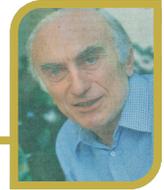




Il diritto del nuovo millennio tra giurisdizionalizzazione ed algoritmo*



Nicolò Lipari

Prof. emerito dell'Università di Roma "La Sapienza"

Considero estremamente significativa l'iniziativa assunta dal Centro fiorentino di studi giuridici di organizzare una serie di incontri sulla "giurisdizione del futuro". Affrontare oggi una tematica di questo tipo con chi fa professione del diritto – e segnatamente con magistrati ed avvocati – appare opera altamente meritoria, per la semplice ma decisiva ragione che (come io vado ripetendo da tempo) il diritto ha subito, nell'ultimo mezzo secolo, una trasformazione epocale della quale pochi sembrano essersi resi conto, anche a causa di un sistema universitario che continua ad essere modellato sugli schemi del passato. Accade così che la riflessione teorica sembra svolgersi su di un piano del tutto parallelo rispetto ai paradigmi culturali correnti, spesso banalmente moltiplicati dai *talk-show* televisivi, laddove sembra risultare che l'esercizio della giurisdizione si risolva, nella maggior parte dei casi, in un abuso. Per limitarmi ad un esempio soltanto citerò il volume recente di uno dei nostri massimi filosofi del diritto Giuseppe Zaccaria, intitolato "Postdiritto", nel quale significativamente si riassume la trasformazione di cui dicevo, volume peraltro rimasto del tutto estraneo al panorama culturale dei nostri professionisti del giure. Al di là della provocatorietà del titolo, il sottotitolo specifica che si tratta di coniugare "nuove fonti e nuove categorie"; il che è proprio l'opposto di ciò che viene insegnato alle matricole delle nostre Facoltà giuridiche, alle quali si continua a ripetere che le fonti del diritto sono quelle di cui all'art. 1 delle preleggi (magari interpretativamente integrato dal riferimento alla costituzione e alle norme comunitarie) e le categorie quelle consolidate dalla solida tradizione della dogmatica. Da un lato la Corte costituzionale continua insistentemente a ripetere che il procedimento interpretativo impone di essere svolto ponendo in rapporto dialettico testi e contesti, dall'altro, sfogliando un qualsiasi repertorio di giurisprudenza, si constata come la pratica faccia ancora pervicacemente riferimento all'art. 12 delle Preleggi, non a caso definito da Paolo Grossi un "reperto

* Il testo riproduce la relazione svolta a Firenze il 1 marzo 2024 nel quadro di una serie di incontri organizzati dal Centro fiorentino di Studi giuridici sul tema "La giurisdizione del futuro".

archeologico”. Nelle nostre Università si continua ad insegnare ai nostri studenti ad interpretare testi; nessuno insegna loro ad analizzare contesti, che è invece il compito precipuo che ci tocca affrontare quando svolgiamo la funzione di magistrati od avvocati (del resto secondo un paradigma martellantemente richiamato dalla Corte costituzionale). Non è temerario dunque affermare che chi esercita oggi la professione del diritto si trova ad operare all’interno di un quadro che non esiterei a definire schizofrenico. Spesso, sfogliando un manuale universitario di diritto, si ha una sensazione analoga a quella di chi pretenda di insegnare la fisica quantistica con le tecniche di analisi della fisica newtoniana. Il che si riflette nel diffuso discredito che oggi accompagna, nei modelli correnti, l’esercizio della giurisdizione, alla quale ci si affida non con fiducia ma con diffidenza. Ognuno di noi è responsabile di questo esito, se è vero quel che diceva Capograssi: “Ciascuno, con la propria azione, modifica la vita del mondo e della storia e quindi ne porta tutta la responsabilità”.

