

MECCANIZZARE IL GIUDIZIO PER CONSEGUIRE CERTEZZA DEL DIRITTO.

Considerazioni intorno alla possibilità di percorrere tale itinerario

1. Riproposizione di alcune note riflessioni sulla certezza del diritto.

Sessant'anni or sono, nell'estate del 1942, uscivano dalla Tipografia Consorzio Nazionale in Roma, le copie (in vero poche) di un volume destinato, come si suol dire, a fare epoca. Ci riferiamo allo studio di Flavio Lopez de Oñate su La certezza del diritto .

L'Autore, come ebbe a dire il suo Maestro, Giuseppe Capograssi, in un commosso Ricordo , sceglie, a fronte della profonda crisi che permea la società Occidentale, "la certezza del diritto, il diritto come certezza [...] come centro al quale si raccolgono tutte le file dei fenomeni, dei fatti e delle idee, che rendono così problematica l'esperienza giuridica contemporanea, e come punto di prospettiva dal quale mettersi per vedere l'unità di questa esperienza".

Espressione di una più generale crisi epocale, la crisi del diritto, per Lopez de Oñate, che riprende il pensiero di Calamandrei , si sostanzia nell'affievolirsi del diritto soggettivo ridotto a interesse occasionalmente protetto, nell'ampliamento del diritto amministrativo a tutto svantaggio del diritto civile, nell'assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nel processo amministrativo, nell'aumento della discrezionalità del giudice, nell'annebbiamento dei confini fra diritto privato e diritto pubblico e fra diritto sostanziale e diritto processuale, nel crescente discredito della codificazione, sostanziantesi nella riduzione della legge generale ed astratta al diritto del caso per caso .

Egli riconosce che "l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma [...] mirano [...] a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà [...] La legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere: proprio in questo si realizza il beneficio che è reso possibile dalla sua certezza" . In tale prospettiva, il riaffermarsi della certezza del diritto si accompagna con la riscoperta della obbiettività della legge.

La riflessione di Lopez de Oñate non si incanala però lungo itinerari legalistici; la legge deve trascendere la società perché deve corrispondere ad un ideale di ragione obbiettiva, il solo che, per l'Autore, renda possibile la certezza come specificità etica del diritto, ovvero la certezza come giustizia e non quale pedissequo adeguamento dell'azione alla mera disposizione normativa.

L'Autore, infatti, rileva: "è stato detto acutamente che nella certezza del diritto è la sua equità, ed è intuizione della quale va tenuto conto; ma veramente nella certezza del diritto è da riscontrarsi piuttosto la sua tecnicità, cioè la sua rispondenza al fine, cioè ancora il mezzo per piegare l'azione a presentarsi nella sua universalità e nella sua verità. Si potrebbe aggiungere, accogliendo e svolgendo qualche intuizione di illustri giuristi, che il diritto è la verità sociale dell'azione, nella certezza che la verità presenta. La pretesa antinomia tra legalità ed equità trova qui finalmente la sua soluzione; proprio per la natura del diritto speculativamente identificata, la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida ed astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specificità etica del diritto" .

Appare palese come l'ancorarsi da parte di Lopez del Oñate al principio di legalità non tenda assolutamente a rappresentare la legge come esaustiva dell'esperienza giuridica, rappresenti, piuttosto, una solida base di partenza per il costituirsi ed il dispiegarsi di questa nella (e dalla) realtà, riconoscendo perciò il concretizzarsi dell'esperienza giuridica nel momento della valutazione dell'azione. L'obbiettivo non è, quindi, ricondurre acriticamente l'azione alla legge, bensì offrire all'agire umano una certezza, che ritrovi anche nella legge un proprio riferimento. Non è perciò la certezza della legge il punto d'approdo della riflessione di Lopez de Oñate, infatti, egli afferma: "la certezza del diritto è invece la certezza dell'azione, poiché è la garanzia dell'azione" .

Tralasciamo in questa sede l'analisi di tale intuizione, che ritrova specificazioni in altri e successivi contributi della scuola capograssiana, si pensi allo studio di Luigi Caiani, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica , per riconoscere come le intuizioni critiche (la pars destruens) raccolte da Lopez de Oñate nel 1942, ritrovino validità a distanza di decenni in un altro e fondamentale scritto intorno al problema della certezza del diritto.

Qui il riferimento è al celeberrimo studio di Natalino Irti su L'età della decodificazione, apparso sul finire degli anni Settanta, prima sulla rivista "Diritto e Società" e successivamente in volume monografico .

