

VERITÀ E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE*.

di Luigi Di Santo**

Sommario. 1. Certezza e Verità del Giudicato. – 2. Le vie contorte alla Verità. L'attività creativa del giudice. – 3. Le vie contorte alla Verità. La costituzionalizzazione dei diritti. – 4. Altre vie..... – 5. Verità del diritto e Nuove tecnologie. – 6. *Judge in the machine* o *Ghost in the machine*?

1

1. Certezza e Verità del Giudicato.

In queste pagine si vuole declinare innanzitutto il tema della verità, nella dimensione del giudizio, inteso particolarmente sul piano logico-giuridico e ricostruire in sintesi i passaggi più significativi nel più ampio e articolato dibattito, relativo all'accertamento della veridicità dei fatti che nascono dalla controversia. L'attenzione dunque, verte sul giudizio in senso logico-giuridico sul piano veritativo e dunque creativo ma anche intorno ai processi tecnologici. E, in particolar modo, questa intenzione nasce anche da una condizione di una analisi della relazione del rapporto tra certezza e verità. Anzi, della certezza come verità del giudicato. E per questa possibilità di ricerca, chiediamo aiuto a maestri del diritto come Guido Calogero e Piero Calamandrei che in due scritti, soprattutto per quanto riguarda Calamandrei, de' *Il giudice e lo storico*, si soffermano in particolar modo, sempre in relazione alla "res iudicata", sulla differenza tra l'approccio del giudice e l'approccio dello storico¹. Sembra utile questa condizione di partenza per discutere della certezza del giudicato nella pretesa del carattere creativo dell'attività del giudice, al fine anche di capire se effettivamente la giurisprudenza possa essere annoverata tra le fonti del diritto come ritiene oggi la dottrina prevalente. Partiamo da una considerazione, che è nelle corde di Calogero, ossia che il giudizio è generalmente volto alla dimensione del passato e questa condizione converge con quella dello storico². Sono due verità che si confrontano,

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore associato di Filosofia del diritto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, (a cura di M. Cappelletti), voll. I, Napoli, Morano, 1965, pp. 393-414.

² G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 111-149.

che fondamentalmente hanno una cosa in comune riscontrabile nel pericolo dell'errore. È quella sostanziale riconciliazione tra questi due aspetti che troviamo anche in Capograssi, che parlava di *doppia magia* per quanto riguarda il giudizio, magia che consiste nel far rivivere quello che non vive più, che ormai è spento, e far riattivare tutto ciò nella coscienza del giudizio di qualcuno che è assente, ossia il giudice, ma che ha però, l'esperienza per far risorgere il passato³. Questa realtà concilia entrambi gli aspetti ma si differenzia sostanzialmente sul dato logico, sul processo logico, e, nella distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio juris*, la differenza è ancora più evidente. Il giudice, nella sua ricerca del vero, ma non della verità, si pone nell'ottica di proporre una visualizzazione della fattualità, ma indubbiamente tale fattualità è dentro un mondo ben preciso, in quanto che *quod non est in actis non est in mundo*. È una *fictio iuris* che giunge ad una verità attraverso dei procedimenti logici affinché sostanzialmente si configuri la possibilità di provare ciò che viene esposto nella procedura. Una *verità velata* affinché non vi sia *una verità violata*. Siamo nell'ambito della risoluzione del dubbio, nella variante di una posizione che è quella di una logica artificiale che serve a risolvere tutte le questioni del giudicato, al di là di ogni ragionevole dubbio. Verità che hanno dei punti di confine, di contatto, ma potremmo dire, in tal senso, vero, verità, verosimiglianza, che tendono disperatamente a incontrarsi attraverso *altro*. Questo altro è la saggezza del giudice, nella possibilità di far confluire la saggezza del legislatore nella saggezza del giudice. È chiaro che siamo dentro delle condizioni attraverso le quali il giudizio è sicuramente giudizio di probabilità e verosimiglianza e non di verità assoluta, che è altra cosa, ed è conseguente compiere l'ulteriore passaggio per il quale, i confini riescano a essere scorti, in direzione dell'attività creativa che diventa centrale nel nostro discorso. E, da un lato, siamo convinti, così come è convinto Calamandrei, che l'unica verità sia la certezza del giudicato, d'altro canto però è ineludibile la consistente forza del richiamo del giudizio di verità che deve fuoriuscire dalla regione del vero⁴. Non può essere tutto scritto all'interno della sentenza. Paolo Grossi parla della "carnalità dell'esperienza" e tale bellissima definizione dice bene quanto sia decisivo ricorrere all'atto creativo⁵. Allora, bisogna però confrontarsi con delle questioni

³ G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 57.

