, però, essendo intenzionalmente rivolto ad uno scopo privato, e determinando un evento ingiusto, necessariamente integra una consapevole strumentalizzazione della funzione (cioè un abuso). Non si riesce neppure a pensare bene un tale fatto tipico, intrinsecamente contraddittorio⁹³.

Nel recente passato, sotto il regime dell'abuso dettato nel 1997, la Cassazione aveva ritenuto integrato un abuso non soltanto quando la condotta di un qualsivoglia pubblico ufficiale fosse "svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito"⁹⁴: in tal modo essa aveva ricondotto nell'area dell'abuso sia l'eccesso di potere c. d. intrinseco (per violazione dei limiti *interni* della discrezionalità), che si ha quando, per effetto di un cattivo bilanciamento degli interessi in gioco, si persegue un fine diverso da quello cui l'atto avrebbe dovuto essere diretto, sia l'eccesso di potere c. d. estrinseco (per violazione dei limiti *esterni*), quando siano perseguiti addirittura interessi collidenti con quelli per i quali il potere è attribuito, oltre ogni possibile opzione commessa al p. u. Oggi, invece, con la nuova formulazione dell'art. 323, parte della dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto necessariamente prendere atto che il reato è escluso sinché oggettivamente il p. u. si muove all'interno di spazi consentiti di discrezionalità (seppure agendo con eccesso di potere intrinseco per violazione dei limiti interni); tuttavia, per non confinare verso una totale assurdità la disciplina dell'abuso di ufficio, ritengono che esso sia pur sempre punibile in caso di eccesso di potere estrinseco, per violazione di legge, quando il fine perseguito dal p. u. sia oggettivamente collidente con quello che doveva essere perseguito e rimanga al di fuori di ogni possibile opzione consentitagli⁹⁵.

Questa ricostruzione, che, come si è appena detto, vorrebbe comprensibilmente recuperare qualche spazio di ragionevolezza al delitto, non sembra, però, compatibile con la nuova formulazione dell'art. 323: in quest'ultimo caso (di interesse oggettivamente collidente con quello pubblico) quale sarebbe la *regola specifica*, espressamente prevista dalla legge e *dalla quale non residuino margini di discrezionalità*, che sarebbe violata? Forse l'unica possibilità rimanente sarebbe quella di "ripescare" ancora una volta l'art. 97 Cost. e la violazione della regola dell'imparzialità, ma sembra davvero azzardato⁹⁶ sostenere che dalla regola di parità di trattamento fissata dalla Costituzione

⁹³ Severissimo il giudizio di T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 121, che parla di obiettivo politico-criminale "delirante" (nel senso etimologico di fuori dal solco tracciato) e (ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 7-8) di *amentia legis* di un intervento legislativo ispirato ad una sorta di "follia".

⁹⁴ Cass. SS. UU., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss.

⁹⁵ V., in tal senso, S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio*, cit., § 3; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 10.8.2020, p. 3-4; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 13-14; prospetta questo orientamento come possibile V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 11-12.

⁹⁶ Contrari, oggi, alla possibilità di considerare integrato un abuso per violazione dell'art. 97 Cost. G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 3; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 6; V.

non residui alcun margine di discrezionalità. Del resto, anche a volere accettare questa linea interpretativa, non si capirebbe neppure perché distinguere fra violazione dei limiti interni della discrezionalità (non punibile) e violazione dei limiti esterni (punibile): dovendosi desumere dalla tipizzazione del dolo intenzionale di evento ingiusto che in entrambi i casi il p. u. è *consapevole* di perseguire un fine contrario alla legge; in entrambi i casi egli metterebbe in atto comunque una distorsione funzionale del potere rispetto ai fini pubblici, prendendo di mira uno scopo privato e ingiusto⁹⁷; e non si capisce perché soltanto nel secondo caso egli dovrebbe meritare la pena per il reato e, invece, nel primo no.

5.5. *Le fattispecie “in sostituzione” del depauperato abuso d’ufficio.*

La dottrina, prevalentemente critica nei confronti della riforma, ha però sottolineato che i guasti provocati dalla drastica e sconsiderata amputazione dell’art. 323 sono in parte limitati dal fatto che l’intervento riformatore, proprio ed anche per la sua grossolanità, ha incoerentemente mantenuto in vita la seconda parte della stessa disposizione che, insieme ad altri articoli del codice penale “copre” i vuoti lasciati dal ridimensionamento subito dalla fattispecie di abuso. Sembra che il legislatore, curandosi di intervenire esclusivamente su quella modalità di condotta tipica da cui riteneva che derivassero tutti i problemi e le “paure” per i pubblici amministratori, non si sia accorto del fatto che, lasciando del tutto immutata la seconda modalità della condotta tipica di abuso (“omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti”), egli ha mantenuto la punibilità di molte condotte affaristiche di sfruttamento e di favoritismo, corrispondenti al vecchio interesse privato in atti d’ufficio⁹⁸ (e anche di qualche condotta prevaricatrice, dalla quale il p. u. tragga il soddisfacimento di un suo interesse).