Il felice titolo del volume, a mio avviso, estrinseca una scelta tematica, più che cronologica, nell'affrontare la spinosa questione del modificarsi delle forme di vita del diritto, le cui ripercussioni si fanno pesantemente sentire sull'esperienza giuridica contemporanea. Un'età della decodificazione che l'Autore tende a confrontare e contrapporre all'età della codificazione, quasi che nel divenire storico le esigenze, le aspettative, gli ideali, le ideologie, prendendo a prestito da Giovanni Tarello l'espressione, che hanno accompagnato il lungo e faticoso processo di codificazione del diritto, siano venuti meno e con questi si dissolvano i miti che la codificazione, con il concorso della dea ragione, aveva creato (immutabilità del diritto positivo, la sua certezza, la completezza, la coerenza e l'unitarietà dell'ordinamento giuridico).

La decodificazione va, quindi, intesa come una graduale incrinatura, che sfocia nello smantellamento, dell'apparato mitologico (comprensivo della sua accezione ideologica), che aveva accompagnato il processo di codificazione. Una reazione che si palesa e su afferma per tramite di provvedimenti tecnici, che minano il corpo del diritto codificato. Il mondo della sicurezza si frantuma, come un quarantennio prima aveva denunciato Lopez de Oñate , a fronte dell'apparire delle leggi speciali, delle norme di scopo, sia nella veste di leggi di conferimento, che in quella di leggi incentivo .

Tramonta, a detta di Irti, nel mondo giuridico quella sorta di ideologia tolemaica, che riconosceva nel Codice Civile il proprio indiscusso fulcro; si afferma un sistema policentrico, frutto di una società pulviscolare, "che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche [...] La certezza delle leggi, sotto la cui tutela si rifugiano i gruppi, esige il costo della certezza della legge".

Permane, per Irti, una sorta di certezza costituzionale; "l'unica certezza possibile in una società frantumata ed in uno Stato scosso da violente trasformazioni. La certezza di ieri era fondata su ciò che la norma diceva; la certezza di oggi, su ciò che la norma ordinaria non può dire (per il controllo di legittimità costituzionale) o deve dire (in adempimento di obblighi, imposti dalle norme costituzionali agli organi legislativi)". In definitiva, l'unità del sistema è garantita formalmente dal carattere rigido della Costituzione ma sostanzialmente dalla capacità della classe politica di prevenire quei particolarismi e di rifiutare quei privilegi, che spezzerebbero il precario equilibrio sociale, aprendo, in tal modo, la via alla sfrenata conflittualità. "La certezza non deriva più dalla stabilità delle norme e dalla centralità del codice civile, ma dal carattere rigido della Costituzione e dall'impegno sistematico degli interpreti. Soltanto questi due fattori possono ricondurre le norme speciali - e le spinte corporative e gli interessi dei gruppi e le minute esigenze di categorie, che vi si esprimono - in un disegno unitario, in una pluralità di nuclei legislativi organicamente composti".

Natalino Irti descrive una realtà, la cui evoluzione era stata pronosticata quattro decenni prima da Flavio Lopez de Oñate. Per Irti l'incertezza del diritto assume, per così dire, carattere fisiologico e investe il fulcro stesso dell'esperienza giuridica, il giudizio, per tramite di attività interpretativa non più legata, come certa tradizione positivista vorrebbe, alla ratio generale comune del sistema giuridico, ma al veicolare, anche tramite l'ordinamento giuridico, di interessi di parte.

La costante denuncia del pericolo dell'insinuarsi dell'arbitrio nella vita del diritto, comune sia alla riflessione di Lopez de Oñate, che a quella di Irti, i quali però nell'abbozzare una risoluzione al problema divergono profondamente, ritrova puntuale comparsa in un recentissimo scritto in materia di informatica giuridica.

2. Informatica giuridica e certezza del diritto.

Nel 1997 appare sull'Aggiornamento della Enciclopedia del diritto la voce, redatta da Renato Borruso, Informatica giuridica. In questo scritto, l'Autore raccoglie l'eco proveniente dal dibattito sulla certezza del diritto, con particolare riguardo alla certezza in ambito processuale. Infatti, egli scrive: "il nostro ordinamento non è più a dimensione d'uomo. E tende ad esserlo sempre meno in futuro, anche per il notevole aumento sia delle fonti normative [...] sia per le materie oggi da disciplinare e prime inesistenti". L'ipertrofia legislativa e la conseguente oggettiva non conoscibilità del vastissimo corpus legislativo fanno osservare che "la certezza del diritto, essenziale perché si abbia uno Stato di diritto, risulta in tal modo gravemente compromessa".