⁴ P. Calamandrei, *Processo e democrazia. Lezioni tenute alla Facoltà di diritto dell'Università del Messico*, Padova, CEDAM, 1954, p.25.

⁵ P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Annali 2009*, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009, p. 36.

complesse. I giudici sono soggetti soltanto alla legge, come leggiamo nella nostra Costituzione e ciò vale per preservare tutto quanto è dentro il discorso della volontà sovranità popolare; d'altro canto, è necessario che vi sia un carattere creativo nell'attività del giudice in quanto la creazione del diritto va posta nell'ambito problematico della democrazia rappresentativa⁶.

2. Le vie contorte alla Verità. L'attività creativa del giudice.

Questo discorso più volte è stato affrontato da diverse angolazioni. Si pensi ad esempio, al libro del 2015, di Giuseppe Valditara, *Giudici e legge*, in cui si richiama fortemente il senso eversivo della creatività del diritto rispetto al problema della legge intesa come sostanziale espressione della capacità legislativa⁷. Negli ultimi anni, i poteri del giudice hanno preso sempre più campo attraverso la presenza più ampia di una interpretazione creativa oramai nucleo essenziale della discrezionalità giudiziale. La dilatazione di spazi di discrezionalità giudiziale apre una riflessione circa la dimensione politica e ideologica della posizione assunta dai giudici e quale sia effettivamente il reale pericolo per le garanzie democratiche. Lo studio richiamato di Valditara si interroga sulla questione mai risolta e sempre dibattuta della relazione tra giudici e legge, laddove si presume coincidente il ritenere che siano da considerare le crescenti criticità di un rapporto che sembra stravolgere il dettato costituzionale, per il quale il giudice dovrebbe essere sottomesso alla legge ma che in realtà, essa non appare altro che sia una delle varie fonti, neppure sovraordinata a quella giurisprudenziale. Perché tutto questo? Verde, richiamato dal Valditara nel suo lavoro, sostiene che i giudici sempre più spesso ritengono di essere arbitri della giustizia. In particolar modo nella esperienza quotidiana dove sono protagonisti di interpretazioni talora evidentemente creative al fine di adeguare il testo della legge, ritenuta ingiusta, ai valori costituzionali, in nome del principio di eguaglianza sostanziale. Ciò comporterebbe il rischio di “una magistratura che non tratti tutti allo stesso modo”⁸. Non basta per giustificare questa prospettiva il richiamo al modello di *Common law* in quanto fondato sul

⁶ G. Donzelli, *Annotazioni sulla certezza come verità del giudicato a partire dalle tesi di Calogero e Calamandrei*, in *Democrazia e Diritti sociali. Rivista telematica di filosofia del diritto*, I, 2018, p.19.

⁷ Cfr. G. Valditara, *Giudici e legge*, Roma, Biblioteca di Storiæ Politica, Pagine, 2015, pp. 15-67.

⁸ G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p.181.

ruolo creativo della giurisprudenza⁹. Né il modello americano può essere inteso diversamente dalla quella tradizione che realizza pienamente il principio della giustizia amministrata in nome del popolo, su base squisitamente elettiva. Semmai l'incontro tra *Common Law* e *Civil Law* può condizionare il sistema di *giurisdizione mista* che caratterizza l'esperienza del diritto comunitario. E anche in quel caso è visibile una accentuata creatività della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, accompagnata da una progressiva sottrazione alle corti supreme nazionali delle singole competenze, mettendo in pericolo il principio della sovranità nazionale. Non bisogna mai dimenticare che nel nostro Paese, è esistita ed esiste una tradizione che risponde a precisi ambiti culturali che richiama all'uso alternativo del diritto, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, con la pretesa di essere l'unica depositaria dei valori costituzionali e con l'intento di sostituirsi al legislatore, dove emerge un atteggiamento *politico* che tende a giudicare con maggiore severità l'appartenente a certe classi sociali piuttosto che ad altre. Un giudizio etico piuttosto che rigorosamente giuridico o anche il predominio dei valori sulle regole. Il diritto vivente finisce dunque per sostituire il diritto legislativo e in tal modo si creano le premesse per riconoscere la giurisprudenza dei giudici ordinari come fonte del diritto, producendo la sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto. Come definire dunque il concetto di *interpretazione creativa*? Attraverso le parole di Tarello, essa va intesa come "l'esito della attività dell'interprete che consiste nella individuazione di una norma, la quale non può essere considerata uno dei significati attribuibili a un enunciato del discorso legislativo"¹⁰. In tal senso interpretazione vuol significare integrazione o ricerca del diritto. Dunque la giurisprudenza italiana sovente va alla ricerca di un diritto nuovo, diverso da quello voluto dal legislativo. Una sorta di interpretazione evolutiva per la quale si potrebbe chiamare in causa Alf Ross, per affermare che la validità di una norma si fonda dunque sulla sua efficacia¹¹. Ancor più i realisti americani che affermano che il diritto è ridotto alla decisione del giudice, nel senso che la decisione giudiziale viene considerata fonte di produzione del diritto togliendo pertanto centralità alla legge. O ancora va ricordata la corrente del 'diritto libero', tra ottocento e novecento, che prevedeva norme extralegali per cui il giurista aveva

