

LA PROMESSA DELLA GIUSTIZIA TECNOLOGICA^(*)

di Luca Lupária Donati

SOMMARIO: 1. Intorno a un titolo: premonizione di una catastrofe o aspettativa di un futuro radioso? La giustizia penale al bivio. – 2. La tecnologia quale sicario silenzioso della cultura del giudizio. – 3. Sulla deformazione degli istituti processuali sotto i colpi della tecnica. – 4. Contro la sindrome della wunderkammer. – 5. Un cambio di prospettiva: la “tecnologia giudiziaria” quale fattore di irrobustimento delle garanzie fondamentali.

1. Intorno a un titolo: premonizione di una catastrofe o aspettativa di un futuro radioso? La giustizia penale al bivio.

Quando gli organizzatori del convegno mi hanno affidato il titolo, apparentemente enigmatico, di questo intervento, ho colto subito la possibilità di celebrare nel migliore dei modi il percorso scientifico di Roberto Kostoris. L’argomento, infatti, richiama immediatamente una dinamica di profonda trasformazione dei paradigmi tradizionali del nostro processo penale, esattamente il fenomeno che il Maestro che oggi onoriamo ha magistralmente studiato negli ultimi anni¹. Allo stesso tempo, discorrere degli effetti che l’impiego del sapere tecnico-scientifico ha sortito sulle meccaniche e sulle logiche della giustizia penale consente di ripercorrere un terreno coltivato lungo la sua carriera accademica, a partire dalla monografia sui consulenti tecnici² sino ad arrivare ai mirabili saggi su neuroscienze e genetica³ e, da ultimo, sull’intelligenza artificiale⁴.

Non giudico irrilevante, poi, che la proposta mi abbia riportato alla mente i titoli di due lungometraggi di una certa notorietà, “La promessa dell’assassino”⁵ e “La

^(*)Testo della relazione svolta al Convegno “I paradigmi del processo penale in un mondo in trasformazione”, in onore di Roberto E. Kostoris, Università degli Studi di Padova, 1 dicembre 2023, i cui atti sono in corso di pubblicazione presso l’editore Giappichelli.

¹ R. E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, II ed. accresciuta, Torino, 2022; ID., *Il processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie post-moderne del diritto europeo*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall’Università di Padova*, Torino, 2019, p. 257 ss.

² R. E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993.

³ R. E. KOSTORIS, *Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 559 ss.

⁴ R. E. KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Discrimen*, 5 marzo 2024; ID., [Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione](#), in *Sist. pen.*, 2021, p. 3 ss.

⁵ *La promessa dell’assassino (Eastern Promises)*, regia di David Cronenberg, 2007.

promessa dell'alba"⁶. Il riferimento cinematografico, da un lato, permette di sfiorare un altro campo di interesse di Roberto, ossia il rapporto tra letteratura, filmografia e giustizia, e, dall'altro, ben sintetizza lo schema che vorrei seguire per la mia esposizione. Dobbiamo infatti chiederci se la giustizia tecnologica preconizzi la lenta soppressione degli elementi centrali del classico modo di rendere le decisioni penali (la "promessa dell'assassino", appunto) o dischiuda invece la strada a una nuova e positiva stagione di irrobustimento delle garanzie del rito, rappresentando piuttosto "la promessa dell'alba".

La mia riflessione muoverà dal lato meno rassicurante di siffatto giano bifronte per poi spostare la lente focale sul suo volto, per così dire, più benigno, ragionando sulla possibile contrapposizione tra una "giustizia tecnologica" e una "tecnologia giudiziaria".

2. La tecnologia quale sicario silenzioso della cultura del giudizio.

La giustizia tecnologica, nell'orizzonte culturale del processo penale, evoca da sempre più catastrofi che benefici⁷.

Gli esempi non mancano. Le evidenze digitali (e scientifiche in genere) spostano la bussola dell'accertamento verso lo stadio investigativo, provocando un parziale svuotamento del contraddittorio dibattimentale, divenuto, il più delle volte, una sorta di *divertissement* estetico a fronte di una partita già giocata *aliunde*⁸. Sotto diverso angolo visuale, le nuove tecniche investigative incidono sulla vita delle persone con gradi di profondità e spazi di estensione finora sconosciuti⁹.