Quando io mi sono iscritto all’Università, intorno alla metà degli anni Cinquanta, il diritto era pacificamente riconducibile ad una scienza teoretica, una scienza cioè che ha un proprio oggetto definito, previamente individuabile nel sistema legislativo dettato dall’autorità legittimamente costituita, secondo paradigmi riconducibili ad un criterio di validità formale. Da questa premessa consegue che la conoscenza del diritto è conoscenza di norme, dovendo rigorosamente evitarsi ogni commistione tra diritto e fatti (sociali, psicologici, antropologici, biologici). La norma sfugge all’alternativa vero o falso, buono o cattivo: è soltanto se stessa nella capacità di ottenere obbedienza. Il suo “valore” sta nel “farsi valere”. Su questi presupposti – ancorché si continuasse a parlare di “amministrazione della giustizia” – a me è stato insegnato che la coincidenza tra diritto e giustizia è del tutto accidentale, dipendendo esclusivamente da quanto sia illuminato l’atteggiamento di chi detta le norme. Francesco Santoro Passarelli – uno dei miei Maestri, sulle cui “*Dottrine generali del diritto civile*” si sono formate generazioni di magistrati ed avvocati – così testualmente ammoniva: “Il giurista può mettere a frutto la sua esperienza giuridica per contribuire alla realizzazione della giustizia o di un assetto più razionale e conveniente, ma con la chiara consapevolezza che va oltre il suo compito di giurista, cioè di interprete”. In sostanza, la maggior parte di coloro che oggi hanno a che fare con l’esercizio della giurisdizione, quale che sia la funzione che svolgono, sono stati educati secondo i canoni di un rigido e abbastanza ottuso positivismo e continuano ad attendersi dall’intervento palinogenetico del legislatore soluzioni che questo – nella ormai cronica crisi del nostro sistema politico – è sempre meno in grado di rendere. Senza dire che, con la progressiva crescente riduzione del numero dei votanti, il Parlamento, ammesso che si possa ancora continuare a fare riferimento al paradigma della rappresentatività, oggi finisce con il rappresentare meno della metà del contesto sociale. Ancor meno rappresentativa ovviamente risulta quella che si suole definire come maggioranza.

Il processo di costituzionalizzazione del diritto – al quale ha certamente concorso quel gruppo che Enrico Scoditti ha designato come “i giovani civilisti degli anni Sessanta”, cui mi onoro di avere appartenuto – ha radicalmente sovvertito questa prospettiva. La scienza giuridica è oggi pacificamente intesa come scienza pratica; il suo sapere non è un sapere veritativo e descrittivo, ma un sapere costruttivo, valutativo, ipotetico, dubita-

tivo, in linea con il metodo di quelle scienze che assumono a loro oggetto la fluidità di una prassi, la realtà di un'esperienza vissuta. Persino un'opera ciclopica come l'“*Enciclopedia del diritto*”, senza che nel frattempo il nostro ordinamento avesse subito radicali modifiche di struttura, ha ritenuto necessario far seguire alla voce “Legalità”, affidata negli anni Settanta a Sergio Fois, in cui il principio veniva ricondotto, secondo l'impostazione tradizionale, ad una rispondenza ad indici formali dettati, una analoga voce, affidata negli anni Duemila a Massimo Vogliotti, in cui la legalità viene definita come “*eupraxia*”, cioè prassi indirizzata ad un risultato di giustizia. Quel traguardo che un tempo poteva ritenersi, senza sostanziali conflitti, consegnato ad un testo, oggi va ricercato, indagato, esplorato. Paolo Grossi ha parlato di “invenzione” del diritto, dove al sostantivo va assegnato il significato discendente dall'*invenire* latino, che significa cercare per trovare. Io ho, in altro luogo, parlato di un epocale passaggio da uno *ius positum* a uno *ius in fieri*. In sintesi, noi che facciamo professione del diritto dobbiamo imparare a misurare il passaggio da una legalità sostanziale (incardinata appunto nella sostanza legislativa) ad una legalità procedurale (che non può che commisurarsi ad una valorizzazione dell'azione secondo giustizia). Per dirla con una formula di recente entrata nell'uso, noi dobbiamo abituarci – vincendo le resistenze di una cultura ancora schiava di vecchi modelli – a passare da una legalità-legittimità ad una legalità-giustizia. dobbiamo passare dalla logica degli atti di posizione alla logica degli atti di riconoscimento.

Non ho qui evidentemente né il tempo né il modo di approfondire questa evoluzione (che tuttora incontra vigorose resistenze dalle posizioni che si riconducono al c.d. nichilismo giuridico). L'ho fatto in un piccolo libretto che ho intenzionalmente intitolato “*Elogio della giustizia*”. Sono convinto tuttavia – ma constato di essere, in questa convinzione, in buona ed autorevole compagnia – che noi dobbiamo liberarci, una volta per tutte, dal condizionamento culturale che assume il diritto non come un'azione che deve tendere ad un risultato di giustizia, ma come un dato esterno che deve essere descritto nella sua oggettività. Dobbiamo cioè uscire dallo schema valutativo di quelle che Aristotele chiamava le scienze teoretiche e abbandonare la convinzione che il diritto sia una sostanza oggettivamente definibile, radicalmente separata dal soggetto conoscente, che deve quindi limitarsi a descriverlo nella sua consistenza.

