

## I giudici e la “loro” giustizia a proposito di decisioni algoritmiche

Salvatore Amato

*Università degli Studi di Catania*

### **Abstract: Judges and “Their Own” Justice. About Algorithmic Decision Systems.**

Is algorithmic decision-making in sentencing, even if it has its own sources of bias and black box effects, preferable to idiosyncratic bias and guild interests that pervades human decision-making? We can address this problem in two perspectives: to highlight human sensitivity and human brain's creativity that will never be replaced by technology or to analyze the defects of our judicial system. In the latter case I think that a digital system does not run the risk to produce the excesses of a self-referential power. Montesquieu and Tocqueville feared the privileges of a corps of stable and immovable judges. Then after two centuries, we know they were right. By artificially intelligent systems we may shed new light on this old problem.

**Keywords:** Digital Fair, Independence of the Judiciary, Self-Reference, Judicial Virtue, Rule of Law.

**Sommario:** 1. La giustizia è solo una questione umana? – 2. Il buon giudice. – 3. Il libero convincimento. – 4. Giudicare è una professione? – 5. Umano, troppo umano.

### **1. La giustizia è solo una questione umana?**

Sono sempre più pressanti gli sviluppi che ci spingono verso una “giustizia digitale” affidata integralmente o *prima facie* alla capacità di memoria, analisi, selezione dei dati da parte di algoritmi estremamente complessi, variamente articolati e interconnessi tra loro con potenzialità che non possiamo neppure immaginare. Ad esempio, il supercomputer Summit ha una velocità di calcolo di 200 PETAflop, ossia 200 milioni di miliardi di calcoli al secondo: l'equivalente di quanto potrebbero fare tutte le persone sulla terra se eseguissero un calcolo ogni istante di ogni giorno per 305 giorni. Senza arrivare ad estremi così avanzati, disponiamo già di software sofisticati come *Lex machina* che combina le tecnologie di nuova generazione per definire l'orizzonte di possibili contenziosi, evidenziando non solo i presupposti normativi e i precedenti giudiziari, attraverso milioni di pagine di informazioni su casi simili, ma anche i profili dei possibili giudici, le eventuali strategie degli avvocati, i riflessi sociali. Insomma, un giurista-robot capace di

mettere assieme perizia tecnica e analisi dei possibili effetti materiali. L'ideale per i teorici del realismo giuridico? Sarebbe più affidabile di un essere umano? Proprio un magistrato di grande esperienza, Presidente emerito della Corte di Cassazione, osserva che

non può dubitarsi seriamente che, a fronte della crisi di certezza, calcolabilità, prevedibilità, uniformità, trasparenza e celerità delle tradizionali procedure della giurisdizione, la forza espansiva di un tale sistema, che promette di offrire un'efficiente e pronta risposta alla domanda di giustizia in termini di regola tecnico-scientifica, perciò neutra, oggettiva e deresponsabilizzante per il decisore, comporti il rischio di un mutamento di paradigma del dire e fare diritto nel XXI secolo, incidendo pesantemente anche sull'etica del giudizio<sup>1</sup>.

Si tratta di un rischio o di un'opportunità?

Possiamo affrontare questo problema in due prospettive, rivendicando la specificità della sensibilità e creatività umana rispetto agli asettici automatismi di una delega alle macchine<sup>2</sup> oppure analizzando il modo in cui, oggi, l'apparato giudiziario nel suo insieme risponde alle esigenze fondamentali della società e tutela i diritti fondamentali. Possiamo, cioè, elaborare una valutazione individuale sulle capacità umane oppure una valutazione di "sistema", paragonando i pregi e i difetti delle attività che riconduciamo all'entità "magistratura", come organismo complesso e autoreferenziale, con gli eventuali aspetti positivi o negativi di una combinazione di algoritmi.

Io vorrei seguire questa seconda via. Darei per scontato che un essere umano sia in grado di giudicare esseri umani e vicende umane meglio di ogni macchina. Come direbbe Cordero, il diritto non è "olimpica filologia"<sup>3</sup>: da un computer ci possiamo attendere una straordinaria capacità di riconnessione dei dati, ma è difficile ipotizzare che saprebbe andare oltre questa accuratezza tecnica. Avremmo "un decidere senza giudicare"<sup>4</sup>: un *agere sine intelligere*. Ho, invece, tantissimi dubbi sul fatto che la magistratura nell'attuale assetto organizzativo e professionale sia preferibile a un sistema digitale. Tra l'intelletto di un giudice, anche se con tutti i limiti della natura umana, e un robot, scelgo il giudice; tra un sistema corporativo e un sistema digitale scelgo il sistema digitale: almeno a partire dall'esperienza del nostro paese, perché è difficile negare che "è sproorzionato il posto che il sistema giudiziario è venuto ad occupare nella vita civile, se rapportato al suo fallimento come erogatore del fondamentale servizio della giustizia..."<sup>5</sup>.

Non sono sicuro che un gruppo di potere che riproduce nel tempo i propri stereotipi e difende i propri privilegi sia preferibile a un modello logico programmato per auto-affinare le proprie soluzioni e rivedere continuamente i

<sup>1</sup> G. Canzio, *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 218.

<sup>2</sup> Traggo il titolo di questo paragrafo da uno dei temi del saggio di A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2021.

<sup>3</sup> F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 545.

<sup>4</sup> G. Canzio, *op. cit.*, p. 228.

<sup>5</sup> S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 46

propri schemi attraverso le sempre più sofisticate procedure di *machine learning*. Come il “piccolo uomo” che troviamo in *Guerra e pace* a rincuorare Pierre, appena scampato a una condanna a morte per un fatto che non aveva commesso, potremmo esclamare “dove è un tribunale è l’iniquità”<sup>6</sup>, esprimendo la stessa sensazione che vi sia un insieme di interessi, pregiudizi, stereotipi che potrebbero finire per rendere il “tribunale” un mondo a sé, lontano dalle attese di giustizia. Nel “tribunale” del piccolo uomo di Tolstòj l’iniquità non dipende tanto dai limiti della natura umana quanto dall’indifferenza delle istituzioni. Indifferenza che produce indifferenza e indifferenza all’indifferenza.

È un tema letterario ricorrente. Victor Hugo descrive l’indolente apatia di una giuria che ha appena emesso una condanna a morte:

i giudici, in fondo alla sala, avevano l’aria soddisfatta, probabilmente per la gioia di essere prossimi alla fine. Il viso del presidente, dolcemente illuminato dal riflesso di un vetro, aveva qualcosa di calmo e di buono, e un giovane consigliere, sganciandosi un lembo del colletto, chiacchierava quasi allegramente con una bella donna dal cappotto rosa, collocata per favore dietro di lui<sup>7</sup>.

John Galsworthy in *Justice*, un’opera che ha scosso l’opinione pubblica inglese determinando radicali trasformazioni nel sistema carcerario e processuale, esprime perfettamente gli esiti crudeli di questo vuoto rituale: “la giustizia è una macchina che, quando qualcuno ha dato la spinta iniziale, rotola su sé stessa”<sup>8</sup>. Ancora più crude sono le parole di Stevenson:

E il giudice lo aveva perseguitato con gioia disumana e idiota, orribile a concepirsi: una scena da incubo. Un conto è trafiggere una tigre; ben altra cosa è schiacciare un rospo ... V’è un’estetica anche nel mattatoio, e quanto vi era di nauseante nella natura di Jopp avvolgeva e rendeva infetta l’immagine del suo giudice<sup>9</sup>.

Hugo, Stevenson, Galsworthy ci spingono indietro nel tempo, quando era ancora in vigore la pena di morte e quando i diritti fondamentali erano ben lontani dall’essere riconosciuti e tutelati. Sono significative proprio le battaglie di Hugo non solo contro la pena di morte, ma anche per l’introduzione delle circostanze attenuanti, e di Galsworthy non solo sulla condizione carceraria, ma anche per l’istituzione della sospensione condizionale della pena. Quei giudici non sono i “nostri” giudici. Tuttavia, ci fanno riflettere sugli effetti perversi di un’istituzione, quando si chiude in sé stessa e, appagata dal compiacimento del proprio ruolo, perde

<sup>6</sup> L. Tolstòj, *Guerra e pace*, II, trad. it., Mondadori, Milano, 1971<sup>4</sup>, p. 727

<sup>7</sup> V. Hugo, *L’ultimo giorno di un condannato*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2017<sup>3</sup>, p. 55.