E ancora. L'ingresso nel circuito giudiziale degli strumenti informatici e delle macchine (più o meno) intelligenti genera forme di inedita deresponsabilizzazione degli attori processuali, in particolare del giudice¹⁰. Questi tende spesso ad affidarsi al *dictum*

⁶ *La promessa dell'alba (La promesse de l'aube)*, regia di Éric Barbier, 2017.

⁷ Per un inquadramento di ampio orizzonte: G. CANZIO - L. LUPÁRIA DONATI, *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Milano, 2022; F. CAPRIOLI, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. LUPÁRIA DONATI - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, p. 45 ss.; ID., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3529; C. CESARI, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale - un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, p. 1167 ss.; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2017, p. 19 ss.; A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*, Paris, 2018.

⁸ Cfr. L. MARAFIOTI, *Prueba digital y proceso penal*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2012, p. 1904 ss.; M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017.

⁹ V., tra gli altri, F. CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 499 ss.; M. DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 834; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 3 ss.; F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018

¹⁰ Cfr. D. PASTOR, *El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar*, in *Diario Penal*,

dell'esperto, al risultato dell'esperimento o alla decisione artificiale, non tanto per una mitizzazione della valenza dei relativi enunciati, quanto per comodità (l'essere umano è pigro per natura, dicono gli scienziati...) o per mettere al sicuro dal rimprovero le proprie pronunce mediante l'adesione alle statuizioni oracolari dei *tools* a disposizione¹¹. Del resto, un decisore umano che volesse discostarsi dalla proposta ricostruttiva del luminare di riferimento o, peggio ancora, dalla previsione formulata dall'*artificial intelligence*¹² dovrebbe connotarsi – *comme il faut*, almeno in teoria – da forte indipendenza, senso di responsabilità, solidità psicologica e capacità di sopportare le critiche.

Mi spiego meglio, muovendo dalla casistica statunitense: se un applicativo di *risk assessment* suggerisse che l'arrestato non vada liberato su cauzione in quanto potenzialmente pericoloso¹³, quanti magistrati, pur se intimamente convinti dell'esistenza di condizioni per il rilascio in pendenza di processo, si assumerebbero il rischio del biasimo che si riverserebbe su di loro se quel soggetto, rimesso a piede libero contro il "parere" della macchina, commettesse un grave illecito?

Più in generale, stiamo assistendo nel panorama comparativo, così come in Italia, quale conseguenza di quella che si suole appunto definire giustizia tecnologica, a una fuga dei giudicanti dalla componente essenziale del proprio mandato, vale a dire l'apprezzamento delle prove. Per valutare la credibilità di un testimone – nocciolo duro dell'attività di chi siede sullo scranno della giurisdizione – vengono oggi addirittura chiamati consulenti tecnici o periti, perché dicano se il teste afferma il vero o il falso, se sia attendibile o meno, magari avvalendosi di metodiche o apparecchiature neuroscientifiche.

Insomma, l'emersione del significativo grado di fallibilità dell'atto del decidere, la scoperta dei meccanismi di contaminazione della memoria e della percezione umana - alcuni dei grandi approdi scientifici degli ultimi anni¹⁴ - invece che indurre gli operatori ad alzare lo *standard* della propria preparazione, in termini di rafforzamento del bagaglio formativo ed epistemico di ciascuno, sta invece conducendo a delegare in bianco ad altri quelle valutazioni che dovrebbero invece rimanere esclusive di colui al quale affidiamo il "giudizio dell'uomo sull'uomo" e l'affermazione della colpevolezza sopra "ogni ragionevole dubbio"¹⁵.

n. 175, 1° dicembre 2017.

¹¹ Si vedano le osservazioni di A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 513 ss.; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 547 ss.

¹² Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo* [2018], trad. it., Torino, 2019.

¹³ Si rinvia alle riflessioni di 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, p. 1 ss.

¹⁴ In una letteratura oramai ampia: P. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992; A. FORZA - G. MENGONI - G. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017; D. KANHEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; L. LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, 2006; L. MACCHI, *La psicoretorica. Dall'arte del dire alla forma del pensiero*, Milano, 2024. P. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività*, Bologna, 2020.