⁹ U. Mattei, *Il modello di common Law*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 55.

¹⁰ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 36 ss.

¹¹ A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.

il dovere di ricercare liberamente il diritto. D'altro canto, il Nichilismo giuridico di Irti ci dice che nessuna norma appare necessaria e incondizionata aprendo la via alla parzialità della politica¹². Posizioni che nella transitorietà trovano espressione in quell'ampio fenomeno definito *judicialization of politics* legato alla espansione dell'area dei diritti. Tendenze lontane dalla cultura dei nostri Costituenti che vedevano nel primato della legge e nell'unicità delle fonti, principi insormontabili. Ma, come si diceva poco prima, un ruolo fondamentale nella evoluzione del rapporto tra giudice e legge lo hanno avuto indirizzi culturali dove il valore sostanziale della Costituzione avrebbe dovuto essere espresso in una esplicita scelta a favore delle classi subalterne. Gli articoli 2 e 3 della Costituzione come chiave di apertura alla sostanziale uguaglianza dei cittadini nell'ottica di Luigi Ferrajoli nella realizzazione di un uso creativo del diritto¹³. In tal senso, è al giudice che spetta il compito di rendere giustizia e verità in nome della comunità tutta nell'ottica di una applicazione diretta delle norme costituzionali con la possibilità di disapplicare le norme primarie che ne siano in contrasto. La magistratura come luogo di *pluralismo ideale e politico* per il quale la legittimazione democratica del potere giudiziario non si ravvisa dunque più nella sua subordinazione alla legge, bensì nella tipologia della sua azione concreta. Anche tra i giuristi di area cattolica, come Cotta, sono state prese posizioni favorevoli per l'adozione dell'uso alternativo del diritto nel segno di un diritto naturale vigente¹⁴.

3. Le vie contorte alla Verità. La costituzionalizzazione dei diritti.

Altri due Maestri contemporanei possono indicarci la strada sul tema della creatività del diritto in direzione del giudizio sul profilo veritativo. Gustavo Zagrebelsky parte dalla constatazione della crisi della sovranità dello Stato che nasce dalla complessità sociale al punto tale da scrivere di *sovranità della costituzione* come centro verso cui tutto deve convergere. Mitezza, coesistenza, compromesso, inclusione, integrazione sono gli elementi

¹² Cfr. N. Irti, *Il Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004

¹³ Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016; in *Id.*, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

¹⁴ Cfr. S. Cotta, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Iustitiae*, n. 42/1989, p.111.