<sup>8</sup> “Gentlemen; Justice is a machine that, when someone has given it the starting push, rolls on of itself”: J. Galsworthy, *Justice: a tragedy in four acts*, Duckworth and Co London, 1910, atto II, p. 29.

<sup>9</sup> R.L. Stevenson, *I Weir di Hermiston*, Garzanti, Milano, 1982, p. 33.

progressivamente il senso del limite, allontanandosi da quelle dimensioni etiche che dovrebbe salvaguardare. Calamandrei sottolineava come il vero pericolo per l'identità della magistratura non venisse da fuori, dalla corruzione e dalle ingerenze politiche, ma

... è un lento indurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica.

Ho conosciuto non di rado giudici indolenti, disattenti, svogliati: pronti a fermarsi alla superficie, pur di sfuggire al duro lavoro di scavo, che deve affrontare chi vuole scoprire la verità. spesso questa superficialità mi è sembrato un portato inevitabile, e scusabile, dell'eccessiva mole di lavoro.

... la pigrizia porta ad adattarsi nell'abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi della umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra con gli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente di vivere dolcemente in dormiveglia<sup>10</sup>.

Le prospettive aperte da un giudice robot ci invitano a non trascurare queste possibili degenerazioni di ogni aggregazione umana. Pierre Bourdieu<sup>11</sup> ha spiegato che le istituzioni, in quanto tali, tendono a sviluppare meccanismi di difesa collettiva e organizzata che sono il risultato di tante singole azioni individuali, indipendenti eppure strutturalmente collegate, che contribuiscono alla loro auto-conservazione. Usa il termine, *habitus* per descrivere queste strategie identitarie e aggregatrici. Strategie essenziali per l'esistenza di ogni istituzione, ma le cui ripercussioni negative sulla società possono essere difficilmente controllabili. Non credo che l'*habitus* di Bourdieu sia molto distante da

... un corpo giudiziario composto da persone mediamente ben preparate, ma chiuso in sé stesso, corporativo, che non riesce a trovare nella sua esperienza le idee per correggersi e che pare incapace di far maturare proposte di ordinamenti migliori e di dialogare con la cultura, le professioni, il mondo politico<sup>12</sup>.

Se avessimo dei dubbi in proposito, potremmo paragonare *Giustizia: anni difficili* di Adolfo Beria d'Argentine del 1985 con *Giustizia ultimo atto. Da tangentopoli al crollo della magistratura* di Carlo Nordio del 2022. Il primo saggio è la lucida e drammatica analisi delle crisi (terrorismo, criminalità organizzata, corruzione) che il nostro paese è riuscito a fronteggiare grazie all'intraprendenza e

<sup>10</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, p. 269-270 (scritto negli anni dal 1935 al 1956)

<sup>11</sup> Ad esempio, P. Bourdieu, *Il senso pratico*, trad. it., Armando, Roma, 2005, p. 101.

<sup>12</sup> S. Cassese, cit., p. 88.

spesso al sacrificio della vita di tanti giudici all'interno di un apparato giudiziario che è stato capace di ridefinire i propri modelli e i propri orizzonti operativi attraverso una significativa lettura dei valori costituzionali. Nulla del genere avremmo mai potuto richiedere a un sistema informatico. Il secondo saggio è la spietata sintesi di una serie di deformazioni che sono cresciute l'una sull'altra: la politicizzazione della magistratura, una concezione proprietaria delle proprie funzioni, la lentezza dei processi, l'abuso della custodia cautelare e delle intercettazioni telefoniche e ambientali, il protagonismo di alcune toghe, la continua violazione del segreto istruttorio, lo strapotere delle procure aggravato dalla “sudditanza” di Gip e Gup. La giustizia digitale avrebbe evitato la maggior parte di questi meccanismi degenerativi.

Per quanto lontane, nel tempo e nello spirito, le due opere sono estremamente vicine in una considerazione di fondo. “Magistrati potenti, magistratura sconfitta” è l'assunto di Beria di Argentine<sup>13</sup>. Gli fa eco Nordio: “mai, nella storia di una democrazia, tanto era stato affidato da tanti a così pochi”<sup>14</sup>. Beria di Argentine fa rilevare come

essi sembrano ormai prigionieri dalle due più grandi tentazioni umane, quelle dell'onnipresenza e dell'onnipotenza; sono gli stregoni del potere a pioggia, i moderni capitribù di una società più adusa alla forza magica della ‘dipendenza’ che alla responsabilità della norma collettiva e civile<sup>15</sup>.

Nordio osserva che “se si afferma il principio che la stessa politica è soggetta alla tutela autonoma di un potere incontrollabile, svincolato dalla legittimazione elettorale, allora anche il concetto di democrazia si risolve in una enfaticizzazione banale”<sup>16</sup>.

È alla luce di questi sviluppi che dobbiamo paragonare la giustizia umana con la giustizia digitale. L'autonomia della magistratura che costituisce un cardine dello Stato di diritto e della democrazia ha dato vita a una serie di meccanismi autoreferenziali, alimentando un sempre maggior numero di condizioni di privilegio che, se non costituiscono quella lobby descritta con dovizia di particolari da Sallusti e Palamara<sup>17</sup>, evidenziano innegabilmente quella crisi di sistema analizzata da Sabino Cassese<sup>18</sup>. Al di là delle poco edificanti vicende dei conflitti tra magistrati, aggravata dall'ambigua funzione del Consiglio superiore della magistratura, io credo che la suggestione digitale dovrebbe indurci ad affrontare alcuni problemi che la cultura giuridica del nostro paese ha spesso trascurato.

<sup>13</sup> A. Beria di Argentine, *Giustizia anni difficili*, Rusconi, Milano, p. 183.

<sup>14</sup> C. Nordio, *Giustizia ultimo atto. Da tangentopoli al crollo della magistratura*, Guerini e Associati, Milano, 2022, p. 69.

<sup>15</sup> A. Beria di Argentine, *op. cit.*, pp. 183-4.

<sup>16</sup> C. Nordio, *op. cit.*, p. 98.

<sup>17</sup> A. Sallusti, L. Palamara, *Lobby & logge. Le cupole occulte che controllano «il sistema» e divorano l'Italia*, Rizzoli, Milano, 2022; A. Sallusti, L. Palamara, *Il sistema. Potere, politica affari: storia segreta della magistratura italiana*, Rizzoli, Milano, 2021.

<sup>18</sup> S. Cassese, *op. cit.*

Abbiamo considerato la magistratura un corpo monolitico che ha valore in sé, indipendentemente dai suoi modelli di funzionamento e dalle condizioni di reclutamento. I vari libri, scritti spesso da magistrati, che si stanno susseguendo nel denunciare i numerosi profili di crisi dovrebbero indurci a una revisione complessiva dei nostri modelli di giudizio. In particolare, mi sembra che la nostra cultura evidenzi la mancanza di una sistematica riflessione sul ruolo e sull'identità del giudice e sulla dimensione professionale del giudicare. Due domande semplici, "chi è il buon giudice?", "giudicare è una professione?", domande presenti in altre culture o in altri momenti storici, ci potrebbero aiutare a valutare fino a che punto l'attuale assetto giudiziario non possa ricevere un efficace stimolo critico dall'affermarsi della giustizia digitale.

## 2. Il buon giudice

Oltre ai problemi dell'autogoverno e dell'irresponsabilità, dobbiamo tenere presente che la magistratura nel nostro paese ha acquisito spazi sempre più ampi di intervento, con una propensione all'interpretazione "creativa"<sup>19</sup> ai limiti (se non oltre) del principio di tassatività delle fattispecie penali, perché si è ritenuta investita (e probabilmente, come mette in luce Beria di Argentine, in alcuni momenti storici lo è stata effettivamente) di una sorta di delega sociale al controllo della virtù. L'importanza assunta nella persecuzione del crimine e nella lotta alla corruzione

ha finito per generare in una parte dell'opinione pubblica e anche, purtroppo, tra molti giudici, la concezione del potere giudiziario come potere buono e salvifico. E, soprattutto, quella difesa aprioristica ha finito per far trascurare, o peggio avallare prassi giudiziarie illiberali e anti-garantiste, in contrasto con quella stessa legalità che esse pretendono di difendere<sup>20</sup>.

