



GIUSTIZIA INSIEME

3

Rivista quadrimestrale online

settembre-dicembre 2024

www.giustiziainsieme.it

Direttrice scientifica: Paola Filippi

La magistratura e l'indipendenza

In memoria di Giacomo Matteotti

a cura di

Sibilla Ottoni, Michela Petrini, Marco Dell'Utri e Angelo Costanzo

■ Con i contributi di

Paola Filippi, Sibilla Ottoni, Simone Benvenuti, Simone Pitto, Leonardo Pierdominici, Anna Madarasi, Michela Petrini, Giuseppe Santalucia, Cataldo Intrieri, Giuliano Scarselli, Marco Dell'Utri, Gabriella Luccioli, Bruno Montanari, Geminello Preterossi, Angelo Costanzo, Nicola Zamperini, Giancarlo Montedoro, Ombretta Di Giovine

Direttrice scientifica

Paola Filippi

Vice direttore scientifico

Costantino De Robbio

Direttore responsabile

Marcello Basilico

Comitato scientifico

Ernesto Aghina, Alfonso Amatucci, Mirzia Rosa Bianca, Bruno Capponi, Corrado Caruso, Carlo Citterio, Roberto Giovanni Conti, Angelo Costanzo, Mariella De Masellis, Franco De Stefano, Marco Dell'Utri, Pasquale Fimiani, Fabio Francario, Giacomo Fumu, Carlo Vittorio Giabardo, Gabriella Luccioli, Enrico Manzon, Giuseppe Melis, Lorenzo Miazzi, Vincenzo Militello, Dino Petralia, Luca Ramacci, Maria Alessandra Sandulli, Giuseppe Santalucia, Giuliano Scarselli, Mario Serio, Carmelo Sgroi, Giorgio Spangher.

Comitato di redazione

Marta Agostini, Giuseppe Amara, Maria Cristina Amoroso, Andrea Apollonio, Elisa Arbia, Elisa Asprone, Beatrice Bernabei, Franco Caroleo, Riccardo Ionta, Giovanni Liberati, Luca Marzullo, Alessandro Nastri, Sibilla Ottoni, Donatella Palumbo, Morena Plazzi, Michela Petrini, Elisabetta Pierazzi, Morena Plazzi, Laura Reale, Filippo Ruggiero, Sandro Saba, Federica Salvatore.

Giustizia Insieme (GI) è una rivista online, iscritta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 68 del 5 maggio 2023; costituisce prosecuzione della Rivista cartacea, fondata nel 2009 e iscritta per la prima volta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 313 del 18 settembre 2009.

La Rivista è aggiornata quotidianamente e fascicolata quadrimestralmente, ad accesso libero, consultabile anche scaricando l'app di GI, le istruzioni sono reperibili ricercando l'app di GI sotto la voce Giustizia e Comunicazione. Attraverso l'attivazione delle notifiche si riceve la comunicazione della pubblicazione quotidiana.

La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

È proprietario della testata il Movimento per la Giustizia art. 3 E.T.S.

Il contributo dei redattori e degli autori è a titolo gratuito.

Gli articoli pubblicati nel fascicolo quadrimestrale, secondo selezione della direzione sono inviati a revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato di redazione. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

Coordinatrice di redazione: Margherita Occhipillo

Webmaster: Chiara Bicchielli

I fascicoli quadrimestrali sono pubblicati a cura di



Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Indice

Introduzione *di Paola Filippi*.....p. V

I. L'Indipendenza del magistrato europeo

1. L'Indipendenza del magistrato europeo <i>di Sibilla Ottoni</i>»	557
2. Fenomeni di regressione costituzionale in Europa, il caso ungherese <i>di Simone Benvenuti</i>»	561
3. Indipendenza della magistratura e regressione democratica nel contesto europeo <i>di Simone Pitto</i>»	567
4. La proposta di judicial overhaul in Israele come paradigma di odierno attacco all'indipendenza della magistratura <i>di Leonardo Pierdominici</i>»	573
5. Il caso Ungherese. Una testimonianza <i>di Anna Madarasi</i>»	589

II. L'Indipendenza del magistrato italiano. Gli effetti delle riforme dal 2006 a oggi

1. L'indipendenza del magistrato italiano: gli effetti delle riforme dal 2006 a oggi <i>di Michela Petrini</i>»	593
2. Lo statuto di indipendenza del magistrato: modelli culturali a confronto in prospettiva di riforme costituzionali <i>di Giuseppe Santalucia</i>»	597
3. Avvocati e magistrati: quali riforme nell'ordinamento giudiziario <i>di Cataldo Intrieri</i>»	601
4. Alcune note sulla riforma costituzionale della magistratura <i>di Giuliano Scarselli</i> »	607

III. Indipendenza e ruolo dei contesti: società, economia, culture

1. Indipendenza e ruolo dei contesti: società, economia, culture <i>di Marco Dell'Utri</i>	615
2. Indipendenza del giudice e ruolo dei contesti: società, cultura, linguaggio <i>di Gabriella Luccioli</i>	623
3. L'indipendenza della juris dictio e la questione della verità <i>di Bruno Montanari</i> »	629
4. Magistratura e spirito costituente <i>di Geminello Preterossi</i>»	641

IV. Il futuro: algoritmi e intelligenza artificiale

1. Indipendenza, imparzialità, ragionevolezza e razionalità artificiale <i>di Angelo Costanzo</i>»	657
--	-----

2. Il potere nell'intelligenza artificiale <i>di Nicola Zamperini</i>»	667
3. Intelligenza artificiale e digitalizzazione fra Costituzione, amministrazione e giustizia <i>di Giancarlo Montedoro</i>»	671
4. AI e giustizia penale <i>di Ombretta Di Giovine</i>»	695

Introduzione

Questo fascicolo contiene gli atti del Quarto convegno della Rivista Giustizia Insieme dal titolo *La magistratura e l'indipendenza*, dedicato a Giacomo Matteotti a 100 anni dal suo omicidio per mano di sicari di Benito Mussolini.

Il convegno si è svolto nella magnifica biblioteca di Sant'Ivo alla Sapienza, in un luogo ove sono conservati gli atti dei più importanti processi svoltisi durante il ventennio fascista. Omicidi e pestaggi a opera dell'Ovra e della milizia fascista rimasti impuniti anche per la mancanza di indipendenza della magistratura del ventennio.

L'omicidio di Giacomo Matteotti – delitto politico, snodo dell'avvento del fascismo – è strettamente collegato all'indipendenza della magistratura.

È importante ricordare i magistrati coinvolti nelle vicende processuali. E questo è necessario farlo anche perché, come ha scritto Primo Levi, bisogna ricordare *perché quello è che accaduto una volta può accadere ancora*. Tutto ciò che è accaduto può ripetersi, perché i meccanismi del genere umano non mutano con il passare del tempo.

Il processo richiama prepotentemente la questione dell'indipendenza della magistratura.

La storia dell'omicidio di Giacomo Matteotti è anche la storia dell'indipendenza di magistrati come Mauro Del Giudice e Guglielmo Tancredi, ovvero della diversa declinazione della dipendenza di magistrati come Niccodemo Del Vasto, procuratore che sostituì Tancredi e Fagella, Presidente del Tribunale di Roma, Vincenzo Crisafulli, Procuratore Capo dell'Ufficio di Procura

di Roma, Giuseppe Francesco Danza, presidente del collegio giudicante di Chieti e Alberto Salucci, procuratore d'accusa.

È evocativa del valore dell'indipendenza la frase del memoriale di Mauro Del Giudice – conservato presso l'Archivio di Stato – consegnato alla Corte di Assise di Appello di Roma che procedette a carico dei sicari a seguito del decreto luogotenenziale che dichiarò inesistente, tra gli altri, la sentenza emessa dalla Corte di Assise di Chieti il 24 marzo 1926.