dello Stato costituzionale in risposta alla crisi patente del diritto legislativo¹⁵. La legge è manifestazione e strumento di competizione e confronto sociale e si distingue dai diritti ai quali, in caso di conflitto, si sottomette. Per l'eminente costituzionalista torinese siamo nell'era della costituzionalizzazione dei diritti e lo Stato legislatore ha visto ridimensionare il suo ruolo di *padrone del diritto*. L'interpretazione della Costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto e l'appello alla giustizia veritativa accanto o contro le regole della legge non può essere visto come un gesto eversivo e distruttivo del diritto. La posizione della Magistratura nello Stato costituzionale dunque sarebbe quella di intermediarietà tra lo Stato e la società. I giudici potrebbero essere riconosciuti o come gli *attuali padroni del diritto* o "più propriamente come i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia"¹⁶. Per Paolo Grossi, il referente necessario del diritto è soltanto la società in quanto la dimensione ordinativa insita in esso, presuppone "una pretesa che viene dal basso". Nella *Prima lezione di diritto*, Grossi scrive che "l'ordine giuridico autentico attinge allo strato dei valori di una comunità per trarne quella forza vitale che nasce unicamente da una convenzione sentita"¹⁷. Il diritto è già nella società auto-ordinantesi per cui la Costituzione realizza in altre parole, il primato della società sullo Stato. Per il Maestro fiorentino dunque, l'ordine giuridico superiore alla legge ordinaria diventa identità giuridica del popolo italiano, che ha in essa un ordinamento fondamentale fatto di regole e principi che ne costituiscono le radici identificatrici. Ruolo determinante è riscontrabile nella prospettiva ermeneutica che *scandaglia* il testo attraverso l'interprete che applica il caso concreto alla ricerca della verità generata dalle istanze provenienti dalla società. Il ceto giudiziario deve consapevolmente dare vita ad un diritto vivente che si affianca, nel migliore dei casi, *ad uno sclerotico diritto ufficiale*. Indubbiamente la società tecnologica richiede duttilità delle regole per via della crescente diseguaglianza economica senza attribuire ovviamente al giudice il compito di interpretare anche *contra legem* la voce della società o *la coscienza del popolo*. Le inadeguatezze funzionali sarebbero superabili in sede interpretativa. In sintesi i giudici ordinari nel risolvere le controversie dovrebbero essere vincolati dalla precettività delle norme costituzionali, il che legittimerebbe una

¹⁵ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 9 ss.

¹⁶ *Ivi*, p.208.

¹⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p.7 ss.

interpretazione della legge ordinaria coerente con la norma costituzionale, tenendo conto del fatto che in ogni caso, “l’orizzonte generale dei valori espressi nella Costituzione non può che essere la precomprensione dell’interprete del diritto positivo”¹⁸. La Costituzione con il suo quadro programmatico si porrebbe come un traguardo da raggiungere per cui l’iniziativa dei giudici sarebbe legittimata laddove si manifesti una incapacità di intervento organico del legislatore. Come scriveva Lombardi Vallauri, non è possibile pensare che “il diritto è sempre quale interpretato”¹⁹ o come insegnava Satta che la norma si rifà al concreto e nel concreto si fa quello che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia²⁰. Ma i problemi che si pongono, secondo Valditara, sono altri, ossia quale deve essere la relazione tra legge, giudice e democrazia? In un ordinamento di *Civil Law*, può il giudice modificare la portata o ignorare il significato di una legge senza intaccare la democrazia? Sono rispettati i fondamentali principi democratici della sovranità popolare, della certezza del diritto, della uguaglianza dinanzi alla legge insomma dello Stato di diritto? Sul significato delle norme costituzionali ci si dovrebbe intendere sul senso della continua trasformazione del testo autorizzata dalla struttura aperta della carta costituzionale. La teoria dei valori dunque secondo Baldassarre diventa “la tecnica e ricostruttiva e interpretativa della Costituzione”²¹. Per chiarire il rapporto tra giudice e legge alla luce della nostra Costituzione, insiste Valditara che sia necessario tornare all’articolo 1 sui termini democrazia, sovranità, popolo. Nel dibattito e nella volontà dei Costituenti, appartenendo la sovranità esclusivamente al popolo, non vi è spazio per la partecipazione alla stessa da parte altri organi dello Stato, a partire dai giudici innanzitutto. Un altro articolo che va richiamato nell’economia della sua riflessione è il 101 che vuole che il giudice sia fedele alla volontà del legislatore, un *potere nullo* per dirla con Montesquieu, che ha il compito di applicare la legge, non quello di creare diritto. In conclusione Giuseppe Valditara auspica che postulati quali la sovranità popolare si esplichino con la legge e che la legge votata dai rappresentanti del popolo, strumento della democrazia, siano non più dimenticati. E ribadisce che un giudice non può applicare una norma costituzionale in senso discrezionale e arbitrario in quanto privo di legittimazione popolare. Inoltre il principio di maggioranza è quello che consente ad una democrazia di funzionare. Non è contemplata dal Costituente

¹⁸ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 98.

¹⁹ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 50.