Questa sopravvivenza determina una vistosissima asimmetria nella fattispecie dell’art. 323: tanto ristretti (quasi inesistenti) sono i margini di applicazione della prima modalità di condotta, quanto ampi ed evanescenti sono quelli della seconda modalità; in relazione a quest’ultima, infatti, è prevalente in giurisprudenza l’interpretazione per cui l’obbligo di astensione del p. u. possa derivare anche da fonti di grado inferiore alla

VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10; M. NADDEO, *La nuova struttura dell’art. 323*, cit., p. 23; G.L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 3. In giurisprudenza, genericamente, Cass. pen. Sez. VI, ud. 9 dicembre 2020, n. 442, cit., p. 6.

⁹⁷ Osserviamo che, rispetto al requisito della ingiustizia, è ben più garantista e rispettosa del principio di offensività la concezione della “doppia ingiustizia”, la quale non fa dipendere interamente ed esclusivamente il disvalore del fatto dalla violazione della regola di condotta (rispetto alla quale il p. u. avrebbe anche potuto agire in buona fede o, comunque, in condizioni di incertezza oggettiva e soggettiva), ma esige un’ulteriore contrarietà oggettiva del risultato/evento rispetto ad un’altra norma dell’ordinamento giuridico: il tal modo, è ben più ampiamente possibile escludere l’esistenza del reato, se l’accertamento non “regge” a questa ulteriore verifica sul disvalore oggettivo.

⁹⁸ “Di funerea memoria” secondo T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 13.

legge⁹⁹, dato che, altrimenti, tale obbligo sarebbe già ricompreso nella prima modalità di condotta, regolata, appunto da leggi (e, prima, da regolamenti). Inoltre, l'astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto¹⁰⁰ costituisce una attività connotata necessariamente da discrezionalità, poiché, se si trattasse di attività rigidamente vincolata (quella prevista dalla prima modalità di condotta) sarebbe del tutto assurdo che il p. a. dovesse astenersi¹⁰¹: ritornerebbe in gioco (in assenza del limite della violazione di regole specifiche, posto soltanto per la prima modalità di condotta) l'art. 97 Cost.¹⁰², come regola che impone l'imparzialità, cioè, in questo caso, di non dare preferenza ad un interesse proprio¹⁰³. Infine, l'inciso "e negli altri casi prescritti", variamente interpretato dalla dottrina¹⁰⁴, potrebbe spalancare ancor di più le porte a non ben prevedibili spazi di punibilità. È opinione comune, quindi, che la giurisprudenza farà certamente ricorso a questa parte dell'art. 323 per intercettare i comportamenti che procurino al p. u. (forse anche indirettamente) un ingiusto vantaggio patrimoniale.

Per tali ultimi fatti, in ogni modo, ritorna in gioco anche la fattispecie dell'ex peculato per distrazione, prevalentemente ritenuto, sino al 2020, punibile a titolo di abuso di ufficio¹⁰⁵: adesso, invece, ogni volta che la cosa mobile, di cui il p.a. abbia il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, sia distratta verso finalità private, tale condotta rientrerà, come per la verità già da tempo riteneva parte della dottrina e della

⁹⁹ Dopo la riforma del 2020 Cass. Sez. fer., 17 novembre 2020, n. 32174, ne *Il Penalista*, 11.12.2020, con commento di B. ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*. In dottrina M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 308; M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 151. *Contra* S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1077, il quale, pur riconoscendo che limitando il rinvio alla legge o al regolamento si rende superflua la previsione degli "altri casi prescritti", ritiene tale interpretazione restrittiva imposta dal principio di legalità.

¹⁰⁰ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 127, ritiene che potrebbero farsi rientrare nell'interesse proprio ("nozione vasta, molto comprensiva, duttile": ID., *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 13) del p. a. anche casi i cui venga avvantaggiato qualcun altro, qualora il funzionario si riprometta di ricavare da ciò un interesse personale.

¹⁰¹ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 10, fa notare che sarebbe assurdo imporre ad un amministratore di non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque altro, che si trovi nelle stesse condizioni.

¹⁰² Come prevede V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 12; similmente G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 9-10, valorizzando la locuzione "negli altri casi prescritti".

¹⁰³ In tal senso M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323*, cit., p. 17.

¹⁰⁴ Come rinvio alle sole norme di legge o di regolamento v. M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 125 ss.; invece, come riferimento a qualsiasi prescrizione giuridica A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 1400.

¹⁰⁵ V., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. P. s.*, 5 ed., cit., p. 188 ss., che ritengono preferibile ricondurre all'abuso d'ufficio anche i fatti di distrazione a profitto proprio, giudicando questa posizione più conforme alla scelta legislativa operata dalla legge n. 86 del 1990.

giurisprudenza¹⁰⁶, tra i fatti di peculato per appropriazione¹⁰⁷, peraltro puniti ben più severamente dell'abuso di ufficio (reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi, con possibilità che sia disposta la custodia cautelare in carcere e l'esclusione dai benefici per il detenuto, ai sensi dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario).