«Ripeto che parlo per vero dire, non già perché mosso da alcun sentimento di rancore o per vendicarmi della persecuzione ventennale subita per avere fatto allora il mio dovere di magistrato indipendente. Sono sull'orlo della tomba ed assai prossimo a render conto a Dio della mia vita trascorsa negli uffici giudiziari. Debbo perciò essere creduto.»

L'esperienza della magistratura degli anni '20, come ricorda il prof. Scarselli «costituisce per noi un indispensabile spunto per riflettere sulle nostre attuali questioni, e ciò anche perché, nella storia, come molti filosofi ci hanno insegnato, tutto ciò che è accaduto può ripetersi, e i meccanismi del genere umano non mutano con il passare del tempo».

«In primo luogo, in questo ricordo della magistratura, si riesce a rinvenire tutti i tratti dell'essere umano: si va dal senso del dovere di Mauro Del Giudice al lassismo opportunista di Giuseppe Francesco Danza, dall'orgogliosa consapevolezza della funzione giudicante di Lodovico Mortara allo scandaloso esercizio della funzione requirente di Alberto Salucci, dalla sete di indi-

pendenza e giustizia di Vincenzo Chieppa agli atteggiamenti privi di rigore quali quelli tenuti dai magistrati del processo a Benito Mussolini tra il 1919 e il 1922, fino alla smoderata ambizione e al trasformismo di giudici quali Michele Isgrò e Giuseppe Montalto, disposti a dirigere un Tribunale Speciale a servizio di un dittatore per motivi personali di tipo carrieristico.»

L'indipendenza della magistratura è un bene prezioso.

La definizione di Stato di diritto presuppone un sistema di norme chiare, giustificate quanto alla loro obbligatorietà dai principi *costituzionali* e *unionali*, e che in qualche modo ne siano la realizzazione, esige la sottoposizione indifferenziata alla legge di tutti i cittadini e tutti gli enti e presuppone l'autonomia e la separatezza dei poteri e dunque l'indipendenza del potere giurisdizionale.

Non a caso, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020 del Parlamento europeo, come primo elemento sintomatico di una situazione di violazioni delle Stato di diritto, al primo punto ovvero alla lett. a), sono indicate «*le minacce all'indipendenza della magistratura*».

La nozione di stato di diritto è strettamente collegata a quella di società democratica che trova il suo necessario contrafforte in un sistema giudiziario *efficiente, imparziale e indipendente*.

L'indipendenza del potere giurisdizionale, di coloro che emettono la decisione, ma pure della magistratura requirente costituisce un diritto del cittadino.

La parità di tutti i cittadini davanti alla legge pretende l'indipendenza del potere giurisdizionale così come pretende l'indipendenza del magistrato e l'imparzialità delle sue decisioni.

Se l'indipendenza del corpo magistratuale e del singolo magistrato che lo compone

è un diritto irrinunciabile dei cittadini e della collettività, per il magistrato più che un dovere è *un dover essere*.

Non a caso l'indipendenza e l'imparzialità, sin dalla prima regolamentazione delle valutazioni di professionalità dopo l'abolizione, negli anni Sessanta, dei concorsi e degli scrutini in cui si articolava il sistema dei c.d. ruoli chiusi – mi riferisco alla circolare Tamburino del 1985 – sono stati individuati – successivamente è stato aggiunto l'equilibrio – come pre-requisiti, ai fini dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

La violazione di tali doveri da parte di un singolo magistrato si riverbera negativamente sull'intero corpo magistratuale.

D'altro canto, come ci ha ricordato Zagrebelsky, *«Indipendenza e imparzialità sono doveri fondamentali riguardanti i singoli magistrati e la magistratura nel suo insieme. Vi è un nesso stretto tra ciò che riguarda il singolo magistrato che si esprime e le ricadute sulla magistratura tutta. Quando si dice – e si pretende che abbia portata generale – che la magistratura è “potere diffuso”, si deve poi considerare che il potere giudiziario tutto è coinvolto nel comportamento dei singoli magistrati»* (*La libertà di espressione e l'imparzialità* di Vladimiro Zagrebelsky, pubblicato il 2 gennaio 2024 su questa *Rivista*, sotto la voce Costituzione e carte dei diritti fondamentali).

Abbiamo individuato come argomento del quarto convegno di Giustizia insieme: *“l'indipendenza della magistratura”* per tre ordini di ragioni.

La prima: in quanto riteniamo che l'indipendenza della magistratura debba essere costantemente oggetto di attenzione e noi vorremmo dare un senso alla necessità di attenzione perché dall'indipendenza dipende il sistema democratico.

Come ha scritto Licia Fierro nel bel saggio intitolato *Giacomo Matteotti: il suo e il*

nostro tempo, «I sistemi democratici non nascono una volta e per sempre, vanno costruiti e ricostruiti ogni giorno».

La *seconda ragione* è che occorre essere consapevoli dell'esistenza di situazioni potenzialmente idonee a turbare l'indipendenza, situazioni spesso sottovalutate se non addirittura ignorate. Occorre mettere sotto osservazione le potenziali situazioni di rischio.

La *terza ragione* è che occorre iniziare a ragionare attorno alla questione dell'indipendenza delle decisioni in relazione all'intelligenza artificiale; a riflettere in tema di indipendenza, prevedibilità e algoritmo.

La prima sessione del convegno è stata dedicata all'indipendenza del magistrato europeo.

Dalla Corte di Strasburgo arrivano segnali che ci rassegnano una allarmante tendenza verso la retrocessione dello stato di diritto in alcuni paesi dell'Unione, come peraltro in paesi occidentali nell'orbita di influenza con l'Unione – penso a Israele.

La Presidente della Corte di Strasburgo, al seminario presso l'Accademia dei Lincei – come richiamato da Simone Pitto nel suo articolo “Unpacking the courts”: *prevenzione e reazione agli attacchi all'indipendenza dei giudici. Brevi riflessioni a partire dal Convegno “Giudice e stato di diritto”*, pubblicato il 9 aprile 2024 sulla Rivista – ha segnalato che quanto osservato a Strasburgo in questi ultimi anni non è una mera “retrocessione” dello Stato di diritto ma un chiaro segnale dell'esistenza di un fenomeno di *degenerazione ed erosione della democrazia*.

Si registra una ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo che segnala interventi diretti a minare l'indipendenza dei magistrati attraverso provvedimenti che modificano la disciplina in settori nevralgici quali la carriera, i trasferimenti, le sospen-

sioni, i procedimenti disciplinari. Si tratta di interventi normativi idonei a influenzare nei paesi sotto osservazione quali Polonia, Ungheria, Bulgaria, Malta, Romania, Slovacchia. Tanto per fare un esempio pendono 450 ricorsi che sollevano dubbi sull'indipendenza della magistratura in Polonia.

Con riferimento all'Ungheria, in relazione al caso Salis, la giudice Ungherese Anna Madarasi ha scritto un interessante articolo che evidenzia l'altra faccia della medaglia ovvero quella della pressione di governi esteri sui magistrati nazionali.

Le sue riflessioni portano a pensare che lì dove è in dubbio l'indipendenza c'è meno rispetto dell'imparzialità nelle decisioni (“*Quis Custodiet Ipsos Custodes?* Note al margine di un processo penale ungherese pubblicato il 24 marzo 2024 – voce diritti stranieri).

È indispensabile la ricerca collettiva degli anticorpi per le criticità che rilevanti in tema di condizionamento dei giudici e quali i rimedi.