²⁰ S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 2014, p.21

²¹ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 22, n. 4/1991, p. 654.

lo Stato-persona dovuta ad una presunta sovranità della Costituzione. La legge ordinaria è per il Costituente la esplicazione immediata della sovranità del popolo, ad essa sono tutti sottomessi, governo e giudici. La giustizia deriva dal popolo e viene amministrata su mandato del popolo. A fondamento del potere del giudice vi è sempre il popolo di cui deve rispettare la volontà come espressa nella legge. L'attribuzione al giudice di funzioni creative di diritto e la sua considerazione alla stregua di fonte del diritto non appartengono a questa tradizione e questa narrazione. Non è possibile introdurre un diritto identitario e personale. Sembra necessaria "un'area di cecità istituzionale dove non è pericolo di sostenere discriminazioni verso alcuno"²². Come scrive Francesco Cavalla, "un conto è riconoscere la necessità dell'intervento interpretativo del giudice e un conto è assegnare a quest'ultimo una autentica funzione nomopoietica"²³. Al fine di non correre il rischio di decretare la 'morte' dei principi di eguaglianza formale, di astrattezza e di generalità del diritto. Il giudice è solo un tecnico scelto per la sua competenza tecnica ed è soggetto alla legge e certo non la può disapplicare. Peraltro il giudice costituzionale può dichiarare la incostituzionalità di una legge ma non può creare nuovo diritto. La preoccupazione di Valditara dunque va nella direzione di un rispetto autentico della democrazia. Ciò comporta, nella sua lettura, certezza del diritto e il rispetto del principio democratico della sovranità popolare²⁴. Ogni iniziativa che rafforzi la partecipazione democratica può avere origine solo dalla presa di responsabilità da parte dell'intero *universo giuridico* a cui tutti noi apparteniamo, rendendo sempre più vicine tutte le Leggi scritte e non scritte che entrano nella nostra vita e nella nostra storia.

4. Altre vie.....

La questione è ancora aperta dunque perché richiama il senso vero, autentico, della democrazia. E ci sono anche altri tipi di possibilità, di soluzioni, nella misura in cui si vada in direzione dell'ermeneutica nel segno dell'interpretazione cognitiva, che vuole distinguersi, dall'interpretazione decisoria, nella regione di un altro metodo attraverso il

²² C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 94.

²³ F. Cavalla, *A proposito di un saggio di Giuseppe Valditara: "Giudici e Legge"*, in *Oss. Cost.*, n. 2/2018.

²⁴ Cfr. G. Valditara, *Giudici e legge*, cit. pp. 291-301.

quale è possibile produrre un ragionamento logico-formale che però, a nostro modo di vedere, incorre in una sorta di interpretazione debole, per non dire labile²⁵. Non è questa ovviamente la strada attraverso la quale bisogna affrontare la questione della verità. Non con la *V* maiuscola ma la verità nel nostro ambito che è quello del diritto. Indubbiamente, non può essere questa la soluzione, anche perché siamo convinti, che il giudicare per dirla con Garapon, è un giudicare-evento cioè sia la possibilità di svolgere l'arte del giudicare attraverso il tentativo di considerare da un lato, l'esperienza estetica della giustizia e dall'altro, l'azione del tenere in vita il testo di legge²⁶. Quindi, non può essere sostanzialmente tutto qui, tant'è vero che ci sono altre possibilità, altre modi di affrontare il nesso logico-giuridico. Si pensi al rapporto tra verità processuale e verità del reale, nelle teorie del fatto giudiziario, come tentativo di ricostruire attraverso elementi narrativi, il fatto e il diritto che si incontrano. E questa è una strada che nei tempi è stata anch'essa seguita, come una sorta di possibile alternativa alla visione relazionale tra il diritto sentimentale e la verità del giudice, quasi a tener conto di quest'ultimo, come strumento idoneo ad innescare il tentativo di inserire nel giudizio un elemento poetico nella prospettiva comunque di una mera riduzione ad una logica definatoria, del tutto inadeguata²⁷. Anche la strada della ricostruzione del fatto giudiziario, nel termine delle narrazioni, sostanzialmente non ci dà delle risposte incoraggianti e durature.

5. Verità del diritto e Nuove tecnologie.

Allora ci sovviene fondamentalmente un nuovo corso, avendo brevemente ricordato alcune esperienze, che in qualche modo richiamano la questione della ricerca della verità e alcune strade che probabilmente non sono quelle giuste. Oggi più che mai abbiamo la possibilità di ragionare intorno al tema con l'occhio puntato verso le nuove tecnologie. Nel nostro tempo è possibile parlare di tecno-diritto, della decisione giudiziale come espressione di nuovi tipi di tecnologia: si pensi alla robotica, all'intelligenza artificiale, e rispetto al vero,

²⁵ Cfr. G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di Filosofia del diritto- Journal of Legal Philosophy*, n. 1/2013, Bologna, Il Mulino, pp. 77-99.