In diversi casi, poi, il p. a. che non sia intervenuto in presenza di una specifica regola di condotta vincolata che gli imponeva di agire, senza lasciare spazio a discrezionalità, potrà ancora essere chiamato a rispondere, per tale condotta sostanzialmente omissiva, ai sensi dell'art. 323 per abuso d'ufficio, anche se, non essendo rilevanti le prescrizioni dei regolamenti, è difficile che possano trovarsi nella legge indicazioni specifiche e tassative che impongano una precisa condotta attiva. In ogni modo, potranno emergere problemi di coordinamento con la fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio ex art. 328, 1° comma, c. p.: quest'ultima disposizione normalmente dovrebbe prevalere, in quanto speciale rispetto all'art. 323, anche se le sanzioni previste dalla norma che più specificamente intercetta il disvalore del fatto (l'art. 328) saranno meno severe di quelle previste dalla norma generale dell'art. 323 c. p.¹⁰⁸.

Uno spazio certamente inadeguato, invece, rimane per punire, ai sensi della seconda modalità di condotta, fatti, anche gravi, di abuso, commessi per arrecare un danno ingiusto e costituenti odiose prevaricazioni, che non frequentemente potranno derivare da astensioni e che non sembra facile ricondurre ad altre ipotesi di reato, salvi i gravissimi fatti di concussione. Questa conseguenza della riforma può sicuramente essere ritenuta la più paradossale, assurda ed ingiusta: il reato di abuso di ufficio era nato, nei codici penali liberali ottocenteschi ed in molti codici preunitari, precisamente per punire gli atti arbitrari dei pubblici ufficiali, che avessero recato pregiudizio ai diritti dei cittadini¹⁰⁹. Dal luglio 2020, in Italia, invece, tali fatti restano impuniti, se commessi nell'esercizio di una pubblica funzione giudiziaria o amministrativa o nello svolgimento di un pubblico servizio, qualora sia stata violata una norma di legge che preveda un margine qualsiasi di discrezionalità. Così, ad esempio, il giudice che, per inimicizia e non per venalità (fuori, quindi dal caso di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter, che, qualora dal fatto derivi una ingiusta condanna prevede la reclusione fino a venti anni)

¹⁰⁶ Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 7ª ed., Milano, 1995, p. 34 ss., limitatamente alle ipotesi di distrazione a profitto privato; a conclusioni sostanzialmente uguali, sebbene con argomenti differenti, giungeva M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 32 ss. Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 1997 (dep. 8 giugno 1998) n. 6753, in *CED Cass.*, n. 211012; Cass. pen. Sez. VI, 22 gennaio 2007, n. 130, in *CED Cass.*, n. 236146.

¹⁰⁷ Dopo la riforma del 2020 T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 12, prevede il ritorno dell'ex peculato per distrazione nell'ambito dell'art. 314 c. p. Non vi sono argomenti, invece, per ritenere che, dopo la riforma, tali fatti integrino il peculato d'uso, ex art. 314, 2° comma, come, invece, sostiene V. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 153.

¹⁰⁸ Come nota T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 123 ss., che evidenzia l'incongruenza di questa asimmetria.

¹⁰⁹ V. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 157; secondo A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85, il nuovo art. 323, smarrendo il legame genetico con i codici penali liberali ottocenteschi, ha completamente trascurato la tutela del privato contro gli abusi di potere da parte dei funzionari pubblici, che sarebbe stata "l'unica ragione per la quale la fattispecie avrebbe meritato di sopravvivere".

condanni un imputato, della cui innocenza egli è pienamente convinto, in base ad una intenzionalmente falsata valutazione dei fatti, giudicando nell'ambito della discrezionalità che la legge gli attribuisce, non potrà rispondere di abuso di ufficio, né di altro reato!

6. Era meglio abrogare l'art. 323?

A seguito di un così radicale stravolgimento della fisionomia propria¹¹⁰ dell'abuso di ufficio, la dottrina si è chiesta se non sarebbe stato più coerente o più opportuno abrogare del tutto l'art. 323, lasciando la punibilità degli abusi commessi dai pubblici agenti alle altre disposizioni, che prevedono i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: tali norme, come si è appena visto, potrebbero fornire in molti casi una tutela – sembra, però, non del tutto adeguata – ai beni giuridici del buon andamento e della imparzialità della P. A.

Al riguardo si possono registrare opinioni differenti, ma molte sono essenzialmente concordi su un punto: la vera intenzione del legislatore era quella di giungere ad una sostanziale abolizione del delitto di abuso di ufficio¹¹¹, “sterilizzando” la norma che lo prevede e mantenendo la punibilità dei fatti meno gravi, pressoché insignificanti dal punto di vista politico-criminale.

Per il resto, alcuni ritengono che il legislatore avrebbe dovuto portare a compimento la riforma ed avere il coraggio di eliminare del tutto la fattispecie di abuso, “specie con riferimento alla sua versione ‘affaristica’”, senza temere che da ciò derivassero vuoti di tutela rispetto ai beni del buon andamento e della imparzialità¹¹².