Paradossalmente la nostra cultura giuridica non ha affrontato il problema se i "custodi della virtù" dovessero essere, a loro volta, virtuosi o, almeno, quali siano le qualità che devono rivestire per arrogarsi un compito così delicato. La virtù è incorporata nei titoli di studio? È intrinseca al superamento di un concorso? Si acquisisce elaborando qualche scritto e rispondendo a una serie di domande sulle questioni giuridiche più varie?

A parte qualche rapido accenno in scritti di occasione non conosco riflessioni sistematiche sull'identità del giudice, paragonabili se non all'*aretaic approach* di Solum<sup>21</sup>, almeno alle sottili riflessioni sul rapporto tra capacità tecniche e senso

<sup>19</sup> Sulla rilevanza epistemologica e politica della differenza tra carattere "creativo" e carattere "cognitivo" dell'interpretazione: Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, pp. 21 e ss.

<sup>20</sup> L. Ferrajoli, "Nove massime di deontologia giudiziaria", in *Questione giustizia*, 2012-6, p. 75.

<sup>21</sup> Ad esempio L. Solum, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory" in *Brook. Law Review*, 70-2004, pp. 475 e ss.

morale di Pound, Cardozo, Holmes, Hart, Fuller, Posner, Dworkin, Schauer<sup>22</sup>. Ancora più cospicua è la bibliografia americana sui criteri meritocratici di selezione<sup>23</sup>.

Perché queste riflessioni sono assenti da noi? I motivi possono essere i più vari. Si sottolinea quanto la cultura puritana sia pervasa da una radicale sfiducia nei confronti della natura umana. Come osserva Roscoe Pound, “il tipico sospetto puritano nei confronti del magistrato ha assunto una forma estrema ed è divenuto sospetto per il giudice”<sup>24</sup>. Un altro aspetto rilevante è la diversità dei modelli di reclutamento dei giudici che, in particolare nelle Corti federali americane, non vengono scelti in base a predefiniti criteri legislativi o appositi concorsi<sup>25</sup>. Inoltre, l'estrema libertà di giudizio delle giurie attribuisce al giudice un ruolo tendenzialmente educativo e quindi accentua il rilievo delle sue inclinazioni morali. Del resto, storicamente l'esercizio della giurisdizione non ha svolto un ruolo decisivo solo nel definirsi della struttura istituzionale degli Stati Uniti, ma ancora prima nelle articolazioni della monarchia inglese. L'esigenza di porre un limite all'emergente potere dei giudici è uno dei temi del *True Law of Free Monarchies* di Giacomo I e trova una significativa eco in Hobbes: nei cap. XXVI e XXVII del *Leviatano* del 1651 e nel *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra* del 1670. Per quanto sostenesse incondizionatamente il primato assoluto del sovrano, Hobbes ammantava il giudice di un alone di rigorosità morale e intellettuale.

Le cose che fanno un buon giudice, o un buon interprete delle leggi, sono, in primo luogo, una corretta comprensione di quella fondamentale legge di natura chiamata equità; il che dipendendo non dalla lettura degli scritti di altri uomini ma dalla bontà della propria ragione naturale e dalla riflessione, si suppone non manchi soprattutto in coloro che hanno il massimo agio e la massima inclinazione a riflettere sull'equità. In secondo luogo, il disprezzo delle ricchezze non necessarie e delle promozioni. In terzo luogo, la capacità, nel giudicare, di deporre ogni timore, rabbia, odio, amore e compassione. In quarto e ultimo luogo, pazienza e attenzione diligente nell'ascoltare, memoria per trattenere, massimizzare, assimilare e utilizzare quello che si è ascoltato<sup>26</sup>.

Eppure, Hobbes, da giurista, non era particolarmente indulgente nei confronti dei giuristi: “i grandi maestri di matematica non sbagliano così spesso quanto sbaglia un professore di diritto”<sup>27</sup>. Forse proprio la virtù doveva supplire ai limiti

<sup>22</sup> C. Farrelly, L. Solum (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Palgrave Macmillan, London, 2007.

<sup>23</sup> L. Solum, “The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection”, in *Southern California Law Review*, 1988-61, pp. 1735 e ss.

<sup>24</sup> R. Pound, *Lo spirito della “Common Law”*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1970, p. 51.

<sup>25</sup> G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, trad. it., Il Mulino, 2013, Bologna, p. 38.

<sup>26</sup> Th. Hobbes, *Leviatano*, trad. it., Laterza, Roma- Bari, 1989, p. 232.

<sup>27</sup> Th. Hobbes, *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, trad. it., in *Opere politiche*, Utet, Torino, 1959, p. 393.

della logica giuridica? Potremmo quasi tracciare un'ideale linea di continuità tra Hobbes e Solum. Intelligenza, saggezza, coraggio, senso della giustizia sono le qualità che ogni giudice dovrebbe possedere per evitare che l'inevitabile discrezionalità dei processi interpretativi finisca per mettere in discussione la certezza del diritto e la divisione dei poteri. Emblematicamente nei sistemi di *Common Law* il vincolo dello *stare decisis* è tanto un limite quanto una garanzia. Un limite perché potrebbe divenire lo strumento con cui l'apparato si auto-organizza e sottrae ad ogni controllo esterno. Una garanzia perché indirizza l'autonomia dei processi interpretativi verso canoni tendenzialmente consolidati.

Negli Stati Uniti all'ideale del giudice "virtuoso" si contrappone l'ideale del giudice "politico" dei teorici del realismo. Politico nel senso che le qualità di ogni giudice vadano analizzate *a posteriori* per i risultati ottenuti e quindi per il modo in cui persegue i fini economici e sociali delle norme. Osserva Pound che

Il diritto non è scientifico per amore della scienza. Essendo scientifico come mezzo verso un fine, deve essere giudicato dai risultati che raggiunge, non dalle sottigliezze della sua struttura interna; deve essere valutato dalla misura in cui realizza il suo fine, non dalla bellezza dei suoi processi logici o dal rigore con cui le sue regole<sup>28</sup>.

Non è necessario, quindi, che i giudici siano giuristi e ancora meno che siano giuristi esperti o che siano eccellenti conoscitori delle norme<sup>29</sup>.

Alla luce del rapporto tra equilibri democratici e autonomia dei giudici il tema della virtù e quello della politicità si intrecciano nel mettere in luce l'insufficienza di una professionalità che non sia accompagnata da una sensibilità morale e/o da una responsabilità sociale. Non è un caso se il problema del "governo dei giudici" sia emerso, sin dagli anni '20 del secolo scorso proprio a partire dal ruolo della Corte suprema americana, nell'ammirata riflessione di Eduard Lambert dinanzi a "una nuova *Magna Charta* edificata pezzo per pezzo dai giudici per proteggere il libero gioco delle energie individuali dalle manifestazioni arbitrarie della sovranità popolare"<sup>30</sup>. Affermazione a cui si contrappone il radicale atto di accusa verso i "giudici sovrani" di Robert Bork: una "malattia americana" dovuta all'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità appartenente al popolo<sup>31</sup>. Quello che Lambert descrive come un processo virtuoso appare, cinquant'anni dopo, a Bork come un'imposizione inaccettabile, una "*coercing virtue*".

Tra Lambert e Bork vediamo delinearci una delle questioni irrisolte dello Stato diritto. L'esigenza di tutela dei diritti fondamentali induce i giudici a spingersi

<sup>28</sup> Traduco uno degli scritti più noti di R. Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, 1908- 8, p. 605.

<sup>29</sup> F. Schauer, "Judging in a Corner of the Law," *Southern California Law Review*, 1988-61, pp. 1717 e ss.

<sup>30</sup> E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1996, p. 38.