¹⁵ Cfr. G. CARLIZZI, *Liberò convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018, p. 105

Volendo procedere oltre in questa *via crucis* o, se si preferisce, in questa parabola storico-evolutiva, occorre anche ricordare come la tecnologia e le scienze abbiano introdotto pericolose isole di presunta infallibilità in un giudizio, quello penale, che, per sua natura deve invece nutrirsi di dubbi e di riscontri¹⁶. Elementi conoscitivi come la prova del DNA e altre *forensic sciences*, anche in ragione di una poca conoscenza dei rudimenti del calcolo della probabilità e del teorema di Bayes¹⁷, appaiono, agli occhi dei giudicanti, eccessivamente concludenti, quasi decisivi¹⁸. Giudicanti, professionisti o laici che siano, spesso *bamboozled*, imbambolati dall'*ipse dixit*, come affermano gli studiosi nordamericani.

Molte ricerche lo hanno mostrato: in realtà, si tratta di esiti tecnico-scientifici tutt'altro che risolutivi per il *thema decidendum* e che, oltretutto, lungi dall'essere il frutto di un percorso automatizzato, celano al proprio interno scelte discrezionali di operatori che, nella statuizione finale, espressa magari con un numero, non appaiono immediatamente percepibili. Nel percorso che conduce all'*output* di un'analisi genetica, ad esempio, il tecnico può non limitarsi a immettere un campione nella macchina e ritirare il "biglietto" con il responso, come si tende a ritenere nell'immaginario comune. Egli opera spesso scelte metodologiche, decide quale profilo sia prevalente in caso di *mixtures*, talora amplifica artificialmente un materiale di minima quantità, e via dicendo. Insomma, vengono compiuti passaggi interpretativi importanti che conducono all'esito finale, ma che non sono conosciuti o vagliati, anche in termini di margine di errore, da parte di chi prenderà l'elemento quale pilastro del proprio convincimento.

La tecnologia, inoltre, rosicchia costantemente margini di difesa all'interno dell'agone processuale, erodendo i più classici *rights of defence*¹⁹. L'ingresso di applicativi o di strumentazioni nel procedimento penale amplifica il fenomeno della c.d. *black box*²⁰, ossia l'impossibilità per le parti di comprendere la programmazione sottesa a quei dispositivi, spesso coperta da diritti industriali che rendono non ostensibile l'infrastruttura logica posta alla base del suo funzionamento. A ciò si aggiunga che, con l'espansione dell'*IA* generativa e del *machine learning*, consentire alla difesa di conoscere la rete neuronale del *robot* può risultare sostanzialmente inutile, perché il modo di agire/pensare dell'entità artificiale evolve (o peggiora) continuamente, rendendo di fatto una chimera fotografare il momento nel quale essa ha espresso la statuizione portata all'interno del rito criminale. Sullo sfondo, poi, si staglia l'enorme interrogativo circa la

¹⁶ V., per tutti, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019, p. 67 ss.; M. DAMAŠKA, *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, 2018.

¹⁷ Credo siano ancora attuali le mie considerazioni espresse in L. LUPÁRIA DONATI, *Trial by probabilities. Qualche annotazione "eretica"*, in *La Corte d'Assise*, 2012, p. 155.

¹⁸ Cfr., volendo, L. LUPÁRIA DONATI, *Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, p. 71 ss.

¹⁹ Qualche cenno in J. VUILLE – L. LUPÁRIA DONATI – F. TARONI, *Scientific evidence and the right to a fair trial under Article 6 ECHR*, in *Law, Probability and Risk*, 16, 2017, p. 55 ss.

²⁰ Cfr. F. PALMIOTTO, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic governance and governance of algorithms*, a cura di M. EBERS - M. CANTERO GAMITO, Cham, 2021, p. 49 ss.; J. DANAHER, *Algorithmic decision-making and the problem of opacity*, in *Comput. Law*, 2016, fasc. 8, p. 29 ss.

concreta capacità del modello giudiziale di garantire la tendenziale parità delle armi tra accusatore e accusato²¹, dal momento che le costose tecnologie di cui può avvalersi lo Stato sono inaccessibili al difensore, con conseguente produzione di uno squilibrio tra un Leviatano con molte artiglierie disponibili nel suo arsenale e un singolo cittadino con armi spuntate o desuete.