Altri, analogamente, pensano che, ridotto ad una infrazione di regole soltanto formali, il reato perda la sua ragion d'essere e che, tuttavia, non essendo possibile una puntuale descrizione dell'uso distorto della discrezionalità, che dell'abuso è l'aspetto sostanziale, sia meglio regolare con strumenti diversi dal diritto penale i fenomeni sottesi all'abuso¹¹³, traendo spunto, in questa direzione, dalla sentenza n. 447 del 1998 della Corte costituzionale, secondo cui, appunto, “Le esigenze costituzionali di tutela non si

¹¹⁰ Di dimensione “«ontologica», sia pure in senso giuridico” parla T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 122, con riferimento alla nozione di abuso di potere come sviamento del potere al perseguimento di una finalità privata. Analogamente M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 163, considera “nella natura delle cose” il binomio costituito da abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, come indica il titolo dell'opera citata: “*simul stabunt vel simul cadent*”.

¹¹¹ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 125; secondo M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 159, l'intento della riforma era quello di “neutralizzare” l'ambito applicativo dell'art. 323, col rischio di una sua sostanziale abrogazione.

¹¹² A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85; non diversamente B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso di ufficio e l'abolito criminis parziale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1/2021, p. 114, il quale considera già coraggioso il legislatore con l'innovazione apportata e ritiene che non gli si possa chiedere di essere “eroico” sino al punto di abrogare l'art. 323.

¹¹³ Così, prima della riforma, L. STORTONI, *Intervento*, in A. R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, p. 119 ss. Oggi è favorevole all'abrogazione, per le ragioni indicate nel testo, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 12.

esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni”, secondo l’aprezzamento discrezionale del legislatore, quando questi ritenga assenti o insufficienti o inadeguati mezzi diversi dal ricorso al diritto penale.

Ma vi sono anche posizioni differenti, che, pur non disconoscendo gli argomenti a favore dell’abolizione del reato, ritengono che l’abrogazione dell’art. 323 lascerebbe sguarnita di adeguata tutela settori sensibili dell’agire della P. A., come ad esempio la materia degli appalti o quella giudiziaria, ricordando che, per quest’ultima, “l’abuso d’ufficio è l’unica fattispecie in grado di reprimere comportamenti prevaricatori dei pubblici poteri a scapito delle ragioni del cittadino”¹¹⁴.

Vi è, poi, chi riteneva (prima dell’emanazione della legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d. l. 76 del 2020) che sarebbe stato meglio ricorrere ad una legge di interpretazione autentica, riferita alla formulazione dell’abuso di ufficio del 1997, in modo da escludere il riferimento all’art. 97 Cost. per individuare la condotta punibile¹¹⁵.

Una terza via tra l’abolire e il riformare era indicata da chi, prima della riforma del 2020, aveva ritenuto sconsigliabile procedere ad una modifica dell’art. 323, considerando che la magistratura avrebbe potuto tradire anche il nuovo testo con letture a carattere manipolativo. D’altra parte, si osservava che, nel caso di una abrogazione secca, la magistratura avrebbe comunque potuto riempire il vuoto lasciato dal reato abolito attraverso reinterpretazioni in chiave estensiva di altre fattispecie più gravi. Alla luce di tali preoccupazioni, la soluzione dei problemi, la terza via, veniva intravista attraverso un mutamento, in senso democratico liberale, della cultura dei giudici ed un più efficace funzionamento della pubblica amministrazione: condizioni, però, ritenute difficili da raggiungere¹¹⁶.

Volendo esprimere un giudizio sulla eventualità di abrogare l’art. 323, vien fatto, per prima cosa, di notare come anche su questo punto, come su tutti gli altri, si ha la fortissima impressione di essere davanti ad un *déjà vu*: nei giorni 11 e 12 ottobre 1996 si tenne a Torino un convegno sul tema “Abuso d’ufficio: conservare, sopprimere, modificare?” ed anche allora si posero le questioni di fronte alle quali ci ritroviamo ancora oggi¹¹⁷. Infatti, il 16 maggio 1996 era stata presentata alla Camera la proposta di legge Novelli (C 924) nella quale si suggeriva di abrogare *tout court* l’art. 323; e le relazioni straniere presentate a quel convegno mostrarono che in Francia e Germania non esisteva un reato come il nostro abuso d’ufficio. Oggi, con riferimento agli Stati Uniti, si è osservato che lì *l’abuse of power* è punito soltanto se provoca un danno

¹¹⁴ A. MANNA – G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”?*, cit., p. 16 ss. [il testo è condiviso dagli Autori, la paternità della parte qui citata è da attribuire ad A. Manna] suggeriscono, in prospettiva di riforma, di valorizzare il criterio del conflitto d’interessi, di origine civilistica; così già A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 173 ss.

¹¹⁵ Così G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 3; concorda con la proposta S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d’ufficio*, cit., § 6.

¹¹⁶ Così G. FIANDACA – A. MERLO, *Riformare, abolire? C’è una terza via per il reato fantasmatico dell’abuso d’ufficio*, ne *Il Foglio*, 24 giugno 2020.