²⁶ Cfr. A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, a cura di D. Bifulco, Milano, Raffaello Cortina, 2007, pp. 1-4.

²⁷ Cfr. F. Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 17-21.

rispetto alla debole verità, cosa può dare la tecnica in più? Indubbiamente questo discorso oggi va seguito, è molto importante e anche molto affascinante perché è chiaro che se da un lato abbiamo indubbiamente l'immagine di un uomo che può perdere ontologicamente la propria primazia, dall'altro non possiamo tacere di fronte agli sviluppi della tecnologia. Soprattutto adesso che siamo protagonisti dell'era dell'incertezza per cui bisogna sostanzialmente tener conto della possibilità di interrogarsi su nuove realtà. In qualche modo, la figura del giudice-robot e dell'avvocato-robot vanno definite nella loro novità e vanno appunto studiate. È chiaro che il ragionamento intorno a questi punti è complesso. In più, ci sono domande veramente importanti intorno all'entrata in campo degli algoritmi, al rapporto tra diritto e potere, a chi detiene l'algoritmo²⁸. Ancora una volta nasce e fuoriesce dal contesto delle ombre della storia, la relazione tra diritto e potere. È possibile pensare a un robot che mente? È possibile ritenere che al di sopra un robot-giudice vi sia un superiore robot-giudice che possa intervenire sulle decisioni prese dal robot-inferiore? Insomma, ci sono domande che vanno poste in questo contesto, stiamo parlando chiaramente, della funzione predittiva della prognostica giudiziaria. Termini che entrano oggi più che mai nei saperi giuridici che sono sostanzialmente all'interno di questo discorso. Senza dubbio, ogni ambito del diritto deve confrontarsi con questa situazione come, a esempio, i casi delle decisioni giudiziarie in campo amministrativo, che sono quelli più evidenti, oggi più che mai per quanto riguarda le valutazioni prognostiche²⁹. Questa situazione di una ricerca della verità all'interno dell'universo giuridico, partendo dalla possibilità di utilizzo di queste tecnologie, apre una ampia finestra su un punto fondamentale, che è quella dell'erosione della responsabilità, decisivo perché quando parliamo di I.A. e di robotica siamo ancora nella fascinazione di un mistero. C'è un tentativo inespresso di umanizzare l'I.A. per recuperare un senso di responsabilità che sembra sfuggente, quasi dormiente, in quanto che, affidandoci alle macchine, il senso di responsabilità rispetto a ciò che viene espresso potrebbe venir meno³⁰. Allora interviene il diritto, anche in ambito comunitario, con un apparato normativo che si occupa di questi

²⁸ Cfr. R. Mattera, *Decisione negoziale giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata(NGCC)*, n. 1/2019, pp. 198-207.

²⁹ Cfr. F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione Robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 214-228.

³⁰ Cfr. E. Ancona, *Introduzione a Soggettività, Responsabilità, Normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto- Journal of Legal Philosophy*, n. 1/2019, Bologna, Il Mulino, pp. 81-86.

problemi. Perché la questione, come si diceva prima, è molto complessa e anche legata a una ricerca che evolve continuamente e non è mai totalità ma dentro di sé, attraverso il dubbio, riesce a svilupparsi in maniera sempre più veloce anche al di là delle regole, e non è un caso che oggi si parli di una di una visione dei diritti tecnologici che forse prima non c'era. Sembra necessario guardare ai principi etico-giuridici, al tentativo di tener sotto controllo una tecnologia che si espande, con conseguenze ancora da realizzare pienamente. Si pensi ai danni causati ipoteticamente dal robot, dalle minacce della macchina verso gli esseri umani, magari immaginate ma non immaginifiche e sostanzialmente neanche tanto lontane³¹. È evidente che quando parliamo di erosione della responsabilità si apre la discussione su entrambi i fronti: sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo, perché la responsabilità è anche legata alla relazione che potremmo costruire ipoteticamente con l'automazione. Non a caso, come dice la Floyd, dobbiamo essere capaci di preservare alcune condizioni dell'anima rispetto alle macchine ossia l'amore, l'amicizia e altro, che possono custodire la nostra forma di vita originaria³². Dunque, possiamo quindi cercare di produrre almeno parzialmente una conclusione. Il ragionamento è che, se da un lato noi pensiamo alla macchina che poi produce l'assoggettamento, onde evitare visioni neo-luddistiche che possono farcene temere, dobbiamo pensare nella misura in cui essa può essere d'ausilio per il diritto, per il giurista in senso generale, e, dall'altro lato, non possiamo abbandonarci arrendevolmente all'oblio dell'essere, come dice Heidegger³³. Vi è una macchina che può assoggettare e una macchina che può salvare; in entrambi i casi è necessario affrontare il quesito con intelligenza perché significa, da un lato tener basso il livello di incertezza, dall'altro lato aprire la possibilità a un recupero della soggettività. L'unica soluzione possibile è quella di pensare alle possibilità tecnologiche come ausilio, che con la loro portata di *novum* possano aiutare il giudicante a giudicare.