Tutto ciò evidentemente implica un radicale sovvertimento nell'uso degli strumenti ricostruttivi ai quali siamo stati educati. Da un lato ci dobbiamo liberare dal paradigma della fattispecie, che implica il necessario riferimento ad uno schema astratto disegnato dalle norme. Nella sua prima parte la Costituzione non detta norme, non definisce fattispecie; si limita ad indicare fini da attuare, valori da perseguire, beni da realizzare; prospetta cioè principi dei quali da un lato riconosce la implementabilità storica, dall'altro – come ha più volte ribadito la Corte costituzionale – implicitamente afferma la non modificabilità, neppure attraverso il procedimento di revisione costituzionale. Tutto ciò implica la necessità di liberarci di quella sovrastruttura concettuale che ha fin qui ritenuto il mondo dei fatti privo di incidenza sulla configurazione del diritto. Non a caso Francesco Viola, un altro autorevole nostro filosofo del diritto, ha parlato di “legalità del caso”. Noi dobbiamo abituarci a comprendere che il fatto non è un fattore esterno alla vita del diritto, ma un suo ingrediente essenziale. Solo alla luce del fatto il principio assu-

me il suo autentico significato, spesso all'esito di un delicato processo di bilanciamento con altri principi, fermo restando che fra i principi non è pensabile una gerarchia (come invece è sempre stato ritenuto possibile per le norme). E l'accertamento del fatto, la sua definizione, non appartiene al legislatore, ma a chi combatte nelle trincee dei conflitti giudiziari.

Diventa in quest'ottica decisivo il riferimento all'art. 3 cpv. cost., che (impegnando "la Repubblica" e quindi tutti i suoi assetti istituzionali, ivi compresa la giurisdizione) implica il capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione ed esige che l'applicazione della regola venga modulata in relazione alle peculiarità del destinatario. Per riprendere una formula utilizzata molti anni fa da Luigi Ferrajoli, nella nuova prospettiva non è più la norma ma il fatto "ad essere assunto ad oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati ed avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali". Attuare in concreto l'eguaglianza significa uscire dalla logica deformante del formalismo e dell'astrattismo giuridico. L'espedito con il quale la nuova cultura giuridica ha segnato questo passaggio è stato il costante riferimento al principio di ragionevolezza (assunto ormai dalla Corte costituzionale a criterio direttivo di fondo per la maggior parte delle sue pronunce), che sposta il punto focale per il giudizio sulla legittimità della legge dal momento della posizione di una regola in conseguenza dell'esercizio di un potere al momento del riconoscimento da parte di una comunità di riferimento in base ad indici di valore condivisi ed attuati. Mi limito qui ad osservare, tra parentesi, che, come è stato già autorevolmente dimostrato, vi era potenzialmente maggiore possibilità di abuso quando si trattava semplicemente di assegnare significato a parole, che non quando si operi nell'intento di far emergere un valore, che è attuato praticato vissuto e quindi ricavabile da una serie molteplice di indici rivelatori.

Secondo l'impostazione di Esser – che ha ricevuto di recente significative rivisitazioni – nella prospettiva ermeneutica non si conosce propriamente il senso di un enunciato normativo secondo il metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoriche, ma lo si progetta, muovendo dalla precomprensione del caso e in vista di una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alle peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale dei valori dai soggetti ragionevoli della comunità interpretativa alla quale si rivolge il giudice. Il fine da raggiungere viene prima della regola e la rende possibile.