¹¹⁷ Di quel convegno, qui si può dare notizia indiretta, attraverso le citazioni fatte da A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull’abuso d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1 ss.

patrimoniale di un certo ammontare e che la norma penale non vieta semplici comportamenti disonesti animati da scopi politici, i quali non sono dotati di rilevanza penale, ma sono rimessi esclusivamente al giudizio degli elettori¹¹⁸. Nelle considerazioni comparatistiche, però, si deve tenere conto non soltanto delle disposizioni penali, in se stesse considerate, ma dell'intero sistema giuridico di un paese, inquadrandolo nel suo contesto storico, sociale e culturale. Così, per la Francia e la Germania, Pagliaro notò che in quei paesi vi è una tradizione di efficienza della pubblica amministrazione di gran lunga superiore a quella italiana e che le pesanti sanzioni disciplinari vengono regolarmente applicate, il che può giustificare l'assenza di una fattispecie di abuso d'ufficio¹¹⁹. Riguardo agli Stati Uniti, invece, se la rilevanza penale è limitata, in questo campo, a fatti connotati da disvalore patrimoniale, è, però, fortissimo (forse sin troppo e di tipo moralistico) il controllo mass-mediatico, sociale e politico, che sa essere spietato nei riguardi di soggetti ritenuti non affidabili, con effetti di prevenzione generale allargata ben più forti di quelli che, in Italia, riescono ad ottenere le pur severe norme penali (quando queste non vengono modificate, magari *ad personam*, soprattutto nel caso di crimini dei colletti bianchi). Cosicché, in sostanza, non pare che da questi confronti si possano trarre indicazioni, relative al nostro sistema penale, che orientino verso la abolizione della fattispecie di abuso di ufficio.

Come si vede, molti e molto diversi sono gli orientamenti espressi sulla opportunità di abolire completamente il delitto che stiamo esaminando. Alla luce di tutti i dati e gli argomenti sin qui presi in considerazione, sembra giunto il momento di trarre le conclusioni sulla questione dell'abrogazione e, più in generale, sulla riforma del 2020.

7. La tutela penale dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Conclusioni.

Le ragioni che hanno condotto all'ultima riforma dell'art. 323, come si è visto, sono esattamente le stesse che portarono alla riforma del 1997: evitare indebite ed eccessive ingerenze dei giudici penali nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Alla riformulazione di allora seguì una riconversione ermeneutica da parte della dottrina e della giurisprudenza cosicché, alla fine, si era tornati ad una situazione che può dirsi pressoché identica a quella anteriore al 1997. Il Governo, oggi, ha pensato di insistere sulla linea tracciata dal legislatore più di venti

¹¹⁸ V., sul punto, le valutazioni di M.C. UBIALI, [Abuso di potere dei pubblici funzionari e sindacato del giudice penale: un'importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui principi di legalità e di separazione dei poteri](#), nota a *Supreme Court of US, Kelly v. United States*, 7 maggio 2020, n. 18-1059, in questa *Rivista*, 17 giugno 2020. V. anche A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 86.

¹¹⁹ A. MERLO, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 95, a conferma della tesi secondo cui è possibile fare a meno delle sanzioni penali per contrastare gli abusi, cita la posizione di A. PAGLIARO, *La nuova riforma*, cit., p. 1401, secondo il quale vi sarebbe questa possibilità lì dove il preordinamento disciplinare funziona davvero. Tuttavia, come si è detto sopra nel testo, in realtà in altro scritto (*Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., p. 1, ss.) lo stesso Pagliaro considerava "risaputo" il fatto che in Italia, a differenza che in Francia e Germania, "le sanzioni disciplinari appaiono di troppo rara applicazione".

anni prima, con un intervento ancora più drastico, nel suo tenore letterale, ma, nella sostanza, mirante allo stesso obiettivo, di escludere il sindacato penale sugli atti di esercizio del potere amministrativo, quando questo – come è nella stragrande maggioranza dei casi – implichi un esercizio della discrezionalità.

Così, la attuale formulazione letterale dell'art. 323 considera non illecito penalmente qualsiasi atto discrezionale del potere giudiziario ed amministrativo (che non costituisca altro reato), senza ammettere, di per sé, alcuna ulteriore distinzione, eccezione o restrizione di campo. Tutto quanto viene compiuto in violazione di una regola specifica, che non imponga comportamenti vincolati e che, dunque, lasci margini di discrezionalità, non è punibile a titolo di abuso di ufficio e, se il fatto non integra altro reato, è sottratto interamente alla disciplina penale.