3. Sulla deformazione degli istituti processuali sotto i colpi della tecnica.

Potremmo continuare ancora per lungo tempo in questa non consolante carrellata, ma le tempistiche di questo nostro incontro di studi non lo consentono. Prima allora di arrestare questo minimo affresco sullo stato dell'arte in materia, merita ricordare ancora due aspetti. Il primo è la capacità della tecnologia di svuotare gli istituti processuali della loro finalità primigenia, depotenziando le guarentigie assicurate dalla stessa Carta costituzionale²².

Basti pensare alla recente sentenza della Consulta sulla corrispondenza elettronica²³, nella quale è emerso plasticamente come la matrice digitale di quanto viene voracemente appreso dalle fauci dell'inchiesta rischia di nascondere la vera natura giuridica dell'elemento raccolto, con conseguente aggiramento dello scopo profondo sotteso alla legge processuale. In una notte giudiziale in cui "tutte le vacche sono nere", volendo scomodare impunemente il Filosofo, la prassi ci consegna un approccio semplicistico in cui i dati informatici riversati nei fascicoli vengono comodamente - e di *default* - qualificati alla stregua di una mera prova documentale. La Corte costituzionale, riferendosi in quel caso alla messaggistica istantanea, ha fortunatamente avvertito la Corte di cassazione che accostarsi al tema in questo modo risulta oltremodo fuorviante, giacché la veste digitale deve possedere carattere neutro agli occhi dell'interprete: caso per caso occorre comprendere la qualificazione corretta del dato conoscitivo, che sarà talora da definire quale corrispondenza (con il relativo *coté* di garanzie), altre volte esito di attività di intercettazione (come emerso in alcuni dei casi relativi ai c.d. criptofonini), in ulteriori ipotesi invece frutto di una raccolta *extra ordinem* effettuata da privati che surrogano le forze di *law enforcement* (si pensi ai dati richiesti e forniti dagli *internet service provider* con modalità tecniche ignote che fanno spesso rimpiangere le attività investigative della polizia giudiziaria, regolate invece dalle norme del codice di rito²⁴). Non è un caso che presso il Parlamento italiano sia oggi pendente un progetto di legge

²¹ Affronta il tema delle prerogative difensionali G. LASAGNI, *Difendersi dall'Intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1545 ss.

²² V., di recente, L. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli, 2022.

²³ Un prima lettura in F. CERQUA – L. LUPÁRIA DONATI, *La versione della Consulta sulla corrispondenza elettronica: un bouleversement in materia di prova digitale?*, in *Diritto inf. e informatica*, 2023, p. 679 ss.

²⁴ Cfr. M. DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, 2019, p. 1277 ss.; L. LUPÁRIA DONATI, *Il sistema penale ai tempi dell'Internet. La figura del provider tra diritto e processo*, in ID. (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, p. 1 ss.

volto a disciplinare alcuni degli aspetti sottesi al sequestro dei dispositivi e, in particolare, degli *smartphones*.

La struttura digitale può dunque far perdere di vista al giudice la qualificazione dell'oggetto prodotto dalle parti e fa della prova documentale il *passepartout* più insidioso nel nostro diritto delle prove. La tecnologia, ancora una volta, è tentatrice per l'uomo che, per natura, suole imboccare scorciatoie, desidera far presto e semplificare ciò che semplificabile non è. E, soprattutto, non deve esserlo. I diritti fondamentali hanno un peso specifico che va portato sulle spalle e che, dunque, impedisce di correre spediti senza farsi domande. Sono tentazioni che ha subito anche il legislatore, ad esempio quando ha varato l'attuale art. 234 *bis* c.p.p. per consentire di acquisire all'estero, in via deformalizzata, molti dati informatici. Anche qui la coperta della prova documentale rischia di nascondere il corretto inquadramento processuale di elementi che meriterebbero di essere appresi con modalità più aderenti ai diritti di difesa.