(Si rinvia alla lettura dell'articolo dal titolo *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi* di Vladimiro Zagrebelsky del 28 maggio 2021 - voce diritto UE).

La coordinatrice della tavola rotonda è stata Sibilla Ottoni, giudice del Tribunale di Tivoli. Hanno partecipato Simone Benvenuti, professore di diritto pubblico presso l'Università Roma TRE, Leonardo Pierdominici, ricercatore di diritto pubblico presso l'Università di Bologna e Simone Pitto, assegnista di ricerca presso l'Università di Genova.

La seconda sessione è stata dedicata all'*indipendenza della magistratura in Italia*. Ci siamo interrogati in ordine ai pericoli per l'indipendenza ricollegabili, anche solo in via indiretta, a talune riforme *in itinere*. Pensiamo alla valutazione professionale fondata sulle valutazioni dei provvedimenti;

si tratta di una previsione potenzialmente lesiva dell'indipendenza del giudice per il *metus* che può condurre il giudice a non emettere la decisione giusta, scevra da condizionamenti, per paura di valutazioni non positive.

Come ha scritto Nello Nappi: «*Il conformismo è il vero rischio professionale dei magistrati, perché li esonera da quella "responsabilità empatica" che è indispensabile per riconoscere l'effettivo significato dei comportamenti altrui nel contesto di una comune costellazione di valori*» (su questa Rivista in “Equilibrio e equilibrismi” pubblicato il 4 aprile 2024 – voce ordinamento giudiziario)

Premesso che l'ottimismo del cuore ci induce a ritenere che i test psicoattitudinali, come in più sedi ha evidenziato il Presidente Santalucia e come scrive Nappi, non siano altro che “*l'ennesima operazione di equilibrismo propagandistico*” i test, in astratto, potrebbero divenire uno strumento non utile al servizio giustizia bensì uno strumento a disposizione di chi volesse selezionare i vincitori di concorso in base alle idee e al pensiero politico. Non è con i test che si valuta l'equilibrio e, d'altro canto, la valutazione di detto pre-requisito deve essere costante come lo è in base alle valutazioni periodiche alle quali negli organi di governo autonomo decentrato partecipano pure gli avvocati.

Una operazione che pure mette a repentina taglio l'indipendenza della decisione, con condizionamenti intenzionali provenienti dall'esterno, è l'attività di dossieraggio e l'attività denigratoria diretta e personale contro magistrati in ragione di provvedimenti emessi. A questo riguardo viene in mente l'attacco del 15 ottobre 2009 al collega Raimondo Mesiano, che il giorno prima aveva condannato la Fininvest a pagare una multa milionaria per danni alla Cir di Carlo de Benedetti, ma anche i recenti dossierag-

gi, anche successivi al convegno – si pensi alle notizie personali divulgate dalla Stampa riguardo al Presidente Marco Gattuso per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

È di questi giorni il tweet di Elon Musk del tenore “These judges need to go” riferito ai giudici che si sono occupati delle richieste di convalida del trattenimento di cittadini dell'Egitto e del Bangladesh, ovvero che hanno deciso con riferimento a questioni riguardanti la procedura da adottare e quindi scelta squisitamente giurisdizionale.

Le “schedature” realizzate in danno dei magistrati dimostrano plasticamente come anche la privacy sia condizione di libertà e, a un tempo, di democrazia. L'utilizzo distorto dell'informazione può determinare condizionamenti e incidere su scelte decisionali che presuppongono l'indipendenza e così determinare rischi rilevanti per la tenuta delle garanzie democratiche.

A questo proposito occorre richiamare la ricorrente affermazione della Corte di Strasburgo secondo la quale deve essere costantemente protetto *«il ruolo speciale ricoperto nella società dal potere giudiziario che, in quanto garante della giustizia – valore fondamentale in uno Stato di diritto –, deve godere della fiducia della collettività se deve poter svolgere le proprie funzioni»*.

La sessione è stata coordinata da Michela Petrini, sostituta procuratrice a Spoleto. Alla tavola rotonda hanno partecipato Giuliano Scarselli, professore di procedura civile presso l'università di Siena, l'avv. Cataldo Intrieri del foro di Roma e Giuseppe Santalucia, Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati.

La terza sessione ha riguardato le influenze “ambientali”. La riflessione dalla quale siamo partiti e che abbiamo deciso di esaminare con questa tavola rotonda è strettamente collegata alle enormi trasfor-

mazioni che hanno interessato la nostra società negli ultimi vent'anni.

Ci sono fattori ambientali destinati a influenzare sull'indipendenza le decisioni giurisdizionali delle quali è necessario acquisire coscienza per elaborare schermi di protezione dell'indipendenza.

La riflessione dalla quale siamo partiti è che con la trasformazione da *homo politicus* a *homo economicus* anche lo *iuris dicere* si trova a fare i conti con gli effetti economici delle decisioni.

Su altro terreno, il PNRR, con la celerità delle decisioni che impone per fini economici, potrebbe limitare la riflessione sottesa alla soluzione dei conflitti. La rapidità nell'assunzione delle decisioni in quest'ottica potrebbe ledere l'indipendenza per la limitazione dei tempi che impone *ab esterno*, a scapito del cittadino. La celerità, d'altro canto, conduce al conformismo, con i danni ai quali abbiamo fatto riferimento, richiamando le parole di Nello Nappi e all'automatico a scapito della ponderazione. I condizionamenti a scapito dell'indipendenza si registrano con riferimento al fenomeno del processo mediatico e a tutte le pulsioni populistiche che ne derivano. Spinte che portano il giudice a decidere come Pilato per accondiscendere il popolo.

Ha coordinato la terza sessione Marco Dell'Utri, consigliere della Corte di Cassazione. Hanno partecipato alla tavola rotonda Gabriella Luccioli, Presidente emerita della Prima sezione della Corte di Cassazione, Bruno Montanari, professore di filosofia del diritto presso l'Università di Catania e la Cattolica di Milano, Geminello Preterosi, professore di filosofia del diritto dell'università di Salerno e direttore scientifico dell'Istituto Italiano per gli studi filosofici di Napoli.

Infine la quarta sessione è stata pensata per analizzare l'indipendenza e l'intelligen-

za artificiale. Un terreno tutto da esplorare nel quale è nostra intenzione declinare il profilo dell'indipendenza in un ambito del tutto nuovo. *"L'intelligenza artificiale garantisce l'assenza di condizionamenti?"*

Ha coordinato l'ultima sessione Angelo Costanzo, consigliere della Corte di Cassazione e hanno partecipato alla tavola rotonda Nicola Zamperini, giornalista esperto di culture digitali, Giancarlo Montedoro, presidente di sezione del Consiglio di Stato, Ombretta di Giovine, consigliera della Corte di Cassazione.

PAOLA FILIPPI

I. L'Indipendenza del magistrato europeo

1. L'indipendenza del magistrato europeo

Apriamo i lavori sul tema dell'indipendenza della magistratura, da questo luogo di memoria che è l'Archivio di Stato, guardando all'indipendenza del magistrato europeo.

Magistrato europeo inteso non come o comunque non soltanto come magistrato di uno Stato Membro dell'Unione, operante nell'ambito di una determinata struttura normativa e istituzionale, ma piuttosto come magistrato che opera nell'ambito di un dato sistema di principi e di valori: quelli dello stato di diritto, come oggi sono codificati a livello unionale ed a livello internazionale di Consiglio d'Europa. Proprio per meglio comprenderne la portata e il valore, nel guardare al magistrato europeo è opportuno guardare anche alle esperienze dei Paesi extraeuropei vicini a quell'area di influenza, uscendo dai confini dell'Europa geografica e politica.