Questo modo di risolvere i problemi – sebbene questi siano seri e da non disconoscere affatto – non è quello esatto. Le leggi penali non possono, anzi non debbono essere cambiate per impedirne applicazioni invasive da parte dei magistrati¹²⁰; non possono essere scritte mediante il ricorso diretto a nozioni o istituti che hanno una loro precisa e diversa ragion d'essere in altri settori del diritto¹²¹: l'unitarietà dell'ordinamento giurico non esclude l'autonomia dei concetti nelle diverse branche. Le leggi vanno formulate attentamente in base alle esigenze di tutela dei beni giuridici, mentre il controllo sull'attività delle procure e dei giudici non si ottiene con tagli delle fattispecie incriminatrici¹²²: nel caso in esame, tagli grossolani, non sufficientemente meditati, incoerenti rispetto al testo completo della disposizione penale e non coordinati con l'intero sistema penale di quel settore, né con le norme costituzionali di diretto riferimento (artt. 97 e 111 Cost.), né con altri principi costituzionali ancora più fondamentali (art. 3 Cost.). Formulare le fattispecie penali in modo rispondente all'esigenza di determinatezza, e quindi al principio di legalità, richiede una scrittura precisa delle norme, studiata con attenzione in base alle esigenze di politica criminale ed alle risultanze della scienza del diritto, penale e non solo. Del resto, come si è visto, una inappropriata formula di legge, esageratamente radicale o mal strutturata, quasi inevitabilmente induce la dottrina e soprattutto la giurisprudenza ad interpretazioni correttive, come la storia delle modifiche dell'abuso d'ufficio ci ha mostrato.

Per esprimere in sintesi un giudizio sull'ultima versione dell'art. 323, riteniamo che l'idea di lasciare privi di tutela penale interi settori dell'esercizio dei poteri dello Stato – quelli in precedenza coperti dall'abuso d'ufficio – sia inaccettabile.

La discrezionalità giudiziaria e amministrativa non è libertà assoluta, se non vuole trascendere in completo arbitrio; il potere deve essere esercitato nell'ambito delle leggi che lo attribuiscono e non al di fuori di esse, né tantomeno contro di esse. La

¹²⁰ Da rileggere ancora, a questo proposito, le parole di S. SEMINARA, *Commento all'art. 323*, cit., p. 1073.

¹²¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 502.

¹²² Già nel 1999 C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 340, con riferimento alla riforma del 1997 scriveva: "Cattive abitudini di talune procure della repubblica non possono ... di per sé giustificare provvedimenti politico criminali di diritto penale sostanziale, che devono rispondere alle esigenze proprie del settore di pertinenza, e non operare come correttivi di distorsioni delle prassi giudiziarie". Sul punto cfr. anche, volendo, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio*, cit., p. 898 ss.

Costituzione stabilisce che la pubblica amministrazione deve agire con imparzialità (art. 97) e che con imparzialità devono agire i magistrati (art. 111).

Considerare funzionari della P. A. e magistrati non responsabili nell'esercizio del potere discrezionale, come attualmente fa l'art. 323 c. p., significa costruire intorno ad essi una sorta di ingiustificabile immunità¹²³ sostanziale. Ovviamente, non si tratta di immunità in senso tecnico, giacché questa presuppone che il fatto per cui il soggetto non può essere chiamato a rispondere costituisca reato. Ma, stravolgendo e mutilando la legge penale e la fisionomia di un reato, si può empiricamente costruire una sfera di sostanziale "immunità" intorno all'esercizio di una funzione, come una specie di privilegio, per i soggetti che compiono fatti, che quella legge penale dovrebbe sanzionare.

La Corte costituzionale è stata molto ferma nel decidere che nuove ipotesi di immunità (quelle relative alle più alte cariche dello Stato) possono essere introdotte soltanto con legge costituzionale, perché alterano l'"essenziale e delicato equilibrio fra i diversi poteri dello Stato ... incidendo sulla complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri del loro equilibrio"¹²⁴. Ripetiamo che, nel caso dell'art. 323, non si tratta di una vera immunità, ma, comunque, quel delicato ed essenziale equilibrio fra i diversi poteri dello Stato non può essere così radicalmente sovvertito da una legge ordinaria, come fa il nuovo art. 323 c. p.

Molto meno severa, invece è stata la Corte quando ha dovuto giudicare sulla illegittimità dell'art. 323, nella precedente versione¹²⁵: essa, come abbiamo prima ricordato, ha stabilito che le esigenze costituzionali di tutela che riguardano "l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione ... possono essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni ... ché anzi l'incriminazione costituisce una extrema ratio cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela"¹²⁶. Riguardo a tale decisione, bisogna, però, considerare che: 1) la Corte non avrebbe comunque potuto dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 323 con una decisione estensiva della punibilità, che non le è consentita, dato che dalla

¹²³ Avvertiva già il "forte rischio" che uno spazio di libertà della P. A. senza limiti si traduca in immunità M. N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: «la violazione di norme di legge»*, in Cass. pen., 1999, p. 1770; v. anche G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini*, cit., p. 2; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 10. Secondo T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9, la riforma intendeva erigere intorno alla discrezionalità una "cinta immunitaria"; ma A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 85 ss., fa notare che, in realtà, è stato fornito uno "scudo di cristallo", destinato presto ad andare in frantumi.

¹²⁴ Com'è noto, per due volte la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le leggi che prevedevano ipotesi di immunità processuale per alcune alte cariche dello Stato (sent. 24/2004 per la l. 20 giugno 2003, n. 140, c. d. "Iodo" Maccanico-Schifani, relativa alle cinque più alte cariche dello Stato; sent. 262/2009 per la l. 23 luglio 2008, n. 124, c. d. "Iodo" Alfano, relativa alle quattro più alte cariche).