La diagnosi di Borruso sullo stato di crisi del diritto si spinge ben al di là delle ragioni che hanno indotto, come egli sottolinea, la Corte Costituzionale ad intervenire con la sentenza n. 364 del marzo 1988. La crisi, acuita da deficienza nelle tecniche di redazione della disposizione normativa, è talmente vasta che "non solo la certezza del diritto, ma la stessa parità di trattamento di coloro che versano in una stessa situazione, cioè un ideale irrinunciabile della giustizia, sarebbe compromessa da una libera interpretazione delle norme da parte di ciascun magistrato".

A fronte di questa apocalittica descrizione (sovrapporsi caotico di fonti, incessante e contraddittorio incalzare di disposizioni inficiate, al loro stesso interno, da fallacie linguistiche, incontrollabilità e, quindi, imprevedibilità del giudizio), la proposta avanzata dall'Autore, per ricondurre l'alluvione dell'arbitrio all'alveo tracciato dal diritto, passa per l'utilizzo del sistema informatico, ovvero ponendo come centrale, nel processo di inversione, dal caos all'ordine giuridico, la computer's science.

L'informatica giuridica, per Borruso, può offrire soluzioni definitive ad almeno tre delle più impellenti questioni del mondo del diritto.

Per un verso, nella sua veste di informatica documentaria, permette di raccogliere ed organizzare il materiale giuridico in banche dati (archivi elettronici) di immediata consultazione. Una disponibilità su larga scala del dato giuridico (leggi, regolamenti, circolari, precedenti e così via), come già ebbe a sottolineare negli anni Settanta Spiros Simitis, risolverebbe in gran parte una crisi dell'informazione giuridica, che lede profondamente la certezza del diritto ed il principio di legalità.

Per altro, l'informatica offrirebbe uno stimolo alla normalizzazione ed alla formalizzazione del linguaggio giuridico; le disposizioni normative, al fine di purificarle da ogni ambiguità e vaghezza proprie al linguaggio naturale, andrebbero perciò formulate (e riformulate) avuto riguardo alla logica proposizionale. Tale intervento di purificazione deve condurre alla formazione della cosiddetta legge-algoritmo.

Infatti, "la procedura necessaria per trasformare una legge in algoritmo va sotto il nome di normalizzazione del suo testo. L'algoritmizzazione delle norme potrebbe anche definirsi come assiomatizzazione delle medesime, consistente nella traduzione delle proposizioni del discorso normativo dal linguaggio naturale (quasi sempre vago, ambiguo, indeterminato, impreciso) in un insieme finito di enunciati ben precisi, privo di lacune, di contraddizioni, di sovrapposizioni: in altri termini in un sistema deduttivo completo e coerente, il complesso della cui regole costituisce la cosiddetta logica formale".

Al fine di meglio comprendere la portata della proposta riproduciamo la definizione di algoritmo offerta da Borruso: "lo sviluppo di regole generali, astratte, formulabili ex ante, analitiche, inequivoche, complete, la cui applicazione letterale porta chiunque (anche il più sprovveduto, quindi anche una macchina) infallibilmente al risultato esatto". A tale

proposito l'Autore sottolinea: "la definizione dell'algoritmo non coincide con la definizione possibile della legge? Non è forse anche la legge un complesso di regole generali e astratte, formulabili ex ante?" .

Se tutto ciò corrispondesse alla realtà giuridica, terzo fondamentale apporto dell'informatica al problema della certezza del diritto, allora sarebbe possibile applicare automaticamente la legge.

Appare, quindi, chiarissima la proposta relativa alla possibilità di utilizzare sistemi esperti nella risoluzione di casi giudiziari anche se, è bene affermarlo, l'utilizzo della cibernetica in ambito giurisprudenziale non si spinge, nello scritto in questione, sino alla teorizzazione della totale fungibilità del giudice (umano) con il sistema esperto .

Ciò non di meno, "l'uso del computer può essere prezioso al magistrato di merito [...] per una finalità della massima importanza, ma di cui sembra non essersi presa chiara coscienza: quando, cioè, gli si chiede non solo di accertare i fatti, ma anche di compiere determinazioni quantitative discrezionali (quali, ad esempio, la misura della pena da irrogare in concreto o del risarcimento dei danni)" .