³¹ Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Algoritmi e big data. Dalla Carta sulla Robotica*, in *Rivista di Filosofia del Diritto- Journal of Legal Philosophy*, 1/2019, cit., pp. 107-124

³² Cfr. J. Floyd, *“Lebensformen: Living Logic”*, in *Language, form(s) of Life and Logic. Investigations after Wittgenstein*, (a cura di C. Martin), De Gruyter, Berlin, 2018, pp. 59-92.

³³ Cfr. M. Heidegger, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi (1954)*, a cura di G. Vattimo, Milano, Mursia, 1985

6. *Judge in the machine o Ghost in the machine?*

Possibilità che non va esclusa nella misura in cui fondamentalmente si guardi alla tecnica come una sorta di levatrice, novello Socrate come dice Punzi, come una sorta di guida all'interno di un mondo complesso³⁴. Un mondo davvero nuovo, tanto è vero che non è possibile svolgere l'azione del giudizio senza avere particolare propensione alla complessità. Penso, usando le parole di Heidegger, che bisogna salvaguardare quelle tonalità emotive dentro ogni giudizio e il giudice col suo tempo³⁵. Il giudice riconosce l'urgenza della verità ma per riconoscerla è necessario arrendersi all'unica possibilità della ricerca, sempre come diceva Capograssi, del magico nel giudizio³⁶, ossia la possibilità di trovare dentro la propria azione una possibilità di interpretazione della tonalità emotiva che, da questo punto di vista, ci dà la visione della preistoria della norma affinché sia possibile la trasformazione interiore sia del giudice che di ciò che viene giudicato. È la comunità giuridica, il *Dasein* giuridico che ci permette di pensare al diritto ancora oggi come una possibile arte della trasformazione individuale ma anche sociale³⁷. Dunque, la verità ha una sua importanza. Natalino Irti parlava di diritto e diritti senza verità³⁸ ma non è questo il punto per cui passare. Così come effettivamente oggi più che mai c'è un ritorno all'umanità del diritto attraverso l'elemento della verità dell'azione, come avrebbe detto Capograssi. Unico modo anche per richiamare quella condizione della responsabilità alla quale facevo riferimento prima, che diventa centrale per rifuggire da una ipotetica legalità della verità, che diventa sostanzialmente elemento di semplicità all'interno di un discorso così complesso. Allora, qual è il punto che potrebbe rilevarsi sintetico? Non siamo ancora pronti a un *addio alla verità*, per usare le parole di Gadamer³⁹. E quindi abbiamo bisogno più che mai oggi di una verità. E per fare questo è necessario, in una logica di questo genere,

³⁴ A. Punzi, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione Robotica*, cit., pp. 319-330.

³⁵ Cfr. M. Heidegger, *Logica e linguaggio*, Milano, Marinotti, 2008, pp. 167-170.

³⁶ G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, cit. Sul punto rinvio a L. Di Santo, *Tempo e diritto nella prospettiva filosofica di Giuseppe Capograssi. Un confronto con Gerhart Husserl*, in G. Marino (a cura di), *In ricordo di Giuseppe Capograssi. Studi napoletani in occasione del cinquantenario della morte*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 70-85.

³⁷ Cfr. G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 146.

³⁸ Cfr. N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma- Bari, Laterza, 2011, pp. 5-12.