¹²⁵ Secondo C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi*, cit., c. 334 e nota 20, la formulazione dell'abuso dettata nel 1997, così come "voluta" dal legislatore di allora, presentava forti rischi di illegittimità costituzionale, per la arbitraria differenziazione fatta a seconda che la violazione della imparzialità derivasse o non derivasse da specifiche disposizioni di legge.

¹²⁶ Corte cost., sent. 447/1998.

Costituzione non si possono fare discendere obblighi di tutela penale per il legislatore ordinario¹²⁷ (tale impossibilità si estende, per le stesse ragioni, al nuovo art. 323); 2) che la decisione si riferiva alla fattispecie dell'abuso di allora, la quale, sotto numerosi aspetti, era assai più ragionevole e sensata di quella attuale, rendendo possibile, comunque, una tutela dei beni del buon andamento e della imparzialità della P. A.¹²⁸.

Quanto alla questione, finale, se sia necessario o meno ricorrere alla tutela penale di fronte agli abusi nell'esercizio del potere discrezionale da parte dei soggetti che esercitano una funzione amministrativa o giudiziaria, non convince affatto, come abbiamo appena detto sopra, l'idea che possano *sempre* essere sufficienti sanzioni disciplinari. Ciò potrebbe essere vero nel caso di piccole violazioni di legge o regolamento, che non mortifichino gravemente i beni, di esplicita rilevanza costituzionale, del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione e della imparzialità dei magistrati. Ma quando, come hanno fatto il d. l. 76 del 2020 e la legge di conversione n. 120 del 2020, una legge stabilisca che *ogni atto di esercizio del potere discrezionale amministrativo e giudiziario* sia sottratto al controllo di legalità in sede giudiziaria, anche nel caso di condotte affaristiche o prevaricatrici, che abbiano seriamente pregiudicato fondamentali beni, dotati di esplicita rilevanza costituzionale, allora ricorrere alle sanzioni penali appare doveroso e non sembra affatto costituire soltanto una delle possibili opzioni di disciplina, lasciate al prudente apprezzamento del legislatore: sono qui in gioco principi e valori di importanza tale, che il loro mancato rispetto contraddice le fondamenta dello Stato di diritto.

Né ci convince l'idea che, per assicurare le esigenze, non meno importanti, di efficienza, efficacia, economicità e rapidità, tutte riassumibili nella nozione di buon andamento della P. A., sia possibile rinunciare ad una "patologica imparzialità perfetta"¹²⁹ e che il legalismo formale del giudice penale renda quest'ultimo inadatto a comprendere l'elasticità dell'azione amministrativa, che è essenza del buon andamento della pubblica amministrazione¹³⁰. Infatti, quello che la norma penale, se correttamente interpretata ed applicata, impone non è una impossibile perfetta equidistanza del funzionario pubblico rispetto ai diversi interessi, complessi e non convergenti, tra i quali egli è necessariamente tenuto a scegliere, con sacrificio di alcuni di essi e sostegno di altri; la norma penale, invece, vieta soltanto il fatto di utilizzare il potere pubblico per conseguire primariamente scopi privati dello stesso p. u. o di persone a lui vicine, piuttosto che per curare l'interesse pubblico (comunque lo si possa individuare).

Non può ammettersi che sia impunito un funzionario pubblico, che *intenzionalmente* procuri *ingiusti* vantaggi o danni *ingiusti* (questi ultimi con pregiudizio di altri soggetti), attraverso la violazione di una legge particolare e, insieme, del principio

¹²⁷ La letteratura sul punto è ormai abbondantissima: per tutti v. ancora D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

¹²⁸ Come si è detto nel paragrafo precedente, sembra che non pochi Autori (cfr. note 115 e 116), avrebbero preferito mantenere la formulazione del 1997, seppure con modifiche o interpretazioni autentiche.

¹²⁹ Come pensa V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 8. In posizione simile A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 258, secondo cui un sindacato troppo esteso del giudice penale sul corretto uso della discrezionalità amministrativa rischia di danneggiare, più che di salvaguardare, il buon andamento della P. A.

¹³⁰ Così A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. e ID., *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 63 ss.

e della regola della imparzialità degli organi pubblici (artt. 97 e 111 Cost.), che è diretta specificazione, in relazione alle funzioni esercitate da tali organi, del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)¹³¹, su cui è fondato l'intero assetto costituzionale del nostro Stato e di ogni moderno¹³² Stato civile.

Non può ammettersi che un potere dello Stato possa essere esercitato, in sostanza, del tutto al di fuori del controllo di legalità da parte del potere giudiziario: ciò è contrario al principio della separazione dei poteri¹³³, su cui ogni moderno Stato di diritto è fondato, e ne mina le fondamenta.