In definitiva, le decisioni giurisprudenziali potrebbero venire catalogate e raffrontate per mezzo di tecniche giurimetriche, si da offrire una casistica sulla quale il giudice di merito potrebbe basare la sua decisione. Attenendosi a questi parametri, scientificamente determinati, si potrebbe "costituire una più sicura garanzia di una giustizia concretamente uguale per tutti" .

L'utilizzo di questo procedimento determinerebbe un duplice vantaggio; per un verso, offrirebbe "al giudice stesso la possibilità di conoscere, per ogni quantificazione che effettua, a che "quota sta volando rispetto alla media"" per altro, consentirebbe "a chi abbia una controversia la possibilità di prevedere il quantum presumibile della condanna. E tale prevedibilità potrebbe far diminuire di gran lunga il numero delle cause" .

3. Incontro fra nuove tecnologie e vecchie geometrie.

Le argomentazioni di Borruso, innovative in quanto legate alla possibilità di utilizzo di uno strumento la cui comparsa è relativamente recente, non rappresentano, al di là dell'apparente sconcerto (del resto previsto dallo stesso Autore), una cesura con certa tradizione giuridico-politica di stampo geometrico, più precisamente di sapore prettamente hobbesiano. Per inciso, va rilevato come Hobbes non venga richiamato da Borruso nei suoi lavori. Ciò non di meno, la prospettiva solcata da Hobbes nel Diciassettesimo secolo è indubbiamente protesa verso la calcolabilità delle conseguenze di una azione.

Nella speculazione hobbesiana certo è il risultato di un'operazione matematica; l'aspirazione dello scienziato giuridico è di potere operare sulla società politica allo stesso modo in cui il geometra opera sul piano geometrico.

Celeberrima ed esemplificativa dell'impostazione del problema in chiave geometrica, è la perorazione contenuta nel De Cive: "se si conoscessero con uguale certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere poggia sulle false opinioni del volgo, intorno al giusto e all'ingiusto, e la razza umana goderebbe di una pace così costante, che non sembrerebbe di dover mai più combattere"

L'aspirazione di Hobbes non può ritrovare seguito nella sua teoria politica e giuridica, che non rappresenta il giudice quale strumento di calcolo; l'Autore ripiega verso la teorizzazione della assoluta sovranità di Leviathan, il quale rende il suddito proprio strumento.

Che tale costruzione sia, per l'appunto, un ripiego, un succedaneo al dispiegarsi della perfezione geometrica nell'ambito politico e giuridico, appare indubbio nel capitolo diciottesimo del Leviathan, ove leggiamo: "lo stato dell'uomo non può mai essere del tutto assente da qualche modestia, e che la più grande che possa per avventura capitare al popolo in generale, in qualsiasi forma di governo, è pressoché impercettibile in confronto alle miserie e alle spaventose calamità che sono retaggio di una guerra civile". Il sovrano si palesa come il male minore o male necessario da sopportare a fronte dei pericoli della guerra civile. L'ideale sarebbe il calcolo geometrico, ma ciò non è dato.

Sembrerebbe che l'avvento del calcolatore riesca a risolvere il dilemma che angoschia l'animale politico post-aristotelico: irrazionalità, ovvero arbitrio incontrollato, versus sovranità, ovvero arbitrio prevedibile.

Il calcolatore viene, infatti, presentato come strumento dotato di razionalità; se sapientemente utilizzato può produrre, anche nell'ambito giuridico-politico, quel risultato oggettivo, a cui la mente umana difficilmente potrebbe giungere, non riuscendo a scindere il proprio vissuto (le passioni, di cui al capitolo sesto del Leviathan) dal caso contingente, tanto da poter sospettare, sempre e comunque, una mancanza fisiologica di obbiettività nel suo operato. Per di più questo risultato oggettivo potrà venire raggiunto senza che la comunità politica debba sacrificare la libertà alla (prevedibilità della) sovranità, operazione che invece puntualmente avviene nella costruzione hobbesiana.

Così G. W. Leibniz, nello studio Sulla scienza universale o calcolo filosofico, ci esemplifica il procedimento: "quando sorgeranno delle controversie, non vi sarà maggior bisogno di discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che essi prendano la penna in mano, si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente (chiamando se loro piace un amico): calcoliamo".