Tutto ciò – a differenza di quanto potesse pensare l'autorità di Santoro Passarelli – implica che un criterio di giustizia entri necessariamente all'interno del processo applicativo del diritto, perché, come ha giustamente ammonito Cacciari, la ragione non può avere un fondamento né naturalistico né positivistic in quanto trova il fondamento ultimo in se stessa. Quando la Corte costituzionale fa richiamo al principio di ragionevolezza – e non va, fra parentesi, dimenticato che la Corte ha ripetute volte invitato il giudice ordinario a fare diretta applicazione del principio, nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata, senza necessità di un inutile e insistito ricorso alla questione di costituzionalità – ribadisce che non è possibile limitarsi a porre il fondamento della

regola nella legittimità formale della sua posizione e nell'autorità di chi è autorizzato a dettarla, senza avvertire l'esigenza di una sua comprensibilità da parte dei destinatari. Oggi si ritiene necessario che la regola, non più assunta in astratto ma riferita alle peculiarità del caso, appaia supportata da motivazioni e argomentazioni tali da renderla accettabile alla comunità di riferimento proprio a cagione della sua ragionevolezza, intesa questa come capacità di rispondere agli orizzonti di attesa della collettività. Se cioè ci si colloca nell'ottica non di una regola desunta da atti di posizione, ma determinata da atti di riconoscimento, non è più sufficiente accontentarsi di una correttezza procedurale, ma è necessario riferirsi appunto ad un fondamento di ragione, che è doveroso individuare nel rapporto di congruenza tra le esigenze del caso ed il quadro dei principi costituzionali, peraltro assunti nella consapevolezza di una loro duttilità storica non cristallizzabile nella fissità di enunciati. Il fine da raggiungere viene prima della regola e la rende possibile.

Se tutto ciò è vero, è ovvio che ne discende un mutamento radicale del ruolo che siamo soliti assegnare alle tradizionali professioni legali, e segnatamente a quella del giudice. Secondo il modello classico – purtroppo rispondente al paradigma culturale corrente, passivamente recepito e moltiplicato da trasmissioni televisive come quella di Bruno Vespa o radiofoniche come quella di Emanuela Falcetti, spesso supportate da pseudo-giuristi – il giudice dovrebbe essere chiamato a svolgere una funzione prevalentemente meccanica assimilabile a quella del farmacista: egli sarebbe chiamato semplicemente a trarre dagli scaffali delle norme quella adatta al caso che gli viene sottoposto e, quando dovesse sbagliare scaffale, la verifica sarebbe sempre rigorosamente possibile in funzione di un riscontro con il contenuto oggettivo della norma. È chiaro che un'affermazione di questo tipo si risolve in una tipica petizione di principio perché il contenuto (*scilicet*: il significato) di un precetto non è necessariamente ricavabile dal suo enunciato, ma discende dall'esito di un procedimento interpretativo, inevitabilmente soggetto a condizionamenti di tempo e di luogo. Ritornano qui ammonitrici le pagine che, sulla scia di Crisafulli, Franco Modugno ha di recente dedicato al classico problema della distinzione tra disposizione e norma, con il primo termine designandosi il semplice enunciato lessicale, con il secondo il significato precettivo che al medesimo viene attribuito all'esito di un procedimento interpretativo. Si tratta di un'affermazione che non può essere oggi seriamente contestata, ma che ancora continua invece ad essere autorevolmente contraddetta, se è vero che il vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura, svolgendo di recente il suo intervento nel convegno organizzato dalla Cassazione per i cento anni della sua unificazione, ha perentoriamente affermato che il limite del procedimento interpretativo sta “nel significante del testo normativo” (che è affermazione che qualunque filosofo del diritto sanzionerebbe con matita blu).

È chiaro che, nel momento in cui il giudice è chiamato a ricercare principi che non risultano talora nemmeno letteralmente formulati e che pure sono fondativi di norme, principi che esigono un reciproco bilanciamento in funzione delle peculiarità del fatto, non svolge più una funzione passiva, di mero enunciatore di un dato assunto in una asserita oggettività (appunto il significante), ma concorre alla formazione del precetto; non

svolge la semplice funzione passiva del farmacista, ma è dentro il processo che conduce alla formazione della medicina.

Tutto ciò si riflette anche – com'è evidente – sul ruolo dell'avvocato, il quale non può, di riflesso, limitarsi, in maniera miope, a farsi esclusivamente carico degli interessi di una parte, perché, se i principi, non essendo regole, determinano regole all'insorgenza del fatto, diventa anch'egli soggetto attivo del processo formativo del diritto e non può che farlo in chiave di solidarietà, cioè rappresentandosi anche gli interessi della controparte. Che è proprio quanto la Cassazione ha insistentemente ribadito (bisogna riconoscerlo: con qualche diffidenza da parte della comune degli avvocati) quando ha affermato che il principio di solidarietà connota necessariamente il contenuto di qualsiasi contratto, indipendentemente da una esplicita pattuizione. Non a caso Calamadre qualificava il ruolo dell'avvocato come quello di un "primo giudice".