<sup>31</sup> Robert H. Bork, *Il Giudice sovrano. Coercing virtue*, trad. it., Liberilibri, Macerata, 2004, p.7.



dove il legislatore non arriva e, forse, non intende neppure arrivare. La supplenza all'inefficienza del legislatore dinanzi ai rapidi cambiamenti economici, sociali e tecnologici finisce, però, per elidere gli orizzonti della certezza del diritto e del principio di uguaglianza. La mancanza di limiti esterni (era già il timore di Hobbes che, giudicando il sovrano, il giudice divenga a sua volta sovrano) e di limiti interni tende a erodere progressivamente il senso originario delle prerogative della magistratura per cui l'indipendenza corre il rischio di divenire autogoverno, l'autogoverno autotutela, l'autotutela puro e semplice esercizio del potere, l'esercizio del potere privilegio. In questo modo l'assunzione di maggiori spazi di autonomia rispetto alla politica per tutelare i cittadini si capovolge in una pretesa di autonomia anche rispetto alla società, malgrado (se non contro) proprio quei cittadini che dovrebbero essere tutelati.

In tutti i regimi democratici emerge questa incompiutezza dei meccanismi costituzionali dinanzi al manifestarsi di un potere, pervasivo e condizionante, senza specifici e definiti contro-poteri. È stato definito il “problema dell'incommensurabilità”: “se non c'è alcuna base razionale per decidere in un senso nell'altro, allora il risultato sembra rappresentare una deviazione dal *rule of law*, favorendo un governo arbitrario dei giudici”<sup>32</sup>.

### 3. Il libero convincimento

Non c'è alcuna base razionale per decidere in un senso nell'altro? A mio avviso gli effetti di questa incommensurabilità dei processi interpretativi sono acuiti, nel nostro paese, dall'istituto del libero convincimento che pretende di mettere assieme rigorosità logica e insondabilità introspettiva, impersonalità dell'argomentazione e individualità delle convinzioni, rigorosità asettica (ribadita dalla segretezza su quanto avviene in Camera di consiglio) e insindacabilità delle scelte. Come si conciliano libero convincimento e divieto delle opinioni dissenzianti? Perché una così ampia autonomia di giudizio deve annullarsi nell'esito indifferenziato di una maggioranza senza volto?

Paradossalmente si esalta il libero convincimento, ma si ignorano le convinzioni, gli stati d'animo, le passioni che possono influire negativamente sulla decisione. In base all'art. 37, comma 1, lett. b, del c.p.p il giudice è ricusabile solo se ha condizionato il processo con atti specifici frutto di un'indebita manifestazione delle sue idee, ma è irrilevante se, nel corso del procedimento, ha evidenziato pregiudizi, emozioni, irritazione o insofferenza<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> T. Endicott, *Proporzionalità e incommensurabilità*, trad. it., in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 295.

<sup>33</sup> L. Lanza, “Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale”, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, p. 367. Già Tocqueville poneva il problema: “la giuria, che rappresenta la società, deve forse avere più poteri della società stessa di cui applica le leggi?” (*La democrazia in America*, II, trad.it., Utet, Torino, 1968, p. 297).

Si deve tener presente che il libero convincimento nasce in Inghilterra per tutelare l'autonomia delle giurie popolari e poi, come *intime conviction*, viene assunto per lo stesso scopo dalla Francia della rivoluzione con il Decreto dell'Assemblea costituente del 16-29 settembre 1791<sup>34</sup>. Quando questa suggestione di un sano sentimento popolare capace di percepire la giustizia oltre le norme<sup>35</sup> viene trasferita ai collegi giudicanti, composti anche da (o solo da) giudici togati e poi al singolo giudice togato l'istituto non può che snaturarsi. Da momento di apertura democratica diviene una possibile fonte di irresponsabilità del giudice nei confronti della società e della stessa organizzazione del sapere di cui si pretende custode. Ma un custode autonomo che non deve rendere conto né ai soggetti che giudica né ai suoi pari delle proprie "libere convinzioni". Convinzioni che però incidono sull'esistenza delle persone, sull'immagine dell'istituzione e sull'elaborazione giuridica. Il libero convincimento sembra quasi sussistere solo per ribadire che chi giudica è diverso dagli altri, perché la sua parola è legge fino al punto che non ne risponde alla legge. È per effetto dell'accettazione acritica di simili distorsioni che "la magistratura, da guardiana della legalità, è divenuta guardiana dei propri poteri"<sup>36</sup>?

Il libero convincimento è la formula magica che corrode la certezza del diritto e quindi l'uguaglianza dei cittadini e quindi la tutela delle libertà fondamentali. Rende inoltre estremamente labili le forme di controllo interno da parte dello stesso ordine giudiziario. Se i giudici valutano liberamente,

ossia fuori da un'aritmica precostituita... negli atti narrativi molto sfugge al razionabile; adesione e rifiuto dipendono da scelte emotive; supponendo una conclusione nel vuoto assoluto, senza interessi nemmeno inconsapevoli, il motivo determinante sale da micropercezioni empatiche: credo a qualcuno perché lo sento veridico. Simili fenomeni cadono nella sfera della fede<sup>37</sup>.

Un atto di fede nel giudice e nel suo operato che impedisce di scorgere quando l'attivismo giudiziario diventa protagonismo e quando il protagonismo diventa autarchia decisoria. Ci troviamo di fronte a una "china scivolosa" in cui l'esigenza di indipendenza accentua l'autonomia e questa autonomia determina quelle strategie autoreferenziali che, per riprendere la terminologia di Bourdieu, divengono un *habitus* i cui sviluppi ed effetti si consolidano nel tempo fino a sfuggire ad ogni controllo interno o esterno.

Il giudice dovrebbe essere tanto più libero nei propri processi decisionali quanto più è responsabile nei confronti dell'istituzione che rappresenta e della

<sup>34</sup> G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo, Bologna, 2018, p. 16 e ss.

<sup>35</sup> Significativamente il libero convincimento in Inghilterra è stato utilizzato per disapplicare le norme sui "*seditious libel*", salvaguardando la libertà di stampa (F. Ruggieri, "La circolazione di 'libero convincimento e giuria' all'epoca primo codice unitario: di un trapianto sbagliato, in *Criminalia* 2012. p. 213).

<sup>36</sup> S. Cassese, cit., p. 58.

<sup>37</sup> F. Cordero, cit., pp. 571-2

società. L’indipendenza non è fine a sé stessa, ma ha lo scopo di aumentare la tutela dei diritti fondamentali. La Raccomandazione 17.11.2010 n. 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa “sui giudici: indipendenza, efficacia, responsabilità” sembra affidare integralmente al Consiglio superiore della magistratura la custodia degli equilibri costituzionali. La Raccomandazione non si sofferma sulla qualità del giudice, se non per un ovvio<sup>38</sup> riferimento al merito come strumento per la selezione e la valutazione delle carriere, ma ricorda che

l’indipendenza esterna dei giudici non è una prerogativa o un privilegio accordati nel loro interesse personale ma nell’interesse dello Stato di diritto e di ogni persona che richieda e attenda una giustizia imparziale. L’indipendenza dei giudici deve essere considerata una garanzia di libertà, di rispetto dei diritti dell’uomo e dell’applicazione imparziale del diritto.

Nel disegno ideale di questa Raccomandazione, che è in fondo anche il disegno della nostra Costituzione<sup>39</sup>, la magistratura, come sistema autoreferenziale, dovrebbe garantire attraverso un “proprio” Consiglio l’efficienza del singolo giudice e l’equilibrato funzionamento del sistema. Un’efficienza legata all’autonomia che è il presupposto dell’indipendenza di un’istituzione che si auto-amministra ed auto-giudica. Il nostro modello giuridico ha finito, quindi, per assommare l’autonomia e l’indipendenza del singolo giudice, protetto dal libero convincimento e dalla stessa incommensurabilità dei processi interpretativi, all’autonomia e indipendenza dell’organo di controllo. Il controllato non è controllabile, il controllore non è controllabile.

Osservato dal punto di vista funzionale riscontriamo tutti gli elementi di un modello assolutamente auto-referenziale. Un sistema autoreferenziale non è detto che divenga corporativo. La giustizia digitale è autoreferenziale, ma non è corporativa e quindi non deve risolvere il problema di chi controlla il controllore. Al contrario la giustizia umana non può fare a meno di risolvere questo problema. Altrimenti andrà incontro a una degenerazione progressiva. Un raggruppamento corporativo è tanto più fedele a sé stesso quanto più rifiuta di riconoscere i propri difetti. Un processore logico riproporrà continuamente i propri errori, perpetuerà i propri *bias*, ma non è in condizione di opporsi alle correzioni. Un motivo in più per mettere a confronto i due sistemi.