L'infallibilità del metodo di calcolo deriva dalla totale assenza di processi mentali intuitivi, quindi, da una procedura puramente meccanica; il calcolo algoritmico, a cui si fa riferimento, è espressione della pura razionalità. Infatti, tutto ciò che non è esprimibile in modelli deduttivi, non è cioè algoritmizzabile, non fa parte del calcolabile, perciò è ascrivibile al campo dell'irrazionale o alle forme della razionalità intuitiva; manifestazioni del pensiero non controllabili oggettivamente, proprio perché non calcolabili.

Il punto centrale della proposta di Borruso, che ritrova, come accennato, le proprie radici nello sviluppo del pensiero politico e giuridico moderno, riguarda, quindi, la possibilità di trasformare la legge in un algoritmo e di utilizzarla per mezzo di un procedimento riconducibile alla razionalità deduttiva.

Scrive, infatti, Borruso: "non potrebbe il legislatore egli stesso a provvedere a formulare la legge (specie quelle destinate a regolare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini) sotto forma di software applicativo della medesima, come se fosse un Sistema Esperto Legale, eliminando, così, non solo qualsiasi incertezza di interpretazione, ma l'interpretazione stessa come operazione intellettiva a sé stante? [...] Se questa è la ratio che è alla base della tripartizione dei poteri, allora si può concludere che essa rimane valida solo per quanto concerne l'accertamento dei fatti (presupposto dell'applicazione della legge), ma non per la sua interpretazione e applicazione in quanto, una volta sigillato il software contenente la legge e affidatane l'applicazione al computer, la sua imparzialità darebbe assicurata".

Anche questa ulteriore specificazione di Borruso ritrova ampia conferma nel pensiero moderno, basti qui richiamare l'illuminismo giuridico, cosa puntualmente fatta dal nostro Autore.

"In ogni delitto di deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la strada all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni", così Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, IV.

La via per raggiungere l'obbiettivo della certezza del diritto (nonché per definire il suo significato) è chiaramente indicata: l'unica condizione tecnica che deve realizzarsi al fine di una applicazione automatica della legge è la sua rappresentazione algoritmica; il testo normativo deve palesarsi come un algoritmo, ovvero, come già richiamato, deve essere definito come un insieme ordinato ed in sequenza di tutte le regole precise inequivocabili analitiche generali e astratte. Le regole devono venire formulate ex ante, prima, dunque, del sorgere della concreta questione da risolvere e senza alcun riferimento a questa; la loro scrupolosa e letterale applicazione le pone infallibilmente in grado di conseguire il risultato voluto.

4. Un interrogativo.

La legge può nel ambito dell'esperienza giuridica essere definita e proposta quale algoritmo?

5. Una risposta calcata sul Codice Civile.

Al fine di offrire una risposta alla questione si seguirà un itinerario strettamente ancorato alla legge. In proposito, avuto riguardo alla centralità dell'interpretazione della disposizione rispetto alla certezza del diritto, esigenza, sia pur con diverse sfumature condivisa da tutti gli Autori sopra richiamati, appare lecito prendere la mosse dalla Interpretazione della legge. Più specificatamente, l'attenzione è stata attratta, non tanto dall'articolo 12 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, quanto dalle disposizioni contenute nel Capo IV, Titolo II, Libro IV del Codice Civile, Dell'interpretazione del contratto. La ragione tale scelta è presto detta; ci viene infatti con autorevolezza suggerito come "le disposizioni in oggetto sono rivolte essenzialmente agli organi dell'applicazione e specialmente ai giudici del processo civile", appaiono, quindi, "regole per la soluzione di conflitti interpretativi", che indirizzano l'autorità competente nel dirimere una controversia.

Or bene, il primo comma dell'articolo 1362 del Codice Civile, come noto, recita: "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole".

Preme porre in luce il fatto che, per usare a fini esemplificativi la seguente terminologia, il documento, il testo letterale, che potrebbe senza dubbio venire reso il termini di "legge-algoritmo", come auspicherebbe Borruso, rappresenta un aspetto dell'esperienza giuridica costitutiva quel contratto. Detto in altri termini, il testo (la regola scritta) costituisce soltanto un frammento del contratto, del momento regolativo dello stesso; è una parte da sommare ad altri elementi, codicisticamente rilevanti, al fine di poter riconoscere il contratto fra le volontà costituenti l'accordo.