È chiaro che, nel momento in cui si riconosce al giudice – ma con la collaborazione decisiva di chi concorre allo svolgimento della vicenda processuale e quindi in primo luogo dell'avvocato – un ruolo determinante nell'individuazione del precetto, proprio perché l'impianto costituzionale ha fatto emergere un diritto non già definito nei suoi indici qualificanti, ma da perseguire in fini da attuare, in prospettive da realizzare, si rompe il vecchio postulato della c.d. certezza del diritto e si apre il panorama di quel processo che oggi viene definito di giurisdizionalizzazione del diritto e che continua ad incontrare diffuse resistenze, a partire – se mi consentite un'impertinza – dalle posizioni espresse dal nostro stesso Ministro della giustizia.

È diffusa oggi, sulla spinta dei *mass-media*, una singolare diffidenza sul ruolo della magistratura che, al di là dei casi patologici che sono propri di qualunque esercizio di una funzione pubblica, risulta essere sintomo di una grave insufficienza culturale. Dobbiamo una buona volta convincerci che, al di là di episodi del tutto particolari e marginali, la vita di una comunità giuridica si esprime e si risolve in una costante ed instancabile prassi interpretativa della quale il giudice che eserciti correttamente la sua funzione è mero riflesso o portavoce. Il comando non esiste nell'immutabile astrattezza del suo enunciato, ma vive nello spazio e nel tempo in un inevitabile attrito con l'esperienza, all'interno della quale i consociati attuano varie modalità di comportamento, accettando e riconoscendo precetti, ai quali attribuiscono significato in funzione di ben individuate contingenze storiche. Negare questa realtà, delegittimando il ruolo della giurisprudenza, significa anteporre astratti postulati ideologici al vero modo d'essere dell'esperienza giuridica, che oggi si misura appunto attraverso il ruolo decisivo della giurisdizione.

Personalmente – e proprio da avvocato – mi meraviglio quando gli avvocati (ma normalmente accade ad opera dei meno provveduti) attaccano pesantemente il processo di giurisdizionalizzazione del diritto. Non si rendono evidentemente conto che, riesumando il vecchio postulato della certezza del diritto in funzione della rilevanza oggettiva di norme poste, si finisce tendenzialmente per annullare proprio la decisiva mediazione dell'avvocato. Se il diritto non è un fatto, ma viene fatto, chi ne fa esercizio professionale non può limitarsi ad analizzare un edificio da altri costruito, ma deve concorrere ad edificarlo. Nella stagione, sempre più assorbente, delle intelligenze artificiali sarebbe agevole coltivare la tentazione di affidare al *computer* la totalità del panorama legislativo

e un numero sempre maggiore di decisioni giurisprudenziali per far decidere poi all'algoritmo l'esito della causa. All'avvocato e al giudice non resterebbe altro ruolo che quello di registrare un'operazione puramente meccanica.

A ben vedere, la cultura del positivismo, nell'utopia di conseguire un risultato certo, ha da sempre alimentato la tentazione che si possano stemperare le dispute giuridiche nella perentorietà di un calcolo. Oggi la mai sopita dialettica tra chi coltiva una autonomia dogmatica riferita ad indici tutti individuabili e presupposti e chi guarda invece ad un tessuto di valori sottoposti a variabili storiche ed ambientali corre il rischio di risolversi in un esito meramente meccanico di fronte ad un contesto esperienziale che tende a perdere la stessa abitudine al dialogo. Noi, professori della vecchia guardia, dobbiamo renderci conto che i nostri interlocutori appartengono ad una generazione che non si misura più, rispetto alla precedente, con un semplice metro culturale, ma che utilizza paradigmi radicalmente diversi dai nostri: una generazione la cui dimensione centrale dell'esistenza è la connessione *on line*, una generazione che tende a sostituire i legami virtuali ai legami sociali, il *web* allo Stato, il "chattare" al parlare. Per essere compresi, dobbiamo innanzitutto capire che è necessario adattare il nostro linguaggio a chi ci ascolta. Non dobbiamo mai dimenticare che noi viviamo in una difficile stagione in cui – come è stato lucidamente evidenziato da chi si è occupato di questi temi – al ragionamento si sostituisce il sillogismo, al sillogismo il sillogismo formalizzato, al sillogismo formalizzato il calcolo logico, al calcolo logico il *computer*, al *computer* il *robot* 'intelligente', al *robot* 'intelligente' il *robot* 'esperto', che sa imparare dall'esperienza. Non credo ci voglia molto acume per capire che un simile procedimento applicato all'esercizio della giurisdizione comporterebbe inevitabilmente la fine di quelle professioni liberali che la caratterizzano e che, al di là dei loro limiti, ne hanno negli anni segnato la legittimazione e il ruolo. Forse gli stessi cultori del positivismo, del mito della legge fine a se stessa, non se ne rendono conto, ma la loro prospettiva culturale apre al baratro della c.d. giustizia predittiva affidata alle macchine.