A queste affermazioni si potrà rispondere osservando, ancora una volta, che neppure ai giudici è consentito violare il principio della separazione dei poteri, "entrando a gamba tesa" nel campo delle libere scelte spettanti agli organi del potere amministrativo (o giudiziario). Questo è evidente, ma – in conclusione – la responsabilità di simili invadenze non dipende sempre e necessariamente dalla formulazione delle leggi penali¹³⁴, bensì dipende da queste soltanto quando sia stato superato il giusto livello di determinatezza con cui esse devono essere redatte; se quanto abbiamo detto sopra può essere condiviso, non sembrava questo il caso dell'abuso d'ufficio, così come disciplinato nel 1997. Nel caso del delitto di abuso di ufficio, si è sempre di fronte alla possibilità che "la valvola" che lo regola non venga opportunamente stretta, con il rischio che la repressione trasmodi in panpenalizzazione; ma c'è anche il rischio contrario, "non meno preoccupante"¹³⁵ che quella valvola risulti troppo stretta, con una impunità per fatti che violano gravemente l'imparzialità del potere pubblico.

Il decreto legge 76 del 2020 e la relativa legge di conversione hanno "stretto la valvola" dell'abuso oltre ogni ragionevole misura, con risultati contraddittori e difficilmente compatibili con la tutela di fondamentali beni di rilevanza costituzionale, determinando un inaccettabile pregiudizio per alcuni principi cardine dello Stato di diritto.

Che dire e che fare?

Nel recente passato, vi sono state analoghe operazioni, volte a ridurre o escludere il controllo del giudice penale sull'esercizio di uffici privati¹³⁶ o delle condotte di difesa

¹³¹ Per T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 9, la disciplina del potere discrezionale dettata dall'attuale art. 323 c. p. costituisce una "flagrante violazione del principio di uguaglianza".

¹³² Secondo T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 130, il legislatore della riforma ha disciplinato l'esercizio del potere pubblico, da parte del funzionario, come se si trattasse del diritto soggettivo di un privato, da esercitarsi con libertà ancora maggiore di quella di cui il privato gode: per l'A., questo modo di regolare il potere pubblico apparteneva ad epoche che hanno preceduto la nascita dello Stato di diritto, essendo tipico dei regimi feudali.

¹³³ Per quanto si tratti di considerazioni in certo senso ovvie, è bene notare, come fa M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 158, che "Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri" e che, attraverso questo principio, al giudice penale è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini.

¹³⁴ T. PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, cit., p. 122, attribuisce i difetti di tipicità della fattispecie penale alle carenze della disciplina amministrativa del potere, che ritiene "contorta, confusa, slabbrata".

¹³⁵ Queste considerazioni sono di G.L. GATTA, *Da 'Spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., p. 4.

¹³⁶ Come nel caso della pessima riforma del delitto di false comunicazioni sociali dettata dal d. lgs. 61 del 2002, su cui, per giudizi severissimi e convergenti, cfr. C. PEDRAZZI, *In memoria del «falso in bilancio»*, in *Riv. soc.*,

legittima dei cittadini¹³⁷, con interventi di riforma anch'essi frutto di quel populismo penale di cui si è parlato all'inizio, che irrazionalmente spinge talora verso la "libertà" da controlli penali e certe altre volte in direzione precisamente opposta. Il tempo ha mostrato come queste irragionevoli (e talora interessate) spinte vengano poi bloccate da controriforme o dagli organi supremi di garanzia dello Stato.

Riguardo alla tormentata vicenda dell'abuso d'ufficio, sembra che il percorso *déjà vu* sia destinato a ripetersi e che dovremo assistere a nuovi tentativi di riconversione ermeneutica dell'art. 323 (che continueranno ad assegnare rilevanza all'eccesso di potere c. d. estrinseco; alla c. d. violazione mediata della legge, o, persino, alla violazione dell'art. 97 Cost.)¹³⁸, destinati a sfociare, se non in un intervento della Corte costituzionale, probabilmente in una ulteriore modifica, che diventerebbe l'ennesima tappa dell'infinita riforma del delitto di abuso di ufficio.

2001, p. 1369 ss; A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1345 ss.; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 676 ss. Per riportare il delitto verso una più ragionevole disciplina è dovuta intervenire la l. 27 maggio 2015, n. 69.

¹³⁷ L'art. 52 c. p., modificato dalla l. 59 del 2006, con la precisa e ampiamente dichiarata "volontà" del legislatore di estenderne la portata, è stato poi oggetto di una lettura conforme alla Costituzione, che ha praticamente azzerato le modifiche: fra i tanti, v. F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 189 ss; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata")*: molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 434 ss. La successiva modifica dell'istituto ad opera della l. 39 del 2019 (su cui, per tutti, v. D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla gistificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020), orientata verso una espansione ancor più radicale della difesa – sempre nell'intento dello stesso legislatore –, ha subito una significativa e autorevole battuta d'arresto da parte del Presidente Mattarella, che, in una lettera rivolta ai Presidenti delle due Camere, ha ricordato come i requisiti su cui la riforma aveva puntato devono essere interpretati in senso conforme ai principi costituzionali.

¹³⁸ Non pochi pensano che, dopo la riforma del 2020, bene o male che sia, "potrebbe non cambiare nulla" o cambiare molto poco: così, con varie sfumature, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt*, cit., p. 163; B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, cit., p. 113; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 10.