L'esperienza contrattuale non si esaurisce nella istituzionalizzazione formale dell'accordo fra le parti. A questa si somma, come indicato all'articolo 1362, "la comune intenzione delle parti", la cui indagine, come riconosce la Cassazione, "non può trovare ostacolo nella lettera del contratto [...] e [...] non può essere mantenuta entro limiti strettamente formali". Importante rilevare come "la comune intenzione delle parti" si possa riconoscere anche attraverso la valutazione del "loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". In tale contesto, l'analisi dell'azione, la regolarità del comportamento delle parti, permette di cogliere la loro reale intenzione non necessariamente racchiusa (ex ante) nel documento; infatti, per la Cassazione, anche quando il suo "significato appare univoco secondo le regole del linguaggio corrente, egli [il giudice] può discostarsi da esso ed attribuire all'autore o agli autori del negozio una volontà diversa da quella risultante dalle parole adoperate solo se individua ed indica le ragioni per le quali l'autore o gli autori del negozio, pure essendosi espressi in un dato senso, abbiano in realtà voluto manifestare una volontà diversa".

Quindi, è rispetto al comportamento delle parti e non solo in riguardo a ciò che hanno formalizzato, che si determina la loro intenzione, ciò che è fra loro istituito e che, ai sensi dell'articolo 1372 del Codice Civile, "ha forza di legge".

Se ciò può essere sostenuto, "la legge fra le parti", ovvero la norma che informa il loro rapporto, non è cristallizzata in un accordo formale, va piuttosto individuata attraverso il giudizio sul rapporto fra regola e regolarità.

In questo modo, quel giudizio diviene parte integrante della norma di quel contatto e si evidenzia, quindi, come il terzo elemento costitutivo l'esperienza giuridica contrattuale.

Soltanto uno dei tre elementi, la regola, è predefinito e, quindi, potrebbe venire reso sotto forma di algoritmo; gli due elementi, la regolarità ed il giudizio, pur essendo definiti non possono venire predeterminati.

La condotta delle parti non è allora l'esecuzione meccanica di un insieme di istruzioni precedentemente date, non è, insomma, come potrebbe apparire in una prospettiva cibernetizzante dell'esperienza giuridica, la automatica conseguenza della regola. Né il giudizio sulle relazioni fra regola e comportamento può avvenire senza interpretazione, ovvero, meccanicamente nei termini della logica deduttiva. Ancora la Cassazione : "il principio in claris non fit interpretatio non è compreso fra i criteri di interpretazione dei contratti accolti dal codice vigente, che invece è attribuito al giudice il potere-dovere di stabilire se la comune intenzione delle parti risulti in modo certo ed immediato dalla dizione letterale del contratto o se occorra accertarla mediante indagine basata sulle regole stabilite dagli articoli 1362-1371".

In tale prospettiva, il giudizio non si sviluppa esclusivamente intorno alla constatazione o meno dell'adeguamento del comportamento alla regola, come vorrebbero certe pretese algoritmizzatrici. Se così fosse la regola, per un verso, informerebbe la realtà offrendo un giudizio aprioristico sulla stessa e, per altro, la sua applicazione risulterebbe un esercizio di logica deduttiva (una sorta di sviluppo del sillogismo).

Soltanto accettando l'idea di una regola formalmente posta come fulcro dell'intera esperienza giuridica risulterebbe teoricamente possibile ipotizzare una automazione del giudizio. L'automatismo di esplicherebbe, cosa del resto evidenziata nello scritto di Borruso, in tre passaggi: a) riconoscimento della legge algoritmo come punto fondante l'esperienza giuridica e, quindi, come fondamento dell'idea stessa di giuridicità; b) sussunzione, con metodo logico deduttivo, della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, riducendo il giudizio ad una dimostrazione logico-deduttiva; c) offrendo il giudizio (quantitativo) dell'azione nella sentenza.

All'intero di questa rappresentazione non avrebbero senso le indicazioni del Codice Civile sopra richiamate, le quali inducono, invece, a ritenere la norma il punto di congiunzione riconosciuto dal giudizio fra regola e regolarità.

6. Una risposta calcata sulla giurisprudenza costituzionale.

Le argomentazioni sopra esposte possono ritrovare attuazione nell'ambito del giudizio penale, anche per questo è indubitabile l'impossibilità d'uno sviluppo logico deduttivo. Punto di partenza per una succinta esposizione del problema è offerto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, richiamata, fra gli altri, da Borruso in materia di certezza del diritto .

In tale sentenza va immediatamente evidenziata la negazione assoluta dell'automatica applicazione della legge penale desumibile da quanto la Corte rileva in merito alla questione dell'ignoranza della legge: "ove, infatti, s'accettasse il principio dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale si darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana, costretta a subire la pena (la più grave delle sanzioni giuridiche) anche per comportamenti (allorché l'ignoranza della legge sia inevitabile) non implicanti consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell'ordinamento".