È purtroppo doloroso dover constatare che la delicatezza del problema non è neppure lontanamente avvertita dalla nostra classe politica, che continua a coltivare l'apriorismo della sua onnipotenza, senza alcuna attenzione o sensibilità per ciò che accade nell'esperienza. Un esempio soltanto. Quando la Corte di Cassazione rese la famosa sentenza sul caso Englaro, il Parlamento (nonostante il disperato tentativo del sottoscritto e di pochi altri coraggiosi di paralizzare l'iniziativa) sollevò un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale, nell'assurdo presupposto che la giurisdizione si fosse arrogato il compito che spettava al legislatore, senza rendersi conto che, in un ordinamento che si assume privo di lacune, il giudice deve parlare anche quando il legislatore è silente. E si tratta di una situazione che – come la Corte costituzionale ha, di recente, più volte rilevato – tende oggi a verificarsi sempre più di frequente.

Noi dobbiamo, una buona volta, renderci conto che, nel momento in cui contestiamo la giurisdizionalizzazione del diritto, non facciamo che portare acqua al mulino di chi, in forme più o meno esplicite, auspica di affidare l'esito del giudizio alla macchina, dimenticando che la macchina cataloga utilizzando un arbitrio classificatorio; calcola mediante misurazione aritmetica; commisura – o pretende di commisurare – anche le

stesse qualità secondo una cadenza geometrica o topologica, con criteri di pura quantificazione, in una sorta di ossessiva ripetizione che cancella ogni valore e ogni interiorità. Il risultato è la perdita del ‘buon senso’, inteso come perdita di ciò che articola e caratterizza la nostra umanità e la nostra ragione. Così la macchina, protesi dell’umano, tende a trasformare l’essere umano in una sua protesi.

È necessario riflettere su quale straordinario impatto la rivoluzione digitale abbia avuto sulla società, sull’economia e sull’etica, prima ancora che sul diritto, ma dobbiamo altresì essere consapevoli che l’ottica del positivismo formalistico condurrà inesorabilmente a valorizzare gli schematismi dell’intelligenza artificiale, con tutti i rischi che ciò comporta. Mi limito qui a ricordare, tra parentesi, che lo Zingarelli 2023 segnala, fra le parole di nuovo conio, “algocrazia”, ossia il rischio di divenire prigionieri e di sottometterci al dominio dell’algoritmo. Questo pericolo è tanto più alto nelle professioni forensi perché nel ragionamento giudiziale è insita la possibilità dell’innovazione e del rinnovamento (anche nei gradi successivi del giudizio), che è invece preclusa dallo schema ripetitivo dell’algoritmo e dalla logica cristallizzante del digitale. Segnalo che la legislazione francese (con la legge n. 222 del 2019) ha vietato la piattaforma *Predictice*, che forniva gli orientamenti dei singoli giudici, ritenendola lesiva della loro indipendenza.

Proprio nel momento in cui acquisiamo consapevolezza che il diritto si colora e acquista significato in funzione della specificità del fatto, non possiamo ancorarci a strumenti operativi che ne negano l’intrinseca storicità. È stato già ampiamente dimostrato che l’elaborazione digitale ha l’effetto di disarticolare il rapporto di correlazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, che solo l’interpretazione è in grado di svolgere. Senza dire che, nell’accesso infinito di dati, l’individuo, come unità che esprime la razionalità e come titolare di diritti fondamentali, sprofonda e scompare. I dati inseriti nell’algoritmo sono insensibili al contesto, tanto a quello generale del momento storico, quanto a quello specifico dei casi concreti.