Mi ha colpito il fatto che Canzio, nella breve riflessione che dedica all’indipendenza della magistratura, propone di risolvere il problema dal basso.

<sup>38</sup> Ovvio solo fino a un certo punto, se penso all’affermazione, nel “Dialogo con Stefano Folli”, di Luciano Violante secondo cui “non essendoci oggi in magistratura una carriera basata sul merito, il segno del successo di un magistrato deriva dall’aver una presenza sui media” (*Senza vendette. Ricostruire la fiducia tra magistrati, politici e cittadini*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 25).

<sup>39</sup> Anche se non dobbiamo dimenticare, ai tempi della presidenza Cossiga, l’acceso e non risolto dubbio sulla natura dei compiti del Consiglio: meramente amministrative o anche di indirizzo politico? Dubbi con evidenti riflessi sulla lettera evolutiva o estensiva della Costituzione (Cfr. P. Barile, *Il CSM e la Costituzione in Libertà, giustizia costituzione*, Cedam, Padova, 1993, pp. 132 e ss.)

Afferma che “laddove sembra destinato a crescere lo spazio del potere giudiziario... deve crescere proporzionalmente il perimetro della responsabilità del giudice”<sup>40</sup> in termini di imparzialità e terzietà; formazione professionale; cultura dell’organizzazione e dell’informazione; laboriosità e diligenza; ragionevolezza, proporzionalità, equità, trasparenza, chiarezza e comprensibilità del linguaggio delle decisioni; capacità di ascolto delle parti e di tutti i protagonisti della giurisdizione ed in particolare del difensore; rispetto della libertà e dignità delle persone; sobrietà, riserbo ed equilibrio anche nei rapporti con i media; rigorosa deontologia professionale; etica del limite e del dubbio. Se non capisco male, non è il sistema a dover garantire le condotte individuali, ma sono le condotte individuali a preservare l’efficienza del sistema. Sarebbe il “buon giudice” a giustificare l’esistenza del Consiglio superiore della magistratura e non il Consiglio superiore della magistratura a garantire buoni giudici.

Dove troviamo un giudice così rigoroso e capace? E chi verifica questa capacità? Ad esempio, mi ha colpito il correttissimo riferimento alla “capacità di ascolto delle parti e di tutti i protagonisti della giurisdizione ed in particolare del difensore”, perché è ormai prassi diffusa in molte aule giudiziarie la limitazione (spesso a poche decine di minuti) dei tempi concessi all’avvocato difensore e allo stesso imputato per esporre le proprie ragioni. Oltre a un’evidente limitazione del diritto di difesa, mi pare che questa prassi sia tanto il segno di una preoccupante indifferenza quanto un’evidente forma di arroganza per cui ogni magistrato può costruirsi la “sua” giurisdizione. Una “indipendenza al singolare”, come scrive Cassese, “grazie alla progressione per anzianità e ruoli aperti, all’assenza di veri sistemi di valutazione, a generosi scatti retributivi di tipo automatico”.<sup>41</sup>

L’art. 54 della Costituzione dispone che “i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore”. Non vi è funzione pubblica più delicata dell’esercizio della giustizia. Eppure, il libero convincimento è stato utilizzato proprio per ottenere l’effetto opposto. L’esigenza di individuare “strumenti di valutazione delle attitudini professionali del magistrato” venne esclusa perché avrebbe violato il principio del libero convincimento<sup>42</sup> e, quindi, l’autonomia e quindi l’indipendenza della magistratura. Se dovessimo interpretare l’art. 54 della Costituzione alla luce di questo assunto, dovremmo concludere che non è la virtù che giustifica la funzione, ma la funzione che produce la virtù. Tanto semplice: perché arrovellarsi con Solum? Anche l’esegesi dell’art. 101, comma II, della Costituzione finisce per essere distorta: “come una libertà *dalla* legge possa essere postulata da parole in cui sta scritto che il giudice (non ad altro, ma) *alla* legge deve essere soggetto, si pose da anni, per me, come un mistero”<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> C. Canzio, *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>41</sup> S. Cassese, *op. cit.*, p. 52.

<sup>42</sup> Osserva M. Nobili con riferimento alla questione esaminata dalla Corte costituzionale, sent. n. 74 del 1978 (“Storie d’una illustre formula: il ‘libero convincimento’ negli ultimi trent’anni”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 1-2, p. 73)

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 79.

In *Diritto e ragione* Ferrajoli afferma che il libero convincimento “ha finito per tramutarsi in un grossolano principio potestativo idoneo a legittimare l’arbitrio dei giudici”<sup>44</sup>. Il quadro complessivo che ci offre della situazione del garantismo penale nel nostro paese non è certamente edificante. E nei trent’anni che sono trascorsi da queste riflessioni, il decisionismo giudiziario si è dilatato per effetto di fattispecie sempre più vaghe e di processi interpretativi che, in particolare nella sfera penale, ricorrono ad un uso disinvolto dell’interpretazione estensiva, eludendo continuamente il divieto di tassatività delle fattispecie penali. Aumentando i margini di autonomia interpretativa, è cresciuta, di riflesso, l’espansione del potere giudiziario. È difficile determinare dove l’uno sia la conseguenza dell’altro e come entrambi questi fenomeni siano il frutto della perversa tendenza legislativa a moltiplicare le figure di reato e a rendere le fattispecie estremamente elastiche ed indeterminate. Se a tutto questo aggiungiamo che anche i diritti di difesa tendono ad essere progressivamente esautorati nelle fasi predibattimentali del giudizio con le distorsioni nell’impiego dell’avviso di garanzia, con la mancanza di autonomia di giudizio di Gip e Gup rispetto alle richieste dei pubblici ministeri, con la lentezza dei procedimenti, è difficile negare che lo Stato di diritto stia furtivamente naufragando verso lo Stato dei giudici, per ripetere il titolo del libro di Bernd Rüthers<sup>45</sup>.

Ci troviamo, quindi, di fronte a un’evidente crisi tanto del principio di stretta legalità quanto del principio di stretta giurisdizionalità. Anche in questo caso la crisi dell’una si ripercuote sull’altra con un effetto di moltiplicazione delle distorsioni perché all’origine c’è il feticcio dell’obbligatorietà dell’azione penale che dilata a dismisura i poteri di indagine, poteri sempre più pervasivi con le attuali tecnologie, e li affida a una figura ambigua come il nostro pubblico ministero, magistrato ma non giudice, poliziotto seppure magistrato:

i titolari della pubblica accusa, essendo l’iniziativa penale il momento maggiormente potestativo di tutta l’attività processuale: quello nel quale... il sapere è minore e maggiore il potere, se non altro perché in forza della presunzione di innocenza, il sapere si suppone ancora infondato<sup>46</sup>.

Nel denunciare questa carenza di legittimazione legale e razionale, e quindi garantista, del potere giudiziario Ferrajoli sostiene che si tratta di un limite strutturale dello Stato di diritto dinanzi al quale sono concepibili solo “dei correttivi, non dei riempitivi: il riferimento ai valori costituzionali, dai principi di libertà a quello della tutela dei soggetti più deboli; il principio del *favor rei* e il suo corollario *in dubio pro reo*; l’esposizione di tutte le attività giurisdizionali al controllo

<sup>44</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 118.

<sup>45</sup> B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, trad. it., Mucchi, Modena, 2018.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 556.

pubblico tramite la massima pubblicità e il costante esercizio, in sede scientifica e politica, della critica delle deviazioni giudiziarie<sup>47</sup>.