La scelta di aprire i lavori rivolgendo l'attenzione al di fuori del nostro ordinamento nazionale richiede un'altra premessa. Non è un esercizio puramente scolastico, di collocazione in un quadro normativo più ampio dei temi che saranno poi affrontati specificamente in relazione alla situazione italiana, bensì uno sforzo più profondo: aprire lo sguardo su altre esperienze serve per tenere questo sguardo ben aperto mentre si torna a parlare del quadro ordinamentale interno. E all'ordinamento nazionale bisogna tornare, necessariamente, poiché tutto il richiamato quadro di principi sovranazionali ed internazionali deve comunque confrontarsi con il contesto istituzionale, con

l'impianto costituzionale, ed anche con lo scenario culturale propri di ciascun paese, nell'ambito dei quali il concetto di stato di diritto può assumere declinazioni diverse. Ciascun costituzionalismo, a prescindere da matrici comuni, si connota del resto a partire dal proprio momento genetico; e il nostro concetto di stato di diritto, come delineato dalla giurisprudenza costituzionale fin dalle prime pronunce, non può prescindere dall'esperienza del totalitarismo, in risposta alla quale ha assunto la sua specifica conformazione.

È allora utile tornare a quelle pronunce, al tema della necessaria sicurezza dei diritti espresso con forza dalla giurisprudenza costituzionale fin dagli anni '50, come presupposto per l'esercizio delle libertà proprie dell'ordinamento democratico: alcun diritto può dirsi realmente tutelato, né può realizzare la propria funzione sociale, se lo stesso non è certo, ossia se non sono garantite le condizioni minime per il suo esercizio. Quello dello stato di diritto è dunque un tema rispetto al quale si dovrebbe ricercare un posizionamento non solo come giuristi o come intellettuali, ma ancor prima come cittadini, poiché attiene alla cittadinanza, alla vita sociale, alla stessa tenuta dell'assetto democratico.

Stato di diritto significa quindi per noi qualcosa di estremamente chiaro e di fortemente legato al fatto di aver conosciuto in tempi recenti un'esperienza in cui questo era negato, in cui, in particolare, il giudiziario non è stato libero. La consapevolezza di questa specificità va tenuta a mente mentre

si guarda ad altre esperienze. E viceversa, l'apporto di quelle esperienze deve essere tenuto a mente mentre si torna a parlare di noi, per cercare di capire come sia possibile che determinati punti di approdo, all'apparenza solidi e culturalmente interiorizzati, rivelino in momenti di criticità delle fragilità esiziali. Capire in quali e quanti modi, anche molto diversi tra loro ed anche molto sottili e a volte subdoli, questo possa avvenire, e soprattutto capire che è una possibilità reale e che in buona parte sta già avvenendo.

La dedica a Giacomo Matteotti, allora, ha anche questo senso, una dedica a chi aveva avuto la lungimiranza, la lucidità di vedere i segnali di ciò che stava accadendo e stava per accadere, e aveva anche istintivamente scelto di resistere, quando ancora questa parola non aveva assunto la sua attuale semantica, eppure già la conteneva tutta.

Quello di oggi è dunque un esercizio ad allenare la nostra capacità di guardare ai segnali, magari minimi, dell'incrinarsi di quel modello storicamente e ideologicamente connotato, che sembra fatalmente coincidere con una svalutazione di quella radice storica ed ideologica, in un contesto di principi sovranazionali ed internazionali che può sembrare rassicurante ma che, con tutta evidenza, non basta, se non è rafforzato dall'interno con una consapevolezza che è prima di tutto culturale.

La riflessione che seguirà prende le mosse da una presa d'atto: i principi dello stato di diritto sembrano oggi essere messi seriamente in discussione nel cuore dell'Unione Europea. Si pensi alla situazione ungherese, o a quella polacca, dove l'indipendenza della magistratura è oggetto di attacchi frontali, sostanzialmente in quanto ostacolo a disegni politici di stampo illiberale, rivendicati come tali. Si tratta di Paesi che pure hanno superato il procedimento di ammis-

sione, sicché avevano in tale momento un assetto compatibile con le garanzie minime dello stato di diritto: c'è stata quindi una regressione. Dovrà allora indagarsi quali siano i fattori che l'hanno resa possibile, sotto il profilo istituzionale, storico e culturale.

Dovrà poi esplorarsi il tema di come questa regressione sia stata materialmente attuata, in che modo in particolare siano stati ridefiniti i rapporti tra poteri ed in che modo sia stato intaccato lo statuto di indipendenza della magistratura. È interessante prendere atto che non sono sempre state necessarie riforme costituzionali o comunque modificative dell'impianto istituzionale; al contrario, in alcune esperienze sono stati sufficienti interventi normativi di rango ordinario e di portata settoriale, anche singolarmente comprensibili o giustificabili, che tuttavia considerati nella loro globalità restituiscono un disegno estremamente chiaro.

Ulteriore spunto critico viene dalla constatazione che fenomeni di regressione delle garanzie di indipendenza della magistratura, accompagnati da evoluzioni politiche in senso tendenzialmente illiberale, si sono verificati anche fuori dall'Unione Europea in paesi che, tuttavia, sono da alcuni punti di vista riconducibili alla sua sfera di influenza. Si pensi alla Turchia, che è membro del Consiglio d'Europa, ma anche a Israele, che pur non essendone membro è osservatore all'Assemblea Parlamentare. Sarà estremamente interessante osservare come si atteggi questa problematica in uno scenario costituzionale del tutto peculiare come quello israeliano.

Alla luce di questa estesa analisi, sarà quindi opportuno chiedersi se esistano delle contropinte rispetto alle tendenze sociali e culturali cui si è fatto cenno. Se sia possibile in altri termini individuare degli anticorpi, eventualmente in quello stesso sostrato culturale proprio di ciascun paese

che ha portato alla regressione di cui si è dato atto.

Dovrà poi guardarsi alla reazione, decisa, delle istituzioni eurounitarie ai fenomeni di erosione delle garanzie di indipendenza della magistratura: si è infatti assistito all'elaborazione da parte della Corte di Giustizia di una serie di principi in difesa del primato dello stato di diritto, sulla base dei parametri normativi contenuti nei Trattati e non solo, ed anche gli organi del Consiglio d'Europa hanno preso posizione in varie occasioni. Saranno quindi passati in rassegna, sondandone anche i limiti, gli strumenti sovranazionali ed internazionali attraverso i quali sono state contrastate le derive illiberali, ed attraverso i quali sono state tutelate l'autonomia e l'indipendenza degli organi giurisdizionali.

Da ultimo, al fine di meglio inquadrare e comprendere il ruolo e il valore di questa

rete di sicurezza esterna, fatta di principi sovranazionali e di organi che ne implementano l'effettività, sarà opportuno chiedersi cosa accade laddove, come nel caso israeliano, manca del tutto un contesto istituzionale e normativo esterno altrettanto strutturato a difesa dello stato di diritto.

Ne emergerà un quadro estremamente complesso e problematico, rispetto al quale alcuna risposta si rivela da sola sufficiente a contrastare le tendenze illiberali che si manifestano in attacchi così duri nei confronti dell'indipendenza del giudiziario. Ne emergerà tuttavia, con altrettanta evidenza, che i principi costituzionali di ogni livello e gli strumenti di controllo e di enforcement sovranazionali costituiscono un preziosissimo, irrinunciabile baluardo.

SIBILLA OTTONI

2. Fenomeni di regressione costituzionale in Europa, il caso ungherese

SOMMARIO: 1. Le dimensioni istituzionale, sociale e culturale della regressione costituzionale. – 2. L'integrità del giudice come anticorpo? – 3. La rilevanza della dimensione sovranazionale.