L'assolutizzazione del principio contenuto nell'articolo 5 del Codice Penale apre la strada di per sé all'applicazione automatica della pena, attraverso la rappresentazione delle fattispecie astratte nei termini di giudizi condizionali del tipo "se A, allora B"; questi ritrovano la loro concretizzazione per mezzo del procedimento di sussunzione, della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, in cui si esaurirebbe, per motivi tecnici, il dispiegarsi del giudizio in un sistema informatico.

La Corte Costituzionale rammenta che più volte è stata "ricordata la strumentalizzazione che lo Stato autoritario aveva operato del principio dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale [...] ed affermata la necessità, per la punibilità del reato, dell'effettiva coscienza, nell'agente, dell'antigiuridicità del fatto".

Non si dà reato per la Corte a fronte della sola antigiuridicità di un fatto, ci deve essere effettiva coscienza di commettere un reato affinché questo di costituisca.

Richiamiamo Giuseppe Bettiol: "il reato non si esaurisce nella sola tipicità del fatto [...] non è ancora reato perché manca la possibilità di esprimere un giudizio di valutazione sul carattere lesivo del fatto stesso [...] L'antigiuridicità diventa il secondo aspetto costitutivo del reato [...] L'antigiuridicità formale è solo un sinonimo della tipicità del fatto, mentre l'essenza dell'antigiuridicità sta nella lesione dell'interesse. Si tratta di un giudizio, o valutazione, che deve essere espresso sul carattere lesivo del fatto in quanto non conforme alle esigenze di tutela dell'ordinamento giuridico [...] Il reato non è solo nella tipicità ed antigiuridicità del fatto di un soggetto. Esso è anche nella colpevolezza".

Infatti, la Corte afferma: "per precisare ancor meglio l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta del principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su congrui elementi subiettivi [...] Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo

fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella non colpevole e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto".

In tale contesto un giudizio obbiettivo non può esplicarsi attraverso la logica deduttiva. Anche in tale ambito, nella valutazione del fatto, nel costituirsi del reato, concorrono fattori non ricompresi dalla fattispecie astratta, ma non per questo ignorati dal diritto penale, se è vero che alla fattispecie si può ricondurre soltanto la cosiddetta tipicità del fatto o anti giuridicità formale, ma certamente non l'individuazione dell'elemento della colpevolezza, indispensabile, come indica la Corte accioccché si dia reato e, quindi, punibilità.

"Collegando il primo al terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, agevolmente si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa [... della pena ...] essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la rieducazione di chi - sottolinea la Corte Costituzionale - non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto) non ha certo bisogno di essere rieducato. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento".

Parimenti, nella stessa determinazione della pena, campo d'applicazione del sistema informatico esplicitamente indicato da Borruso nella voce qui richiamata, si intrecciano elementi difficilmente algoritmizzabili.

Per il nostro Autore, "la valutazione delle variabili, la cui combinazione dà luogo alle singole fattispecie e di cui tener conto ai fini delle determinazioni quantitative, oggi viene eseguita dal giudice il più delle volte necessariamente "ad occhio", cioè con una motivazione globale o "sintetica" che di si voglia, nella quale non v'è sempre la possibilità di verificare se tutte le componenti dei giudizi pregressi siano state effettivamente prese in esame, anche nel nuovo, quale peso specifico sia stato attribuito comparativamente a ciascuna di esse, se tali componenti e tali pesi siano gli stessi usati in passato, sicché le ingiustizie si avvertono solo in taluni casi per certi aspetti più macroscopici (si pensi, ad esempio, all'applicazione dell'art. 133 c. p.)".

In un contesto matematicizzato, come quello propostoci da Borruso, il giudice, nel determinare, ad esempio, l'ammontare della pena pecuniaria avuto riguardo alle condizioni economiche del reo, ex articolo 133 bis del Codice Penale, dovrebbe imbarcarsi in un'operazione di calcolo dell'utilità marginale, al fine di derivare l'esatta misura dell'afflizione in una determinata condizione economica; lo stesso dicasi per l'aumento o la diminuzione della pena pecuniaria stabilita dalla legge a fronte delle condizioni economiche del reo, o, ancora, del suo pagamento rateale, come previsto, sempre avuto riguardo alle condizioni economiche del condannato, dall'articolo 133 ter del Codice Penale.