#### 4. Giudicare è una professione?

Questa conclusione accentua ulteriormente la carenza di una riflessione sulla “virtù”, sul modello ideale del “buon giudice” e sui limiti di sistemi di reclutamento e selezione che si fondano esclusivamente sulle presunte capacità tecniche. Trovo proprio in Ferrajoli una delle poche riflessioni dei nostri studiosi sull’esigenza di definire un quadro deontologico attraverso cui garantire quell’affermazione e tutela dei diritti che è affidata alla magistratura. Più che una sequela di principi, abbiamo la descrizione di un insieme di sensibilità. Le elenco: la consapevolezza del carattere “terribile” e “odioso” del potere giudiziario; la consapevolezza del carattere relativo e incerto della verità processuale e perciò di un margine irriducibile di illegittimità dell’esercizio della giurisdizione; il valore del dubbio e la consapevolezza della permanente possibilità dell’errore fattuale; la disponibilità all’ascolto delle opposte ragioni e l’indifferente ricerca del vero; la comprensione e la valutazione equitativa della singolarità di ciascun caso; il rispetto di tutte le parti in causa; la capacità di suscitare la fiducia delle parti, anche degli imputati; il valore della riservatezza del magistrato riguardo ai processi di cui è titolare; il rifiuto anche solo del sospetto di una strumentalizzazione politica della giurisdizione<sup>48</sup>.

Questa rinnovata attenzione per la deontologica, allo stesso modo del senso di responsabilità evocato da Canzio, suggerisce una rigenerazione della funzione giudiziaria attraverso l’impegno individuale, ma, nello stesso tempo, evidenzia come non vi sia una correlazione necessaria tra virtù e professionalità: l’una non è implicita nell’altra, perché ogni sistema, in quanto tale, tende a determinare la “propria” virtù entro i confini che definisce e gli obiettivi che si propone. Se il giudice gode di uno statuto esclusivo e privilegiato all’interno dell’apparato statale in forza del concorso che ha vinto e non per la sistematica verifica del livello di capacità e sensibilità morale che manifesta nella sua attività, diventa un burocrate tra gli altri.

L’*habitus*, su cui richiama la nostra attenzione Bourdieu, è il modo in cui l’individuo si integra con le esigenze e le condotte del sistema di cui fa parte; è il modo in cui il buon giudice si confonde con il buon burocrate: un tecnico efficiente. Un tecnico è efficiente, anche se, e forse proprio se, non si chiede quanto possa essere “terribile” e “odioso” il potere che esercita.

Lo dimostra l’istituto del libero convincimento che sembra fondarsi integralmente sulla fiducia nella virtù del giudice, ma finisce per ignorare proprio il problema della virtù quando quest’ultima è confusa con l’accertamento di una serie di nozioni verificate *a priori* una volta per tutte e indifferentemente valide per

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 557.

<sup>48</sup> L. Ferrajoli, “Nove massime di deontologia giudiziaria”, cit., pp. 76 e ss.

giudici e pubblici ministeri: un fatto tecnico, uno standard univoco e onnivale che spetta all’organizzazione autoreferenziale della funzione giudiziaria individuare e garantire.

Il libero convincimento dovrebbe inglobare la virtù perché il giudice è un professionista. Tuttavia, il giudice è un professionista perché, indipendentemente dalla virtù, ha meritato, per concorso, di svolgere una determinata funzione. In questo circolo vizioso “il metodo oggettivo che essi professano e che praticano nelle loro decisioni di ‘perfezionamento del diritto’, è un mezzo per fare apparire, traendo in inganno, le normazioni giudiziali come prodotto di una ‘interpretazione’ presuntamente scientifica.”<sup>49</sup>.

Anche se in termini diversi, le stesse perplessità sulla fittizia oggettività e neutralità del giudice tecnico vengono avanzate dal realismo giuridico americano perché il preteso tecnicismo impone l’accettazione di “*a certain ballast of mysterious technicality*” (“una zavorra di misteriosa tecnicità”)<sup>50</sup> attraverso cui, come nei racconti delle *Mille e una notte*, “*we wave aloft our scimitar and pronounce the talismanic word*” (“agitiamo la nostra scimitarra e pronunciamo parole magiche”)<sup>51</sup>.

Sono anche gli sviluppi storici a negare che l’arte del giudicare possa essere considerata una professione. La teoria della giustizia si è sviluppata in un mondo, quello greco, che non conosceva giudici di professione. Il mondo romano ha elevato il diritto a struttura sistematica di organizzazione della *res publica*, ma non ha mai pensato alla professionalizzazione del giudicare. L’applicazione delle norme, l’architettura dei rapporti tra le norme, l’individuazione delle norme attraverso i fatti, la capacità di operare una scelta corretta e di giustificarla razionalmente, l’attenzione per le ragioni delle parti in causa, la consapevolezza dei limiti del proprio operato: tutte queste cose sono nate e si sono sviluppate senza avvertire il bisogno di definire la figura professionale di colui a cui è affidato il giudizio. Julius Hermann von Kirchmann criticava il modello dei “giudici addottrinati”, attraverso l’osservazione, storicamente ineccepibile, che “intere nazioni hanno vissuto e sono diventate grandi senza giuristi di professione, senza artificiose costruzioni di leggi positive, specialmente per il diritto privato”<sup>52</sup>.

Persino l’esaltazione illuministica del ruolo della magistratura, come strumento fondamentale del primato della legge nei governi moderati, non si lega mai all’istituzione di un giudice professionista. Montesquieu rifiutava recisamente la professionalità di un “senato permanente”. A suo avviso “il potere giudiziario, così terribile tra gli uomini”, solo se non è “legato né a una determinata condizione né a una determinata professione, diviene, per così dire, invisibile e nullo”<sup>53</sup>. Se è stabile, si “stabilizza”, chiudendosi in sé stesso, incutendo timore in quanto potere e non in quanto esercizio della giustizia, tradendo l’ideale per cui “si teme la

<sup>49</sup> B. Rüthers, *op. cit.*, p. 91.

<sup>50</sup> R. Pound, “Mechanical Jurisprudence”, *cit.*, p. 607.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>53</sup> Ch. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, I, trad. it., Utet Torino, 1952, p. 278.

magistratura, e non i magistrati”<sup>54</sup>. Queste considerazioni sono intrinseche del pessimismo sociologico di Montesquieu: i meccanismi di dominio e sopraffazione sono, a suo avviso, il frutto del rafforzarsi dei legami sociali. Il potere di un gruppo di uomini su altri uomini genera potere e tende ad assolutizzarsi, divenendo arbitrario. Da qui la sua difficoltà nel delineare la magistratura come un potere e nel riuscire a individuare un contro-potere per limitarne l’azione: resta solo la suggestione di un rispetto incondizionato della lettera della legge attraverso la figura ideale ed eterea di un giudice “senz’anima”.

Robespierre probabilmente pensava anche a Montesquieu, quando asseriva che la procedura penale è lo strumento per controllare le debolezze e le passioni dei giudici che non sono angeli e, anzi, recano in sé stessi tutti i limiti della natura umana compresa l’ansia di potere.

Lungi dal considerare i magistrati come esseri astratti o impassibili, la cui esistenza privata si identifica con l’esistenza pubblica, il saggio legislatore sa che, di tutti gli uomini, sono questi che deve sorvegliare con maggior cura, perché l’arroganza del potere è lo scoglio più terribile della debolezza umana<sup>55</sup>.

Sono numerose le voci che si levano, nello stesso periodo e nello stesso clima culturale, a denunciare l’eventualità di una “dittatura senza pubblico rischio” (Lauzé di Peret), l’instaurarsi del “peggiore dei dispotismi” (Condorcet)<sup>56</sup>.

Voci inascoltate se nei sistemi di *Civil law* ha finito per affermarsi proprio l’idea opposta a quella manifestata da Montesquieu e Robespierre: un giudice stabile perché professionista e proprio per questo “la cui esistenza privata si identifica con l’esistenza pubblica” in forza di una serie di conoscenze tecniche accertate per concorso<sup>57</sup>. I sistemi di *Common law*, dove il tema della virtù del giudice trova almeno a livello teorico ancora un po’ di spazio, alterna invece vari modelli di selezione e reclutamento. La differenza si fa ancora più marcata se pensiamo che il nostro sistema rifiuta la divisione delle carriere per cui la fiducia mistica nel concorso, nello stesso concorso, si applica tanto alla funzione giudicante quanto alla funzione inquirente, malgrado siano strutturalmente diverse. In entrambi i casi il concorso non è la premessa di un processo di formazione e valutazione, ma, nelle linee essenziali, il suo epilogo. Un epilogo da cui deriva un percorso automatico di stabilità e indipendenza, reso intangibile dai meccanismi di autogoverno. È vero che sono previste sette valutazioni quadriennali dalla nomina

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> M. Robespierre, *Sull’organizzazione della giustizia penale, sulla necessità di una procedura scritta*, trad. it. parziale in Robespierre, *Dizionario delle idee*, Editori Riuniti, Roma, 1999, p. 57.