Si tratta dunque di educare il giurista ad un serio rapporto con le macchine che non lo espropri dei suoi poteri di decisione e di scelta. Il diritto, le cui forme sono radicalmente poste in discussione dalla giustizia digitale, deve rivendicare i grandi principi e i valori non negoziabili su cui tali forme si basano, primo fra tutti quello della libertà di scegliere. Io credo che, per conseguire un risultato di questo tipo, sia decisivo il riferimento al principio di ragionevolezza, che salda le ragioni della scelta ad un criterio di condivisione socialmente rilevante e quindi non meccanico né arbitrario.

Oggi valorizzare il profilo della ragionevolezza nell’esercizio della giurisdizione, pur con tutti i rischi che ciò possa in ipotesi comportare, significa superare il pericolo della società digitale, che mette tra parentesi la propria storicità perché non conferisce adeguato rilievo al fatto che la potenza degli algoritmi è la forza in cui oggi si manifesta l’azione poetica dell’uomo. Pur rendendomi perfettamente conto che l’esperienza giuridica non può non misurarsi con l’intelligenza artificiale, così come la recente prassi del processo telematico sta dimostrando, mi domando quale *input* dovrebbe assegnarsi alle macchine perché la soluzione appaia ragionevole e in quanto tale pacificamente accettata dai consociati. Se ragioniamo in chiave di ragionevolezza, assume un profilo determinante l’argomentazione (con conseguente decisiva connessione del ruolo dell’avvocato a

quello del giudice), che è difficilmente riconducibile alla radicalità dell'algoritmo. Come è possibile ridurre alla binarietà di questo meccanismo quella manifestazione dialogica che è intrinseca all'argomentare e che si realizza quando ci si pone nei panni degli altri attraverso un processo psicologico di sdoppiamento e di reintegrazione? Nel richiamo al principio di ragionevolezza, pur non facilmente definibile nei suoi connotati individuali, ma certamente riconducibile ad una convinzione diffusa, a un consenso sociale, si saldano le attese di giustizia con le capacità di comprensione e gli indici di valore dei consociati. Superando i rigidi confini della logica apodittica si configura una sorta di "logica dell'umano" (per riprendere qui una felice formula coniata da Modugno), che trova la sua bussola nel riferimento ad un panorama di giustizia. Con il richiamo alla ragionevolezza, quale indice giustificativo di una soluzione di rilevanza giuridica, si individua un criterio di raccordo tra il sistema istituzionale e la società civile che, senza bisogno di particolari motivazioni, rende la decisione accettabile dai più, sul presupposto che qualsiasi diversa soluzione risulterebbe palesemente inadeguata. In questa chiave, proprio nell'ottica di un diritto inteso come prassi storicamente vissuta, il riferimento ad un principio di ragione condiviso finisce per diventare quasi un connotato intrinseco dell'ordinamento giuridico, che, per essere riconosciuto, non ha bisogno di alcuna connotazione formale.

Non dobbiamo allora spaventarci di questo processo di giurisdizionalizzazione del diritto, ancorché non corrisponda ai nostri modelli scolastici, perché da esso discende un maggiore raccordo con l'esperienza sociale e soprattutto un recupero della giustizia quale necessario momento costitutivo del processo applicativo del diritto, di contro all'impostazione cara ai nostri maestri. Come è stato da più parti lucidamente ribadito, alla crisi della legge come unica dimensione della giuridicità ha fatto riscontro una nuova centralità del giudice e del momento giurisdizionale, tanto negli ordinamenti nazionali quanto in quello internazionale. Egli infatti non è più chiamato semplicemente ad applicare le norme preesistenti al giudizio, ma è chiamato a coniugare la dimensione prescrittiva a quella autoritativa, mantenendo una comunicazione stretta e dinamica con le basi sociali ed etiche del diritto. Applicando principi e operando un bilanciamento tra beni giuridici diversi in funzione delle peculiarità del caso, il giudice oggi concorre a svincolare l'idea del diritto da quel radicamento nel potere costituito che il positivismo aveva assunto a criterio cardine del modo d'intendere la giuridicità e la fonda in un tessuto di valori condivisi a consolidare i quali ciascuno di noi, come persona, come cittadino, come avvocato porta la sua misura di responsabilità. Zagrebelsky ha giustamente riconosciuto che "la causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi, ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e di valore generalmente condiviso". Le valutazioni in termini di giustizia, che il giudice inevitabilmente compie, pur non essendo assolutamente verificabili come vere o false secondo metodi di controllo scientifici in senso specifico, hanno tuttavia una loro oggettività storico-relativa, suscettibile di essere di volta in volta giustificata con particolari procedimenti interpretativi. Noi avvocati conosciamo molte sentenze che giudichiamo – non a torto – ingiuste, ma nessun indirizzo consolidato della Cassazione che non corrisponda ad un quadro di valori condiviso. In una stagione, come quella del postmoderno,