Fatto salva la posizione della Corte Costituzionale, che comunque si riferisce al un momento anteriore alla determinazione della pena, pare in ogni caso arduo ritenere che la determinazione sia la risultante di un puro procedimento di calcolo.

In proposito la Cassazione indica che l'eventuale calcolo andrebbe eseguito "dopo aver provveduto a determinare nei modi ordinari quella pena, secondo i criteri di cui all'art. 133 c. p.". Per cui la pena pecuniaria non è correlata soltanto al reddito o alla capacità economica del reo, è altresì conseguenza della gravità del reato, desumibile dai parametri indicati al comma primo del richiamato articolo, nonché della "capacità a delinquere del colpevole", come recita il comma secondo. Infatti la Cassazione afferma che nella determinazione dell'entità della pena rilevano fattori difficilmente calcolabili matematicamente, quali, ad esempio, il giudizio sulla personalità del reo "fondato su episodi e circostanze anche successivi alla commissione del reato [...] purché siano espressione di un modo costante di determinarsi, immanente alla personalità", o, ancora, "la confessione [...] può giovare ai fini della commisurazione della pena [...] sempre che valga a dimostrare una minore disposizione o inclinazione del colpevole a commettere reati" ; allo stesso modo la Suprema Corte afferma che va valutato "il comportamento processuale [...] che racchiude le più svariate manifestazioni della condotta del reo nel procedimento".

7. Una conclusione aperta.

Solcare acriticamente la prospettiva illuministica della centralità delle disposizioni legislative, quasi che nella legge si estrinsechi tutta l'esperienza giuridica e ciò che dalla legge si dirami non possa che esservi legato da inferenza deduttiva, quindi, non possa aggiungersi nulla che non sia già presente in essa (il che significa porre la legge come premessa somma, fin anco sacra, di un ragionamento deduttivo, che in quanto tale non può offrire conclusioni il cui contenuto non sia già compreso nella premessa, necessità degli argomenti deduttivi che si tramuta in certezza del diritto), significa anteporre la legge al processo, ritenere che nella lettera della legge di esaurisca il diritto.

In definitiva, pare che un approccio alla questione della determinazione della pena appoggiato esclusivamente sulla razionalità analitica, propria delle tecniche giurimetriche, non permetta il dispiegarsi nel ragionamento del giudice di merito, di valutazioni più legate all'intuizione che alla deduzione, valutazione che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, appaiono necessarie al fine di infliggere una "pena congrua", una pena, che, come sottolinea la Corte Costituzionale, non finisca per strumentalizzare la persona umana. Lo stesso dicasi per l'interpretazione del contratto, codicisticamente sottratto alla pura deduzione.

Alla luce di quanto sopra esposto non pare che il sistema informatico sia in grado di simulare una decisione autenticamente giuridica; non essendo possibile riprodurre il ragionamento proprio al costituirsi del processo, che porta

al riconoscimento del diritto, ovvero il ragionamento dialettico, sotto forma di algoritmo; il ragionamento apodittico, forse, ma l'esatto in sé non è oggetto del discorso giuridico.

A questa pretesa si oppone una concezione del diritto, la quale, fra l'altro, ci pare propria all'ordinamento giuridico, che riconosce come nella legge non si esaurisca il diritto; il diritto allora appare quale risultante dell'esperienza giuridica, del procedere della regola, della regolarità e del giudizio finalizzate ad indicare, come indica Enrico Opocher, "quotidiane verità degli accadimenti, ciò che è avvenuto, che avviene e che potrà avvenire, nella vicende degli uomini e, dunque, della loro storia [...] Il criterio di far valere in cui si risolve il diritto è, dunque, quello della verità o, che è lo stesso, della conformità all'ordine oggettivo degli accadimenti ed in ciò consiste la giustizia giuridica".

Non pare fuorviante proporre un'indicazione proveniente dal mondo letterario a chiusura di questo itinerario che, partendo dalla certezza del diritto, ci ha condotti al computer.

Un demone, discutendo con un meticoloso studioso del Talmud, oppresso, alla fine della sua vita, dalla coscienza dell'impossibilità di capire il mondo con la sua scienza, afferma:

"Come puoi gustare il sapore del sale col naso, il profumo del balsamo con l'orecchio e il suono del violino con la lingua, così non puoi afferrare il mondo con la ragione."

"Con che cosa allora?"

"Con le passioni... almeno in parte."