Dovendo scegliere ancora un'ultima frontiera di possibile elusione, a caratura tecnologica, di alcuni dei pilastri tradizionali della nostra disciplina, viene in mente una prerogativa iscritta nei comandamenti della procedura penale, ossia il diritto al silenzio. L'istituto va forse ripensato in una chiave garantistica più estesa e maggiormente immersa nella contemporaneità? Da un lato, infatti, assicuriamo al prevenuto di potersi autodeterminare nel non far conoscere il proprio foro interno, il proprio sapere e le proprie emozioni alla autorità, opponendo appunto un contegno silenzioso di fronte alle domande dell'inquirente. Dall'altro lato, lo stesso soggetto viene monitorato nel suo interno (anche emozionale) dal proprio telefonino, dagli elettrodomestici, dalla domotica della *internet of things (IoT)*, dalla *smart tv*, da applicativi figli delle neuroscienze. Siamo piombati nell'era della *sensor-surveillance* e dell'*emotional screening*, combinate con l'intelligenza artificiale: le persone ancora non sanno che quanto sta intorno a loro rivela dettagli della loro sfera interiore e della loro mente che non intendono far conoscere alle forze dell'ordine²⁵. *Data protection* e *privacy* già avevano fatto ingresso nel mondo del rito penale con modalità inusuali²⁶: ora amplificano enormemente la loro portata e, soprattutto, si intrecciano con altre direttrici interpretative che mai avremmo pensato avrebbero potuto intersecarsi. Pensiamo solo alla nostra memoria, che, in un futuro non così lontano, potrebbe essere "esternalizzata" al di fuori dal nostro cervello, come preconizzano alcune puntate di serie televisive. Credo ci sia abbastanza materiale per riflettere attentamente e presidiare questo delicato ambito della giustizia penale contemporanea.

²⁵ Cfr. A. G. FERGUSON, *Why Digital Policing is Different*, in 83 *Ohio St. L. J.*, 2022, p. 817 ss.; ID., *Persistent Surveillance*, in 74 *Ala. L. Rev.*, 2022, p. 1.

²⁶ V., nella letteratura italiana, S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione europea*, in D. Negri (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 59 ss.; L. LUPÀRIA DONATI, *Privacy, diritto della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1448 ss.

4. Contro la sindrome della *wunderkammer*.

Prima di passare sul versante della *pars construens*, anche per evitare di deprimersi eccessivamente, vorrei porre brevemente l'accento sul possibile cambio di paradigma che dovrebbe connotare, da qui in avanti, il nostro rapporto con la tecnologia e la scienza nell'alveo del processo penale. L'approccio che, a mio avviso, andrebbe mantenuto potrebbe essere condensato in questa semplice massima (o, se si preferisce, imperativo categorico): "non tutto quello che si affaccia alla ribalta della nostra vita di consociati deve essere utilizzato per decidere dell'innocenza o della colpevolezza di un uomo nel giudizio penale".

Il rito criminale dovrebbe quindi rifuggire la logica che potremmo raffigurare, un po' scherzosamente, ricorrendo ai *films* sul noto agente 007. Questi, come ricorderete, era solito recarsi nel c.d. "Settore Q", un laboratorio delle meraviglie, una *wunderkammer* tecnologica dove un operatore al servizio di Sua Maestà mostrava tutte le recenti scoperte o le fantasiose strumentazioni che James Bond poteva, appunto, sperimentare e utilizzare a piene mani per i suoi fini di servitore segreto della Corona munito di licenza d'uccidere.

Ebbene, nel mondo che vive fuori dalle aule di giustizia emergono giornalmente sorprendenti invenzioni o immaginifiche tecnologie. Il punto è che non necessariamente dobbiamo impiegarle immediatamente per l'accertamento dei fatti di reato. Viviamo, invece, imbevuti in una inclinazione mentale per la quale, ove si appalesi un ritrovato di ultimo conio, ci sembra scontato provare a trapiantarli all'istante ai fini del raggiungimento della verità giudiziale. Si tratta di una impostazione totalmente fuorviante che andrebbe possibilmente eliminata dal nostro orizzonte culturale²⁷.