<sup>56</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 641 n. 5

<sup>57</sup> Sugli sviluppi storici rinvio a Raoul C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, trad.it., Giuffrè, Milano, 1991, pp. 114 e ss.



fino al ventottesimo anno di carriera, ma è noto come l'autogoverno renda tutto questo meramente teorico<sup>58</sup>.

In conclusione, non vi sono ostacoli al fatto che il professionismo divenga solo uno strumento per rafforzare lo *status* sociale del giudice, mentre l'indipendenza ne aumenta il potere. L'uno e l'altra si alimentano a vicenda, tracciando progressivamente una barriera con la società che è difficile abbattere: “esercitare la giustizia è ovviamente un potere, ma è anche un servizio, anzi il potere concesso per esercitare il servizio. Ma a volte il potere è scisso dal servizio e nasce la coreografia del potere, fatta di piccoli e grandi privilegi”<sup>59</sup>.

Dal punto di vista storico e culturale la professionalità svolge, quindi, un ruolo ambiguo. Da una parte resta ferma l'idea che l'esercizio della giustizia non sia una professione tra le altre, ma implichi qualità che impongono uno statuto privilegiato per garantire gli equilibri costituzionale e per la fondamentale tutela dei diritti. Per altro verso la professionalità costituisce, con sempre maggior evidenza, lo schermo dietro il quale si affermano tendenze corporative e chiusure burocratiche. Il problema resta irrisolto: il giudice non può essere considerato un burocrate per la particolarità e delicatezza dei compiti professionali che gli sono affidati, ma la particolarità e delicatezza di questi compiti viene invocata per escludere la valutazione della qualità delle funzioni svolte.

## 5. Umano, troppo umano.

È innegabile che il giudice professionista sia stato uno strumento rilevante nel diffondere e nel preservare, con il presupposto di una competenza capace di rispondere alle attese sociali e di sfuggire ad ogni forma di condizionamento (libero convincimento), l'ideale del *rule of law*. Ha segnato una svolta nell'ascoltare e tutelare le esigenze basilari della comunità, dando una veste istituzionale a quell'aspirazione alla *prudencia*, erede della *phronesis* greca, che non esige un sapere qualunque, ma

... un sapere volto alla soluzione di problemi concreti, problemi non di tipo *geometrico* (cioè *teoremi*), che esigono una soluzione e una soltanto, ma problemi di tipo relazionale, quelli che attivano controversie tra le persone, problemi che potrebbero avere anche diverse soluzioni, ma non tutte della stessa sottigliezza e non tutte parimenti capaci di farsi accettare dalle parti in lite tra loro<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Gli stessi magistrati vivono “...in modo ambivalente il rapporto con il circuito dell'autogoverno: da una parte, la diffusa sensazione della sua inefficacia; dall'altra, il timore di qualsiasi intromissione nelle modalità di esercizio della giurisdizione” (G. Zaccaro, “Valutazioni di professionalità dei magistrati: lacune del sistema e soluzioni”, in *Ordinamento*, 2017 1-2, <https://www.associazionemagistrati.it>).

<sup>59</sup> L. Violante, *op. cit.*, p. 133.

<sup>60</sup> F. D'Agostino, *Giurisprudenza*, in F. D'Agostino, Agata C. Amato Mangiameli (a cura di) *Cento e una voce di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 112.

Tuttavia, aveva anche ragione Montesquieu, perché, per ripetere le parole con cui Luhmann inizia uno dei suoi saggi sulle aggregazioni sociali, “le considerazioni che svolgeremo partono dal presupposto che i sistemi esistono”<sup>61</sup>. Professionalità e libero convincimento sono diventate, nella logica dei meccanismi sistemici, le strategie funzionali con cui la magistratura, guadagnata una crescente fiducia sociale, ha finito, con il tempo, per costituirsi come un modello autoreferenziale. Non si tratta originariamente di una scelta di potere, ma della conseguenza, quasi inevitabile, delle linee di tendenza della nostra società. Come aveva intuito Tocqueville, due secoli fa, “negli Stati Uniti non c’è questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria”<sup>62</sup>.

Oggi la denuncia di Tocqueville è divenuta un fenomeno che riguarda qualsiasi Stato democratico e costituzionale. La crescita delle attese sociali nella tutela dei diritti fondamentali, i rapidi mutamenti tecnologici, la lentezza e inefficienza dei sistemi legislativi, la transnazionalizzazione dei flussi giuridici, la prepotenza della criminalità organizzata, l’incremento della ricchezza con la crescita dei meccanismi speculativi e della tendenza alla corruzione, l’invadenza del mercato, hanno posto sulla magistratura un peso e una responsabilità che non ha precedenti nella storia. All’aumento di potere di intervento nelle sfere sociali imposto dall’esterno è corrisposto, in misura maggiore o minore nei vari paesi, un accentramento del potere all’interno e un progressivo isolamento per cui l’esercizio della giustizia appare ormai l’appannaggio di una “*intelligentia* poco numerosa e altamente specializzata”<sup>63</sup>.

Ancora una volta, l’analisi di Tocqueville illumina il presente e anticipa il futuro. Osserva che i “legisti” (noi li chiamiamo professionisti?) hanno assunto, da diversi secoli, un ruolo decisivo in tutti gli sviluppi cruciali della società, ora a servizio del potere ora come limite al potere, e, proprio per questo, “formano una specie di classe privilegiata”<sup>64</sup>. All’interno di questa classe privilegiata

il giudice è un legista che, indipendentemente dal gusto per l’ordine e per le regole che ha contratto nello studio del diritto, attinge all’amore per la stabilità nell’inamovibilità delle sue funzioni. Le sue cognizioni legali gli avevano già assicurato una posizione elevata tra i suoi simili; il suo potere politico finisce per collocarlo in una classe a parte e per dargli gli istinti dei ceti privilegiati<sup>65</sup>.

Il timore di Montesquieu sugli effetti perversi di una magistratura elevata a “senato stabile” trova conferma nell’analisi di Tocqueville. Possiamo negare, a distanza di qualche secolo, che avessero ragione entrambi?

<sup>61</sup> N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1990, p. 81

<sup>62</sup> A. de Tocqueville, *La democrazia in America* trad. it., in *Scritti politici*, Vol. II, Torino, UTET, 1981<sup>2</sup>, L. I, parte II, p. 318.

<sup>63</sup> Raoul C. Van Caenegem, cit., p. 137.

<sup>64</sup> A. de Tocqueville, cit, p. 311,

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 317.

In questo quadro cosa ci offre la giustizia digitale? Per ripetere le parole di Solum, serve a gettare una nuova luce su vecchi problemi.

Le nostre preoccupazioni riguardo il diritto dell'intelligenza artificiale potrebbero aiutarci a pensare alle prospettive del diritto umano. Le domande sulla legittimità e sulla giustizia sono profonde. Affrontare queste domande da una nuova angolazione potrebbe solo aiutarci a mettere in discussione vecchi presupposti e sviluppare nuove teorie<sup>66</sup>.

Come ho detto in precedenza, dovremmo innanzitutto mettere da parte il dualismo uomo/macchina per effettuare una comparazione tra i difetti di una corporazione, perché è innegabile la difficoltà nell'arginare il crescere delle tendenze corporative nella magistratura, e i limiti di un sistema digitale. Se quella dei giudici è sempre più la “loro” giustizia, potrebbe essere utile domandarci fino a che punto sia possibile correggere questa distorsione, incominciando ad affidarci a un sistema alternativo nell'ipotesi che riesca a recuperare la funzione essenziale di dirimere le controversie in maniera rapida e certa, senza alimentare i privilegi, le ambizioni e la ricerca del potere che sono propri delle organizzazioni umane.