³⁹ Cfr. H.G. Gadamer, *Verità e Metodo*, a cura di G. Vattino, trad. it. a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2000, p. 400.

di disincantare la verità. Evitare che vi siano dicotomie del tipo verità/ utilità⁴⁰. Di fare in modo che la verità abbia una sua interezza. È necessario educare alla verità. La verità va, appunto, ricercata continuamente. Ci sono le teorie del dialogo, dell'intraculturalità che ci permettono un passaggio del genere e allo stesso tempo abbiamo anche un'esigenza fondamentale di verità quando parliamo di democrazia⁴¹. Sappiamo perfettamente che la verità e la democrazia sono sostanzialmente, ne parla anche Kelsen, il pane reciproco di entrambe⁴². E allora è chiaro che possiamo dire che la questione centrale del nostro discorso non è rifuggire dalla tecnica. Ma, per parafrasare una espressione molto bella di Blumenberg, la verità in ogni caso si specchia sul fondo e va ricercata perché essa andrà sempre oltre la possibilità di essere di semplice ausilio attraverso la tecnologia. Non possiamo immaginare il giudice macchina, *judge in the machine*, come un possibile *ghost in the machine* ma al contrario, realizzarne la presenza attiva. Tutto ciò deve portarci a pensare che la tecnica, la macchinalità, la robotica e tutto quanto questo mondo, come direbbe Anders, possa semplicemente preannunciare una catastrofe positiva che ancora una volta possa farci riflettere su cosa sia l'umanità. Questo è il punto definitivo: andare oltre l'ausilio ma ritornare a pensare che forse la tecnica ancora oggi sia una via accettata semplicemente perché la nostra immagine, *imago dei*, quella che si riflette nello specchio, è ancora riconosciuta. È l'immagine confortante dell'*imago dei* a sua immagine e somiglianza. Ma se un giorno guardandoci allo specchio troveremo l'*imago-machinae*, allora può nascere il terrore, o anche la possibilità di una non riconoscenza della propria identità. Allora dobbiamo essere vigili, in quanto l'algoritmo proibito che troviamo sull'albero della conoscenza è un algoritmo che fondamentalmente non può essere accettabile in un "paradiso perduto", per citare il poeta Milton. L'algoritmo proibito ci distacca fondamentalmente dalla verità e deve essere comunque, a nostro modo di vedere, capace di segnare l'ultimo confine, perché dall'albero della conoscenza del bene e del male, come è detto nella Genesi, non devi mangiare"⁴³, senza conoscere e senza cercare la verità. L'algoritmo, la macchina il robot non devono sedurci ma farci ancora una volta riconoscere l'uomo nella verità, nello splendore della verità. E questa è la sfida che dobbiamo

⁴⁰ G. Marino, *Umanità del diritto. Percorsi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 163.

⁴¹ Cfr. G. G. Curcio, *Etica del dialogo. Diritti Umani, Giustizia e Pace per una società interculturale*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 39-48.

⁴² Cfr. F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto. Saggi*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, pp. 313-336.

⁴³ Bibbia XI, Gen 2, 16-17.

accogliere non rifuggendo ma cercando di percepirne la bellezza affinché comunque la tecnica sia sempre sottoposta alla nostra volontà creativa.

Abstract: Al centro della riflessione si staglia il tema della verità, nella dimensione del giudizio, relativamente all'accertamento della veridicità dei fatti che nascono dalla controversia. L'attenzione verte sul giudizio in senso logico-giuridico sul piano veritativo e dunque creativo ma anche intorno ai processi tecnologici. Negli ultimi anni, i poteri del giudice hanno preso sempre più campo attraverso la presenza più ampia di una interpretazione creativa oramai nucleo essenziale della discrezionalità giudiziale. La dilatazione di spazi di discrezionalità giudiziale apre una riflessione circa la dimensione politica e ideologica della posizione assunta dai giudici e il reale pericolo per le garanzie democratiche. Si aprono altre vie, in particolare quella della tecnica, ma la verità in ogni caso va ricercata perché essa andrà sempre oltre la possibilità di essere di semplice ausilio attraverso la tecnologia. Non possiamo immaginare il giudice macchina, *judge in the machine*, come un possibile *ghost in the machine* ma al contrario ricercarne la presenza.

Abstract: At the center of the reflection stands the theme of truth, in the dimension of judgment, relative to ascertaining the truthfulness of the facts that arise from the controversy. The attention focuses on the judgment in a logical-legal sense on the truthful and therefore creative level but also about the technological processes. In recent years, the judge's powers have increasingly through the wider presence of a creative interpretation now essential nucleus of judicial discretion. The dilation of spaces of judicial discretion opens a reflection about the political and ideological dimension of the position taken by the judges and about the real danger for democratic guarantees. Other ways open up, in particular the technology, but in any case the truth must be sought because it will always go beyond the possibility of being a simple aid through technology. We cannot imagine the machine judge, *judge in the machine*, as a possible *ghost in the machine* but on the contrary to seek his presence.

Parole chiave: verità – giudizio – macchina – processo - diritti.

Key words: truth – judgment – machine – process – rights.