Le indagini e il giudizio devono essere, di regola, recettori unicamente di quanto risulti già sedimentato al di fuori del circuito penalistico, di quanto sia già stato ampiamente testato in diversa sede, di quanto abbia dato buona prova in altra "fabbrica della verità". Il giudice, infatti, non deve mai assumere i panni di sperimentatore, anche se, proprio in Italia, molte volte è accaduto che li abbia vestiti. La tecnologia, insomma, non è soluzione di pronta beva per il processo; va presa in considerazione solo al termine di una lunga pratica e, soprattutto, non deve mai essere lesiva dei valori fondamentali dell'ordinamento, al di là delle sue potenziali capacità di illuminare gli occhi del decisore.

In definitiva, anche se circondati da tutta una serie di ritrovati tecnico-scientifici, non dobbiamo cedere al tentativo di usare tali mezzi nel contesto più "pericoloso" che conosciamo da che l'uomo abita la terra: il giudizio sulla colpevolezza di una persona. E' un'attività costantemente in bilico sul precipizio dell'errore, in cui la dignità dell'individuo e le garanzie insopprimibili della persona costituiscono valori essenziali ben più importanti della stessa ricerca di una verità²⁸ che sarà sempre, inevitabilmente, vestita di colori crepuscolari e non irradiata dalla luce meridiana del sole.

²⁷ M. FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, Louvain-la-Neuve et Chicago, 2012.

²⁸ Sempre attuali le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1991, p. 17.

Del resto, la limitatezza dell'orizzonte cognitivo del giudice penale non rappresenta una debolezza del diritto probatorio²⁹, bensì la sua nota distintiva e la sua forza giacché, per poter condannare un cittadino, vogliamo, in virtù dei principi più alti del nostro ordinamento, che gli elementi a fondamento della decisione siano soltanto quelli che, sulla base della *Law of Evidence*³⁰, riteniamo ammissibili o utilizzabili. Il processo ha una chiara caratura anti-epistemica³¹, nel senso positivo del termine; è incompatibile con qualsivoglia bulimia conoscitiva o informativa, tipica della attuale temperie storica, fatta di *big data* e di effluvi di componenti tecnologiche disponibili, *à la carte*, per ogni uso³².

5. Un cambio di prospettiva: la “tecnologia giudiziaria” quale fattore di irrobustimento delle garanzie fondamentali.

L'inquietudine del processualista per le distorsioni di una giustizia che vuole abbeverarsi in maniera distorta nello specchio della tecnologia può placarsi allorché si cerchi di mutare l'angolo visuale. Le enormi potenzialità degli strumenti informatici possono infatti essere diversamente valorizzate quale cemento per la salvaguardia dei *pillars* della nostra cultura giuridica, piuttosto che come fattore di destrutturazione delle geometrie e delle meccaniche garantistiche del rito. Si dovrebbe parlare, allora, non più di “giustizia tecnologica”, ma di “tecnologia giudiziaria”.

Un esempio assai chiaro di come la tecnica può proficuamente porsi al servizio dell'apparato giudiziale proviene ovviamente dalla esperienza del c.d. processo penale telematico³³. La piena operatività di tale svolta epocale è stata di recente differita per meglio calibrare le specifiche ingegneristiche e per rafforzare le infrastrutture di supporto, ma già si tratteggia ai nostri occhi quale prospettiva certamente positiva³⁴, non fosse altro che per gli effetti sulla velocizzazione delle notifiche, sulla semplificazione dei depositi e sulla digitalizzazione (e conseguente possibilità di facile consultazione) degli atti processuali.

²⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 105 ss.; L. MARAFIOTI, *Caleidoscopio dello storico ed occhiali del processualista. Con Mario Sbriccoli di fronte ai temi della giustizia penale*, in *Penale, Giustizia, Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, p. 329 ss.

³⁰ Si rinvia a A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019.

³¹ Tra gli ultimi scritti di un illustre autore impegnato da anni in questa prospettiva: B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 525 ss.; ID. *Il tramonto del diritto delle prove*, in *Jus civile*, 2023, 1, p. 59 ss.

³² V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 32 ss.