1. Le dimensioni istituzionale, sociale e culturale della regressione costituzionale.

Ringrazio molto gli organizzatori per l'invito. Mi pare anzitutto opportuno sottolineare a mo' di premessa due punti essenziali¹. Quando si tratta di dinamiche relative alla vitalità dell'indipendenza giudiziaria in seno a un ordinamento, i fattori sottostanti sono molteplici. C'è una multidimensionalità che occorre considerare, nel senso che non bisogna pensare ci sia una ragione unica a spiegare certi fenomeni. Per identificare gli antidoti, non si può perciò prescindere dalla delineazione di un quadro articolato.

In secondo luogo, con riguardo al fenomeno di regressione relativo a Paesi di "più recente" adesione, come l'Ungheria, la Polonia, la Romania, non deve dimenticarsi che da parte dell'Unione europea il processo di valutazione fu realizzato in tali ordinamenti

attraverso il ricorso ai criteri di Copenaghen e il metodo di lavoro della Commissione è stato sempre caratterizzato da un approccio formalista all'indipendenza giudiziaria, così come ad altri profili costituzionali e ordinamentali.

Ritengo che occorra anzitutto partire da queste due premesse: multidimensionalità ed esigenza di guardare in un'ottica non formalista, attenta non solo alle norme scritte e alle istituzioni sulla carta. A emergere accanto alla dimensione istituzionale sono quelle sociale e culturale: prendere in considerazione anche queste solo permette in definitiva di far luce su situazioni problematiche che per altri versi possono riguardare anche Paesi dell'Europa occidentale, ma che assumono negli ordinamenti menzionati aspetti patologici.

Fatte queste premesse, mi preme sottolineare tre punti.

Il primo punto riguarda l'importanza del fattore storico-sociale. Non bisogna dimenticare che si tratta di ordinamenti che appartengono a una determinata area dell'Europa, con una sua storia, appunto l'area centro-orientale, peraltro caratterizzata da forte eterogeneità delle esperienze del costituzionalismo nella prima metà del Novecento ma i cui ordinamenti sono accomunati da un debole radicamento sociale della

¹ Per una compiuta disamina sul tema affrontato si rinvia a «Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria», in *Giustizia Insieme*, vol. 3 settembre-dicembre 2023, *Dialoghi oltre i confini nazionali*, 499.

magistratura e del valore dell'indipendenza del giudice. C'è dunque anzitutto un problema di debole radicamento sociale.

E questo è importante perché il radicamento sociale è il primo bastione dell'indipendenza della magistratura. La cultura dell'indipendenza non è un fatto che riguarda solo i magistrati – si parla spesso del problema della diffusione della cultura dell'indipendenza presso i magistrati – bensì è un fatto culturale che riguarda un'intera società. Vorrei ricordare a questo riguardo un'osservazione che fa Paolo Ridola in un contributo all'interno di un volume curato da Beniamino Caravita e che ci interessa molto da vicino. Ridola ci ricorda che il tema del radicamento sociale, o meglio il problema dell'assenza di radicamento sociale della magistratura, è presente alla nostra Assemblea costituente nel momento in cui si è venuto delineando quel modello di consiglio superiore della magistratura elettivo e a composizione mista. Dunque, la presa d'atto dell'assenza di radicamento sociale ha determinato alcune decisive scelte istituzionali nell'Italia post-albertina.

Il secondo punto attiene ai fattori istituzionali. Se si guarda ai modelli istituzionali di governo della magistratura ad esempio in Ungheria e in Polonia, che sono i Paesi che evidenziano al massimo grado il processo di regressione, rispettivamente dopo il 2010 e del 2015, si tratta di modelli formalmente garantisti dell'autonomia della magistratura. Eppure, questo modello non appare essere stato in grado di garantire tale autonomia sul lungo periodo. Per comprendere le ragioni di ciò, non si può isolare il sistema giudiziario come fosse una monade disgiunta dal contesto, perché le riforme del 2011/2012 e poi quelle che incrementalmente sono intervenute nel corso del decennio sono in realtà intimamente legate alla situazione pre-2010.

Tali riforme esprimono anche una reazione a una debole “accountability” del giudice, democratica e non, del modello istituzionale pre-2010. Tale debole “accountability” (utilizzo il termine inglese perché abbraccia un concetto più ampio rispetto a quello nostro di responsabilità) è stata resa ancor più problematica dall'assunzione da parte degli organi giudiziari (che certo hanno loro canali di legittimazione democratica ma che rimangono prevalentemente organi a legittimazione tecnica) l'assunzione di una centralità nei processi decisionali politici, di “allocazione autoritativa dei valori”. Tutto ciò riguarda non solo la giustizia ordinaria, ma anche, ovviamente, la giustizia costituzionale. Il sistema politico ungherese della transizione è caratterizzato da una debolezza dell'organo rappresentativo in termini di capacità decisionale e dalla sostituzione, o supplenza, del giudiziario (si pensi alla nota decisione della Corte costituzionale ungherese sulla pena di morte) – e alcune tendenze possono essere lette come reazione a questa realtà di fatto: lo sbilanciamento nel rapporto tra i poteri. Si tratta, come vedete, di temi che sono a noi familiari.

Infine, guardando ai fattori che hanno determinato il processo di regressione del sistema giudiziario non bisogna perdere di vista la prospettiva sistematica. Se si prende a esempio l'Ungheria, ciò che noi chiamiamo regressione del sistema costituzionale ha inizio da un evento – le elezioni dell'aprile del 2010, che ha dato a una forza politica divenuta egemonica il potere di realizzare riforme costituzionali e non ad ampio spettro e tra queste una riforma del sistema giudiziario. Alla radice di quella regressione del sistema istituzionale è in altre parole una “window of opportunity” consentita dalla debolezza del disegno istituzionale – sistema elettorale estremamente deformante, procedura di revisione della costituzione

“semplice” etc. Non si può quindi prescindere dal fatto che certi passi che sono stati fatti non sarebbero stati possibili se quel disegno istituzionale fosse stato efficiente.

2. L'integrità del giudice come anticorpo?

Ciò detto, emerge centrale il tema della presenza di contropinte alle dinamiche descritte e di anticorpi in grado di frenarle. Se si parla di contropinte, nel caso ungherese è difficile vederne, e qui c'è forse un elemento di divergenza rispetto al caso polacco. Per quanto riguarda gli anticorpi, Simone Pitto ha giustamente osservato che le modifiche ordinamentali che hanno contrassegnato i casi ungherese e polacco, dando luogo a fenomeni di cattura delle istituzioni giudiziarie, hanno portato con sé prassi di vera e propria epurazione della magistratura, anche molto ampie – qualcosa che possiamo ritrovare a tali livelli anche nella storia francese, ma del XIX secolo. Questo cosa ci dice? Ci dice che l'elemento umano, per così dire, è centrale, ed è centrale con esso il tema della integrità professionale. Molto discusso anche a livello internazionale, il tema dell'integrità professionale, o “*judicial integrity*” riguarda una nozione ben più ampia e per molti aspetti non sovrapponibile a quella di indipendenza giudiziaria. Il tema riconduce a quanto ci ricordava Paola Filippi – non il dover essere ma il modo di porsi di fronte alla decisione giudiziaria, al lavoro giudiziario – e ancor prima all'esempio di Mauro Del Giudice, giudice nel procedimento Matteotti, richiamato dal Direttore dell'Archivio di Stato di Roma Michele di Sivo. E dunque, se guardiamo all'ordinamento ungherese di cui ho una conoscenza più approfondita, pur di fronte a una situazione estremamente de-

gradata quel che vediamo è l'esistenza di isole di “resistenza” per così dire – seppure il termine resistenza non sia il più appropriato con riguardo alla magistratura perché ritengo che non sia quello di resistere il ruolo della magistratura, non foss'altro perché finisce comunque per essere perdente di fronte ai poteri politici rappresentativi.