Dinanzi agli evidenti limiti degli automatismi informatici, corriamo il rischio di ignorare gli altrettanto evidenti limiti delle nostre istituzioni, costruendo un'immagine astratta delle capacità umane. Tutte le attese più pressanti e le aspirazioni più intense riposte nell'ansia di giustizia si sono riversate sulla figura del giudice, rifiutando l'idea che fosse un burocrate tra gli altri. Satta, ad esempio, confessava di accettare con difficoltà la convinzione che quella giudiziaria fosse una funzione delegabile a un qualsiasi funzionario:

... e poi si comincia a scrivere, secondo l'antica certezza, che la giurisprudenza è una funzione dello Stato, la penna si arresta di colpo. Cos'è questa funzione? Che vuol dire? Ma sul serio si vuole ridurre a ‘funzione’ (e perdere il tempo a definire che cosa funzione significhi) questo supremo momento della vita giuridica, e più semplicemente della vita, in cui soggetto afferma l'ordinamento e l'ordinamento afferma sé stesso?<sup>67</sup>.

Anche l'articolata riflessione di Garapon e Lassègue sulla *Giustizia digitale* sembra insistere su questo “supremo momento”, proponendo una suggestiva riflessione sulla capacità, “propriamente umana che sfugge alle macchine”, di esprimere la *phronesis* aristotelica: quella saggezza pratica che si fonda sul senso del limite e sulla consapevolezza della fallibilità<sup>68</sup>. Un'aspirazione, aggiungo io, che il libero convincimento avrebbe voluto istituzionalizzare, ma che ha finito per

<sup>66</sup> “Our concerns about artificially intelligent law might help us to think about the design of human law. Questions about legitimacy and justice are deep. Approaching these questions from a new angle just might help us to question old assumptions and develop novel theories” Lawrence B. Solum, “Artificially Intelligent Law” in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 62

<sup>67</sup> S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, p. 156.

<sup>68</sup> A. Garapon, J. Lassègue, *op. cit.*, p. 275.

tradire. Un impegno etico che la professionalità avrebbe dovuto garantire, ma che ha eluso dietro la formalità dei meccanismi concorsuali e la rigidità della stabilità e delle progressioni automatiche di carriera.

Se dobbiamo mettere da parte l'ideale del buon giudice, per affidarci alla mistica del concorso e alle capacità tecniche di un burocrate, ci sono sempre meno motivi per rifiutare la rigorousità matematica di un algoritmo. Ha ragione Floridi, "una lavastoviglie non pulisce i piatti come lo facciamo noi, ma alla fine del processo i suoi piatti puliti sono indistinguibili dai nostri, anzi possono essere anche più puliti (efficacia) e, utilizzando meno risorse (efficienza). Lo stesso vale per l'IA"<sup>69</sup>. Per tutte le applicazioni dell'IA? Non credo che il diritto, e al suo interno l'esercizio della giurisdizione, sia un orizzonte particolare fino al punto da rifiutare, *a priori*, la suggestione di un "giudice-robot".

L'impulso costituito dall'alternativa digitale potrebbe determinare un ripensamento complessivo della situazione che abbiamo davanti agli occhi, imponendo una radicale riflessione su quanto l'ideale di un esercizio della giustizia garantito dalla saggezza umana sia sempre più lontano dalla realtà. Un sistema digitale "scansiona" dati senza comprendere e decide senza giudicare? Siamo sicuri della sensibilità dei nostri giudici e della ponderazione dei loro giudizi? Non ne erano molto sicuri Hugo, Stevenson, Galsworthy e abbiamo molti dubbi, un paio di secoli dopo, anche noi.

È vero: gli algoritmi della giustizia digitale registrano e non "ascoltano"; sono abili nelle riconessioni sintattiche, ma indifferenti alle sottigliezze semantiche; non sono in grado di immedesimarsi nella condizione umana; sono affetti dai *bias*, dai pregiudizi di programmatori ignoti; non sono trasparenti, perché la tecnologia di cui disponiamo non ci consente spesso di comprendere come si producano determinati effetti (*black box effects*).

Dobbiamo, però, domandarci se il libero convincimento sia meno imperscrutabile e se siamo in grado di escludere che molte sentenze e azioni penali siano esenti da pregiudizi. Come mai ci interroghiamo sulle ragioni e sui riflessi del "populismo giudiziario"<sup>70</sup>? A tutto questo e alla strutturale incommensurabilità dei processi interpretativi è necessario aggiungere, come insegna Luhmann, il fatto che anche i sistemi sociali producono *black box effects*: "sviluppano forme di accesso alla complessità che non sono accessibili all'analisi delle simulazioni scientifiche"<sup>71</sup>. Sono effetti imprevisti (*black box?*) determinati dall'inaffidabilità della natura umana: la politicizzazione della magistratura, una concezione proprietaria delle funzioni che si è chiamati a svolgere, la lentezza dei processi, l'abuso degli strumenti processuali (dalla custodia cautelare alle intercettazioni telefoniche e ambientali), l'ansia di visibilità (dal protagonismo alla continua violazione del segreto istruttorio), lo strapotere delle procure.

<sup>69</sup> L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, trad.it., Raffaello Cortina, Milano, 2022, p. 52.

<sup>70</sup> G. Fiandaca, "Populismo politico e populismo giudiziario", in *Criminalia*, 2013, 1-2, pp. 95 e ss.

<sup>71</sup> N. Luhmann, *op. cit.*, p. 83.

Il giudice digitale sarà sempre lontano dal “buon giudice, se pensiamo idealisticamente che la sentenza sia il nesso “con il quale l’ordinamento si salda con la vita e si realizza come vita”<sup>72</sup>. L’esperienza, tuttavia, ci pone di fronte a una realtà ben diversa in cui emergono spesso i difetti, piuttosto che i pregi, delle azioni umane. La ripetitività burocratica favorisce l’indifferenza e l’irresponsabilità alimenta l’autoreferenza. Gli attuali assetti della nostra magistratura non sembrano, inoltre, ricercare la virtù e neppure presupporla. Per questo non dobbiamo rifiutare l’ipotesi di una giustizia affidata, almeno in parte, agli algoritmi.

Dobbiamo liberarci dal pregiudizio “antropocentrico” per cui immaginiamo un mondo di macchine che agiscono e pensano come noi. Si tratta di entità artificiali assolutamente diverse dal nostro sistema nervoso e tuttavia preordinate a partecipare a dinamiche “affettive” con esseri umani in base a modelli estremamente complessi di riconnessione dei dati a cui dovranno essere incorporati codici etici da elaborare e affinare nel tempo. “La coevoluzione di umani ed effettivi robot sociali includerà necessariamente una dimensione di invenzione, di innovazione e di ‘scoperta’ etiche”<sup>73</sup>.

È un mondo nuovo e tutto da scoprire quello che si prospetta. Prima di domandarci quanto sarà perfetto, limitiamoci a prendere atto di quanto è imperfetta l’organizzazione istituzionale che abbiamo di fronte.

Un algoritmo ben progettato e adeguatamente perfezionato potrebbe quantomeno eliminare la parzialità sistematica e gli errori casuali. Non si possono cambiare tutti i giudici, soprattutto se sono loro i primi a non saper spiegare come sono giunti a una data decisione<sup>74</sup>.

È stata una svolta tecnica, l’invenzione della stampa, a rafforzare la professionalità dei giudici, determinando l’obbligo di motivazione delle sentenze e il rispetto dei precedenti. Non era quanto aveva in mente Gutenberg... Un’altra svolta tecnica, la giustizia digitale, potrebbe aiutarci<sup>75</sup> a ripensare senza false idealizzazioni le condizioni dell’attuale esercizio della giustizia. Non so quale sarà il futuro, ma non sono particolarmente soddisfatto del presente<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> G. Capograssi, “Il quid jus e il quid iuris in una recente sentenza”, *Rivista di diritto processuale*, 1948-I, p. 61.

<sup>73</sup> P. Dumouchel, L. Damiano, *Vivere con i robot. Saggio sull’empatia artificiale*, trad. it., Milano Raffaello Cortina, 2019, p. 196.

<sup>74</sup> H. Fry, *Hello World. Essere umani nell’era delle macchine*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2019, p. 79.

<sup>75</sup> Cfr. 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*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 305 e ss.

<sup>76</sup> Se dobbiamo credere alle statistiche ogni giorno tre persone finiscono in cella da innocenti: 30 mila persone in 30 anni; 46 milioni di euro spesi in indennizzi. Quanta sofferenza si cela in ognuno di questi dati?