³³ V., da ultimo, M. CAIANIELLO – A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, in G. GATTA – M. GIALUZ (a cura di), *Riforma Cartabia, Le modifiche al sistema penale*, vol. 1: *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, a cura di M. CAIANIELLO – M. GIALUZ – S. QUATTROCOLO, Torino, 2024, p. 165 ss.

³⁴ Cfr. B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, Milano, 2022.

Al di là di un effetto collaterale non certo auspicabile, vale a dire lo svuotamento dei Palazzi di Giustizia - che già oggi, in molti casi, appaiono cattedrali nel deserto e non brulicanti *agorà* per il vivido scambio di opinioni e per l'incontro tra i protagonisti del Foro - il fenomeno può nel breve periodo già condurre a correggere molte distorsioni della pratica giudiziaria che cagionano pesanti *vulnus* ai diritti dei cittadini. In una recente indagine empirica che sto conducendo insieme a un collega, diversi pubblici ministeri hanno ammesso che le mancate archiviazioni, in corso di indagini preliminari, di persone che ai loro occhi già risultano estranee al reato ipotizzato, sono spesso dovute a mere ragioni burocratico-organizzative. Ad esempio, se, in un fascicolo con iscritti quattro indagati, il magistrato intendesse chiedere un provvedimento archiviativo solo per uno di essi, proseguendo l'inchiesta nei confronti degli altri, egli dovrebbe procedere a uno stralcio, ossia all'apertura di un fascicolo parallelo, che prevede la duplicazione fotostatica degli atti di quello principale.

Ebbene, questa semplice azione non è minimamente realizzabile in molti Uffici italiani, perché la fotocopiatura o scansione dei faldoni si scontra con l'assenza di segretari e collaboratori del Procuratore. E allora il malcapitato trovatosi sotto indagine dovrà rassegnarsi ad attendere la chiusura del lasso investigativo, per un periodo che può durare anche sino a due anni (o più...). Sarà solo allora che il pubblico ministero, nel domandare, in ipotesi, il rinvio a giudizio dei tre co-indagati, potrà finalmente, questa volta senza dover fotocopiare alcunché, avanzare contestualmente la richiesta di archiviazione al Giudice per le indagini preliminari. Con un efficiente sistema di digitalizzazione, invece, premendo pochi tasti, lo "stralcio" sarebbe possibile immediatamente, senza che nessuno debba rimanere ingiustamente indagato per così lungo tempo e patire significative sofferenze e conseguenze familiari o lavorative per una (banale ma crudele) inefficienza del congegno organizzativo.

La tecnologia può anche trasformarsi in un volano di garanzie o in un robusto guardiano delle disposizioni processuali. È il caso della registrazione audiovisiva di tutti gli interrogatori e della fonoregistrazione dell'audizione delle persone informate sui fatti recentemente introdotte³⁵ sulla scorta di una proposta che ho formulato e fortemente propugnato, insieme ai colleghi, all'interno dei lavori della Commissione Lattanzi e dei gruppi di lavoro di attuazione della riforma Cartabia. Nella mia attività di studioso dell'errore giudiziario e di responsabile dell'*innocence project* italiano³⁶, da anni avevo potuto verificare come questa modalità tecnica, di facilissima attuazione, venisse adottata in vari sistemi processuali sparsi per il mondo, anche in aree del pianeta tutt'altro che abbienti. Una soluzione che costituisce una profilassi importante - come mostra anche l'esperienza statunitense - sia per le possibili violazioni della libertà morale

³⁵ Un approfondito commento in G. LASAGNI, *Nuove forme di documentazione degli atti tra riproduzione audiovisiva e fonografica*, in G. GATTA – M. GIALUZ (a cura di), *Riforma Cartabia, Le modifiche al sistema penale*, vol. 1, cit. p. 247 ss.

³⁶ Cfr., volendo, L. LUPÁRIA DONATI, *Un viaggio al termine della giustizia. Alla ricerca di anticorpi per la condanna dell'innocente*, in ID. (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, p. 1 ss.; ID. (a cura di), *Understanding wrongful conviction: the protection of the innocent across Europe and America*, Milano, 2015.

dell'indagato, sia per le ipotesi di *wrongful conviction* derivanti dal sottostimato fenomeno delle false confessioni³⁷.