Mi limito a riportare due esempi, cercando di rimanere nei tempi. Anzitutto, a distanza di quindici anni dallo smantellamento incrementale del sistema giudiziario possiamo testimoniare ancora l'esistenza, pur frammentaria, di una giurisprudenza di tribunali e corti che non è certo filo-governativa. Si pensi al noto caso Gyöngyöspata... Gyöngyöspata è un piccolo villaggio di nemmeno tremila abitanti dell'Ungheria centrale dove sono state messe in atto politiche di segregazione scolastica in una scuola elementare nei confronti dell'etnia Rom. Si tratta di un caso molto rilevante sia dal punto di vista politico, sia dal punto di vista giuridico, sia dal punto di vista sociale che è arrivato fino alla Corte europea dei diritti dell'uomo. A seguito della condanna dell'Ungheria da parte della CEDU, la questione riguardava essenzialmente la forma del risarcimento, laddove il Governo si rifiutava di risarcire le famiglie a titolo individuale, intendendo utilizzare le risorse per programmi rivolti all'intera comunità scolastica di Gyöngyöspata. Ebbene, dopo diversi gradi di giudizio, il giudice ungherese, e più esattamente la Corte suprema, nel 2020 ha reso una decisione contraria al Governo. Certo si può dire si trattò di casi residuali ma i quali evidenziano la capacità di alcuni giudici ungheresi di continuare a tenere il punto. Si può poi richiamare l'esempio del consiglio giudiziario nazionale, organo ormai sì svuotato di poteri effettivi ma che ha avuto la capacità in diverse occasioni di esprimere pareri pubblici ufficiali, che dunque han-

no fatto prassi, molto duri sia nei confronti del Governo sia, mi preme sottolinearlo, nei confronti di alcuni rappresentanti della magistratura accondiscendenti nei confronti del Governo, non ultimo lo stesso attuale presidente della Corte suprema.

Va detto che quello che manca forse in Ungheria è il supporto a questa capacità di far fronte alle pressioni, anche tacite, del Governo: perché come dicevo in principio con riguardo al contesto allargato, vi è comunque un debole radicamento sociale della magistratura e perché, altro aspetto da sottolineare, è assente in Ungheria un panorama associazionistico come quello italiano che funga anche da collegamento tra magistratura e società (del resto si tratta di magistrature molto differenti e il caso italiano è forse più un'eccezione da questo punto di vista, nel panorama comparato), così come forse il ruolo dell'avvocatura, molto importante, è carente da questo punto di vista.

Ma, certamente, credo sia importante volgere lo sguardo al tema della integrità professionale e con esso a quello collegato del reclutamento e della formazione dei giudici, spostare l'attenzione dai modelli formali alle precondizioni sociali e culturali che permettano la tenuta del sistema anche in tempi di crisi quale elemento di resilienza per ricorrere un termine che oggi va tanto di moda.

3. La rilevanza della dimensione sovranazionale.

Rimane da esplorare quale possa essere la funzione dell'integrazione sovranazionale in questo contesto. Al riguardo, c'è anzitutto da dire che i fenomeni di integrazione sovranazionale – Unione europea ma anche

sistema convenzionale – sono decisamente controversi in seno alla società ungherese, e questo per motivi storici che hanno a che fare con il processo di costruzione della statalità ungherese la cui analisi ci porterebbe lontano dal tema che stiamo discutendo. Insomma non bisogna nascondersi che, sebbene Fidesz non goda della maggioranza dei consensi in termini assoluti nella società ungherese, quello dell'integrazione sovranazionale rimane un tema controverso a livello trasversale.

Se poi riflettiamo sugli anticorpi esterni, possiamo ben dire che questi nel caso ungherese non siano stati molto efficaci. Mi permetto di ricordare come solo poche settimane fa, il 13 dicembre 2023, il Parlamento ungherese abbia approvato un pacchetto di riforma della giustizia per dare soddisfazione ad alcune richieste degli organi europei e che mira a rafforzare l'indipendenza della Corte suprema e del consiglio giudiziario nazionale. In cambio *anche* di questa riforma, l'Ungheria ha ottenuto il provvisorio sblocco di dieci miliardi di euro di fondi europei. Che cosa si può dire? Anzitutto, che le riforme come quelle del dicembre scorso sono, per richiamare l'espressione usata da Leonardo, riforme Frankenstein, vale a dire pezzi che non possono che evocare un giudizio positivo se considerati isolatamente ma che in definitiva non sono decisivi in un contesto degradato che è l'esito di un patchwork normativo dove ciò che conta sono alcuni dettagli, anche minimi. Si tratta di riforme inoltre spesso inattuate, o che possono rimanere inattuate, o che possono prendere molto tempo per la loro attuazione, e che in definitiva operano come pedine di una partita a scacchi con gli organi dell'Unione europea. Questo ci dice che la condizionalità politica e è scarsamente efficace e la condizionalità finanziaria può esserlo solo se presa sul serio.

E veniamo qui al vero tema, che dietro a queste riforme, interventi normativi a carattere formale, vi sono strumenti assai raffinati a disposizione del Governo e dei sostenitori, in seno al sistema giudiziario, del cosiddetto “Sistema di cooperazione nazionale” per raggiungere i propri obiettivi. Così, proprio mentre venivano discusse e poi approvate queste ultime riforme, il presidente della Corte suprema ungherese, che dispone di poteri significativi anche

in materia di allocazione dei giudici tra le diverse sezioni, al pari dei presidenti delle corti negli ordinamenti centro-orientali, assumeva iniziative che volte a indebolire notevolmente l’indipendenza de facto della seconda sezione della corte suprema: proprio quella che aveva dimostrato di saper esprimere una giurisprudenza meno favorevole alle posizioni del Governo.

SIMONE BENVENUTI

3. Indipendenza della magistratura e regressione democratica nel contesto europeo

SOMMARIO: 1. Il caso polacco. – 2. La risposta delle istituzioni sovranazionali ed internazionali. – 3. Problematiche irrisolte e prospettive future.

1. Il caso polacco.

La riflessione odierna¹ muove da una questione che mi sembra centrale in questa giornata di studi: come siamo arrivati, nel cuore dell'Europa, culla della democrazia, a una regressione democratica come quella riscontrata in Polonia e in Ungheria, con rapporti della Commissione di Venezia che testimoniano gravi mancanze nelle più basilari garanzie dello stato di diritto e in materia di indipendenza e autonomia della magistratura?

L'esempio polacco ci offre alcune lezioni, anche nell'ottica dell'interpretazione dei segnali di un attacco alle garanzie dello stato di diritto, già evocati nei precedenti interventi. Caratteristica peculiare della regressione democratica attuata in Polonia, infatti, è quella di essere avvenuta a Costituzione invariata. Ciò è stato possibile grazie alla "cattura" – per usare un'espressione invalsa nella dottrina italiana – o "*court-packing*", per usare invece l'espressione in uso nel

diritto anglosassone, di organi di garanzia di rilievo per il sistema costituzionale, attraverso molteplici interventi successivi del legislatore ordinario.

Anche per questa ragione, nel caso della Polonia è quanto mai opportuno, come accennato dal professor Benvenuti, adottare un approccio non formalista ma attento alle dinamiche della costituzione materiale e all'interazione tra poteri.