che vive di contraddizioni, sarebbe assurdo pensare che le tensioni sociali non si riflettano anche nell'esercizio della giurisdizione.

Non si tratta quindi di assumere una esigenza assoluta della giustizia (in quanto tale inconoscibile e inesprimibile), ma visioni particolari della giustizia, capaci di riflettere la peculiarità di un determinato ambiente storico, visioni che sono suscettibili di giustificazioni relative alle singole situazioni e alle strutture storiche dalle quali emergono. Quale che sia il profilo che si voglia di volta in volta accentuare nel richiamo alla giustizia, la si riconduca ad un profilo di eguaglianza, di ordine, di integrazione di interessi o di finalità emergenti dalla realtà sociale nelle sue variazioni strutturali e congiunturali, certo è che, in un determinato momento storico, la parola giustizia è, nel suo stesso uso comune, evocatrice di un significato costante. Laddove ciò non accada, significa che ci troviamo in uno di quei territori di confine, nei quali non si è ancora formata una convergenza in chiave di valore e che quindi non sono riconducibili ad una prospettiva condivisa in termini di giustizia.

L'esercizio della giurisdizione si trova oggi, per così dire, al centro del crogiolo. Nella stagione in cui viviamo la stessa parola giustizia, proprio perché rievoca un pensiero trascendente, metafisico, assolutista, è divenuta parola scandalosa, impronunciabile. Nell'epoca del pensiero debole ogni concetto che sembri tendere all'assoluto, diviene foriero di ideologia, di esclusione. Non va tuttavia mai dimenticato che per intendere il significato di giustizia è indispensabile muovere dalla storicità della vita sociale e dagli ordini normativi che essa esprime. Ed è proprio questo il compito che oggi è rimesso in modo peculiare all'attività giurisdizionale. Da qui l'artificio di un dibattito politico che, mentre imputa alla magistratura di non essere capace di fornire soluzioni uniformi, non è in grado di creare le basi per un dialogo comune su problemi fondamentali, con un atteggiamento del tutto alternativo rispetto a quello esemplare dei nostri padri costituenti che realizzarono punti significativi di convergenza (pur in una stagione ad altissima conflittualità ideologica e politica) nella visione di un interesse comune superiore a qualsiasi prospettiva parziale.

Non dobbiamo mai dimenticare che il diritto (come la filosofia) include il ricercante nella ricerca. Non spaventiamoci dunque se, dopo aver constatato che il diritto è storia, dobbiamo, anche prendere atto che esso non può essere incapsulato in schemi rigidi: deve tornare ad incarnarsi nell'esperienza. Vincendo le rigidità delle nostre opzioni politiche e gli schematismi dei nostri modelli concettuali dobbiamo renderci avvertiti che il momento giudiziale, nonostante i suoi rischi, esprime e sublima la positività del diritto. La giustizia come traguardo esige di passare attraverso le difficili vie della storia, ma sarebbe pretesa assurda quella di ingabbiare la storia entro il cemento del legalismo e del formalismo.

ABSTRACT

Muovendo dalla constatazione dell'avvenuta costituzionalizzazione del diritto privato, il saggio ripropone la necessità di superare la logica del formalismo giuridico ed invece prendere atto del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, nell'ambito del quale assume rilievo il principio di ragionevolezza come idoneo a saldare le attese di giustizia con gli indici di valore dei consociati.

Starting from the observation of the constitutionalization of private law, the essay re-proposes the need to overcome the logic of legal formalism and instead take note of the process of 'giurisdizionalizzazione' of law, in the context of which the principle of reasonableness assumes importance as suitable for welding the expectations of justice with the value indices of the associates.