Quanti interrogatori abbiamo visto costruiti con la assurda modalità della formula ADR (a domanda risponde), che *ex post* non consente di comprendere il quesito sottoposto al prevenuto, fondamentale per apprezzare il senso e il contesto della risposta? Quante *investigative interview* sono salite alla ribalta mediatica (o sul tavolo della Corte europea dei diritti dell'uomo) per essere state effettuate con metodi impropri, strategie decettive, scarsa attenzione per i diritti di traduzione e interpretariato, violazione dei diritti di autodifesa o di assistenza tecnica? Per spazzare via questo poco edificante passato, sarà essenziale la piena attuazione delle nuove norme sotto il profilo strettamente tecnologico.

Certo, avrei preferito che questa nuova disciplina fosse accompagnata dalla sanzione processuale della inutilizzabilità (per l'interrogatorio) e da una estesa obbligatorietà della registrazione, senza necessità di una richiesta da parte del soggetto (per l'audizione del "testimone"). I cambiamenti che alzano l'asticella delle garanzie, tuttavia, vivono sempre di una iniziale crisi di rigetto del sistema, assuefatto a un *laissez-faire* illegalistico e a una certa tolleranza verso manovre investigative oramai inaccettabili ai nostri giorni.

Per concludere, la tecnologia, da cattiva maestra, può divenire un alleato importante per il miglior funzionamento del rito - nell'interesse primario dell'accusato - e per il puntellamento di prerogative che stentano tradizionalmente a essere assicurate appieno, soprattutto in fase di indagine³⁸. Tuttavia, riprendendo uno spunto di un mio scritto sulla intelligenza artificiale³⁹, molto dipende dall'*animus*, dall'abito culturale con il quale ci avviciniamo alla scienza o alla tecnica.

Se vorremo ricercare moduli efficientisti, sforbiciature delle forme e scorciatoie euristiche, troveremo alla *boutique* tecnologica ciò che fa al caso nostro. Ma se, sugli stessi scaffali, cercheremo soluzioni per meglio proteggere l'imputato dal rischio di essere ingiustamente condannato e dagli effetti collaterali del ruvido incedere della liturgia giudiziaria, allo stesso modo verremo esauditi. Come sempre è l'uomo che può fare la differenza, e scegliere. Cerchiamo allora di essere moderatamente fiduciosi, anche se la

³⁷ V., tra gli scritti più significativi, S. DANKOF, *Extreme Cruelty: The Complicity of Judges in the Shame of Wrongful Convictions*, 2024; B.L. GARRETT, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, 2011; Id., *The Substance of False Confessions*, in 62 *Stanford L. Rev.*, 2010, p. 1051; R.A. LEO-D. DAVIS, *From False Confessions to Wrongful Conviction: Seven Psychological Processes*, in 38 *J. Psychiatry&L.*, 2010, p. 9; R.A. LEO-P.J. NEUFELD-S.A. DRIZIN-A.E. TASLITZ, *Promoting Accuracy in the Use of Confession Evidence: An Argument for Pretrial Reliability Assessments to Prevent Wrongful Convictions*, in 85 *Temp. L. Rev.*, 2013, p. 759; L. LUPÁRIA DONATI – C. GRECO, *Unveiling wrongful convictions between the U.S. and Italy. Cross learning from each other's mistakes*, in *The Wrongful Conviction Law Review*, 1, 2020, p. 101 ss.

³⁸ Sulle proposte statunitensi di impiegare alcune *app* ideate e sviluppate da docenti universitari per meglio assicurare il rispetto dei *Miranda warnings* durante gli interrogatori di polizia: G. FERGUSON - R.A. LEO, *The Miranda App: Metaphor and Machine*, in 97 *Boston University Law Review*, 2017, p. 935 ss.

³⁹ Cfr. L. LUPÁRIA DONATI, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, p. 115 ss.

storia del processo penale - lo sappiamo - è costellata di strade giuste che non sono state imboccate⁴⁰.

⁴⁰ Tra i volumi di taglio storico, è appena il caso di ricordare, per il maggior rilievo: L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella processualpenalistica italiana*, Milano, 2010; M. N. MILETTI (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, Milano, 2006; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009.