Occorre però fare un passo indietro. Per capire come si è arrivati a questa situazione, è necessario tornare al 2015. Alle elezioni di quell'anno per il rinnovo del Parlamento bicamerale polacco, emerse un risultato egemonico in favore del partito ultraconservatore, nazionalista ed euroskeptico Diritto e Giustizia (*Prawo i Sprawiedliwość*, PiS).

Il PiS ha sin da subito avviato un percorso di riforma massiccio di tutto il sistema giudiziario. Il primo organo di garanzia ad essere insidiato è il Tribunale Costituzionale polacco che, già dalla fine del 2015, viene interessato da misure volte a paralizzare la sua funzione antimaggioritaria. È stata ad esempio modificata la disciplina delle maggioranze necessarie per le declaratorie di incostituzionalità innalzando il relativo *quorum*, con ciò limitando l'effettiva possibilità del Tribunale Costituzionale di esercitare il sindacato di costituzionalità. Questa tecnica

¹ Per una compiuta disamina sul tema si rinvia a «Indipendenza della magistratura in Polonia. Lo "strappo nel cielo di carta" della rule of law e l'argomento identitario», in *Giustizia Insieme*, vol. 3 settembre-dicembre 2023, *Dialoghi oltre i confini nazionali*, 527.

ricorda quanto avvenuto in Israele, con il tentativo di limitare il controllo dei tribunali costituzionali sull'azione del legislatore, come esposto dal Prof. Pierdominici.

Altri organi del sistema giudiziario polacco sono stati bersaglio dei tentativi del PiS di "riorganizzare" l'assetto della magistratura. La Corte Suprema è stata ad esempio interessata da un massiccio pensionamento anticipato, conducendo secondo alcune stime a una sostituzione nell'ordine del 40% dei giudici della Corte. Questo meccanismo consentiva una richiesta di proroga da parte dei giudici interessati a restare nelle funzioni. Tuttavia, tale richiesta era soggetta al vaglio del Presidente della Repubblica Andrzej Duda (appartenente al PiS), il quale poteva accoglierla o rigettarla con giudizio discrezionale e senza possibilità di appello, permettendo così una selezione dei giudici più o meno invisi.

La magistratura dei gradi inferiori è stata parimenti interessata da pensionamenti anticipati, con un abbassamento *ex lege* dell'età di collocamento a riposo ed un meccanismo simile per la proroga nelle funzioni. Trattasi di interventi successivamente oggetto di censura da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ne ha sancito la contrarietà al diritto unionale.

Anche il procedimento disciplinare è stato oggetto di significative modifiche. Presso la Corte suprema è stata introdotta una nuova Camera disciplinare (*Izba Dyscyplinarna*), nonché una Camera per il controllo straordinario e degli affari pubblici, entrambe oggetto di rilievi critici da parte delle corti europee per la radicale assenza di garanzie di indipendenza dall'esecutivo.

Un altro episodio di cattura da menzionare riguarda l'organo di autogoverno, cioè il Consiglio Nazionale della Magistratura. I plurimi interventi di riforma della maggioranza guidata dal PiS hanno comportato la

cessazione anticipata dei membri della precedente consiliatura ed una modifica alle modalità di elezione della componente to-gata, prima eletta da altri magistrati ed in seguito nominata dalla *Sejm*, la Camera bassa del Parlamento polacco. Ciò ha condotto a un sistema ove, tra nomine parlamentari e presidenziali, la maggioranza governativa espressione del PiS aveva di fatto la possibilità di incidere sulla nomina di circa l'80% dei componenti del Consiglio Nazionale della Magistratura, organismo con rilevanti competenze nel sistema giudiziario.

Per concludere, questo processo di regressione nelle garanzie del giudiziario avvenuto in Polonia desta particolare attenzione proprio perché intervenuto a costituzione invariata, grazie a interventi che hanno semplicemente svuotato di significato garanzie come la separazione dei poteri, rimasta lettera morta nella Costituzione polacca. Come sottolineava il professor Benvenuti, è opportuno interrogarsi sugli elementi che hanno reso possibile questo svuotamento della Costituzione, che, nel caso polacco, sembrano complesse ma possono individuarsi, tra l'altro, in un processo di transizione democratica forse non del tutto completato, nella presenza di riserve di legge molto ampie in Costituzione e nella forzatura dello spirito delle norme costituzionali.

2. La risposta delle istituzioni sovranazionali ed internazionali.

Quanto alla reazione delle istituzioni internazionali e sovranazionali rispetto a questo scenario, mi sembra si possa affermare che l'integrazione eurounitaria nel caso della Polonia ha rappresentato un'ulteriore garanzia rispetto alla tutela delle preroga-

tive di indipendenza della magistratura. La risposta delle istituzioni dell'Unione europea è stata diversificata, con strumenti più tradizionali come la procedura di infrazione ma anche con altre modalità.

Riguardo al primo aspetto, varie procedure di infrazione sono state aperte nei confronti di Polonia e Ungheria e sono sfociate in altrettante pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sulla base dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione Europea e dell'articolo 47 della Carta di Nizza, la Corte di Lussemburgo ha giudicato controversie aventi ad oggetto alcune delle misure di cui abbiamo parlato, ad esempio in materia di pensionamento anticipato e limitazioni delle prerogative dei magistrati, ritenendole contrarie al diritto dell'Unione e, segnatamente, al diritto ad un giudice imparziale e ad una tutela giudiziaria effettiva. La dott.ssa Filippi ha ricordato in apertura come questi valori trovino fondamento nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea, il quale stabilisce che lo stato di diritto costituisce un valore fondante dell'Unione.

La risposta giudiziaria e le pronunce della Corte di giustizia sono state, almeno nella prima fase, sostanzialmente ignorate dalle istituzioni polacche. Di contro, si sono registrati da parte della Polonia veri e propri "rigurgiti nazionalisti" da parte di organi giudiziari polacchi, fondati su una presunta identità costituzionale nazionale da proteggere. Il riferimento è, in particolare, alla decisione del Tribunale costituzionale polacco K-3/21, che ha sostanzialmente propugnato un'inversione del principio del primato del diritto dell'Unione Europea, affermando la prevalenza della Costituzione polacca sul diritto eurounitario.

A fronte di queste resistenze e delle limitate misure che le autorità polacche hanno adottato in risposta alle pronunce della Corte di Lussemburgo, l'Unione Europea ha

adottato ulteriori contromisure di carattere politico, alcune delle quali senza precedenti. È il caso, in particolare, dell'attivazione dell'articolo 7(1) TUE. Quest'ultimo consente, attraverso una deliberazione a maggioranza del Consiglio, di riscontrare un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori fondanti dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, tra i quali rientra lo stato di diritto e, dunque, l'indipendenza della magistratura. Tale procedura può anche comportare l'adozione di raccomandazioni formali rivolte allo Stato membro affinché ponga rimedio ai suddetti rischi.

Non è stata invece esperita l'ulteriore opzione dell'attivazione del meccanismo previsto dai successivi commi dell'articolo 7 TUE, il quale consente di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dall'applicazione dei trattati ma richiede l'unanimità del Consiglio europeo. Rispetto a tale possibilità, infatti, si è registrato un asse di veti reciproci tra la Polonia e l'Ungheria di Orban che ne ha di fatto reso impraticabile l'utilizzo. Siamo rimasti, quindi, nell'ambito della procedura prevista dall'articolo 7 comma 1, la quale, tuttavia, non era mai stata attivata in passato.

Oltre alla risposta attuata sulla base dei trattati, un altro importante strumento da menzionare è il regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 sulla condizionalità al bilancio europeo, ricordato in apertura dalla dott.ssa Filippi. Il regolamento condiziona l'erogazione di fondi europei al rispetto dei valori fondanti dell'Unione, tra i quali lo Stato di diritto e, quindi, l'indipendenza della magistratura. Di fronte a riconosciute violazioni della *rule of law*, la Commissione ha di fatto congelato ingenti fondi del Next Generation EU e del fondo di coesione destinati alla Polonia.

Un'altra risposta di rilievo in ambito eurounitario è stata data dall'ENCJ, la Rete europea che riunisce i Consigli di giustizia degli Stati membri dell'Unione. Tale organo ha tempestivamente escluso il Consiglio Nazionale della Magistratura polacco dalla rete dei Consigli europei, ritenendolo non indipendente dal potere esecutivo a seguito delle riforme portate avanti dal governo guidato dal PiS. Si è quindi potuto assistere ad una ferma reazione in sede sovranazionale anche da parte degli organi di rappresentanza e autogoverno della magistratura europea.

Vale la pena ricordare anche la risposta di altri organi internazionali. La Commissione di Venezia ha espresso rilievi critici in molteplici pareri sulle modifiche legislative polacche, esprimendo preoccupazioni e raccomandazioni specifiche rivolte alla Polonia. Interessante da questo punto di vista, come ricordava la dott.ssa Filippi, è anche la *checklist* elaborata dalla Commissione di Venezia per riscontrare fattispecie sintomatiche della violazione dello stato di diritto. Si tratta di un ausilio interpretativo molto importante, specie nell'ottica di individuare tempestivamente i segnali propedeutici ad una regressione democratica.

Il GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione), un altro primario organismo del Consiglio d'Europa che si occupa di anticorruzione, ha espresso ulteriori rilievi critici con riguardo alle riforme polacche.

Restando sul piano internazionale, va richiamata inoltre l'ampia giurisprudenza sul punto sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di giudicare alcune controversie aventi ad oggetto fattispecie di lesione dell'indipendenza della magistratura in Polonia, specialmente con riguardo all'articolo 6, comma 1, della CEDU, relativo al diritto a

un tribunale indipendente e imparziale (ma non solo).

È interessante notare l'ideale dialogo instaurato sul punto con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In una importante decisione del novembre 2023 nel caso *Walesa c. Polonia* (ricorso n. 50849/21), la Corte di Strasburgo ha richiamato integralmente le conclusioni della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'assenza delle più basilari garanzie di indipendenza della Camera per il controllo straordinario e gli affari pubblici, ricordando altresì che l'indipendenza della magistratura è un prerequisito e una garanzia fondamentale dello Stato di diritto.

3. Problematiche irrisolte e prospettive future.

Mi avvio alla conclusione con un paio di notazioni finali collegate a quest'ultimo tema e ad altri evocati durante il dibattito di questo *panel*.

In primo luogo, può valere la pena interrogarsi anche sulle ragioni di questi attacchi ripetuti e sempre più frequenti alla magistratura. In Polonia e Ungheria questi fanno apparentemente parte di una sorta di strategia politica per perpetrare un disegno di mutamento dell'ordinamento in senso illiberale. Spesso si tratta di un disegno palesato espressamente come nel caso del primo ministro ungherese Victor Orban il quale, in un discorso del 2014, affermava direttamente di voler costruire uno stato democratico non liberale.

La magistratura rappresenta un bersaglio naturale per i regimi illiberali, specie a fronte del crescente ruolo odierno svolto dal giudice. Un ruolo che emerge specialmente con riguardo alla tutela dei c.d. "nuovi diritti" e alle tematiche di frontiera del diritto che, peraltro, si è ulteriormente accentuato

grazie all'integrazione sovranazionale e alla possibilità di disapplicare il diritto nazionale contrario al diritto dell'Unione.

Vediamo che, se in passato le associazioni per la promozione dei diritti collocavano le proprie manifestazioni sotto i palazzi delle assemblee legislative, sempre più spesso oggi le stesse manifestazioni avvengono di fronte ai palazzi ove hanno sede i tribunali costituzionali e le alte corti. La magistratura ha inoltre un fondamentale ruolo di garanzia dei diritti delle minoranze e delle istanze contro-maggioritarie e ciò contribuisce a renderla invisa al disegno di regressione democratica di un regime illiberale.

Non si tratta peraltro di una tendenza nuova: basti pensare al celebre passo in cui, già nell'Enrico VI, parte II di Shakespeare, il *villain* Dick il Macellaio afferma "*The first thing we do, let's kill all the lawyers*", con ciò alludendo – più che ai soli avvocati – ai giuristi in generale come denota il significato letterale di *lawyers* e, quindi, anche ai giudici. Come riconosciuto dal giudice Stevens della Corte Suprema americana negli anni Ottanta, con tale passaggio, Shakespeare ha perspicacemente chiarito che attaccare i giuristi costituisce la strada maestra verso il totalitarismo (Cfr. *Walters v. Nat'l Ass'n of Radiation Survivors*, 473 U.S. 305, 371 n. 24 (1985), Stevens, J., opinione dissidente).

Concludo però con una nota positiva rispetto all'azione degli anticorpi esterni e interni di cui abbiamo parlato. In Polonia questi anticorpi interni hanno operato in modo non trascurabile. C'è stata una opposizione parlamentare, seppur ridotta; ci sono state manifestazioni del giudiziario, come la marcia dei giudici di Varsavia nel 2020 e interventi di associazioni senza scopo di lucro. Dal punto di vista esterno, il congelamento dei fondi dell'Unione Europea ha comportato una forte pressione

politica dell'opinione pubblica sul governo guidato dal PiS.

Si tratta di fattori che, se non decisivi, hanno indubbiamente contribuito anche all'esito delle ultime elezioni per il rinnovo del Parlamento polacco dell'autunno 2023. Tali consultazioni elettorali hanno infatti visto la prevalenza dell'opposizione pro-europeista guidata da Donald Tusk al quale, dopo alcune tensioni istituzionali, il Presidente Duda ha alla fine attribuito l'incarico di formare un nuovo governo, il quale sembra intenzionato a promuovere un ripristino delle garanzie dello stato di diritto nell'ordinamento polacco. La nuova compagine governativa ha così avviato un dialogo con le istituzioni dell'Unione Europea annunciando un piano di azione per il ripristino dello stato di diritto, anche sul fronte dell'indipendenza della magistratura. Tale apparente nuovo corso dell'agenda politica polacca in materia di giustizia è stato accolto con favore dalla Commissione europea, la quale si è recentemente impegnata a sbloccare i fondi destinati alla Polonia precedentemente trattenuti (complessivamente pari a circa 137 miliardi di euro). Nel maggio 2024, la stessa Commissione ha ulteriormente rivelato l'intenzione di chiudere la procedura dell'articolo 7(1) del TUE contro la Polonia. Si dovrà quindi attendere l'attuazione di queste riforme per valutare l'effettivo ripristino dello stato di diritto in un paese ove molte sono ancora le resistenze al nuovo corso europeista e nel quale restano i segni di anni di giustizia illiberale. Del resto, come insegna la lezione della storia di Giacomo Matteotti, lo stato di diritto – valore che abbiamo forse dato per scontato credendolo immune da involuzioni democratiche – non è una conquista di una notte ma piuttosto un impegno senza fine (M. Cartabia, *The rule of law and the*

role of courts, in Italian Journal of Public Law, 1, 2018, 2).

In conclusione, e raccogliendo gli spunti critici sollevati, parto dal tema dell'importanza dell'apparato sovranazionale rispetto alla risposta ai tentativi di regressione democratica e lo ricollego al tema trattato dal professor Benvenuti, cioè il ruolo della magistratura. Si tratta di un tema senza dubbio delicato. Tuttavia, nel caso polacco, va rilevato che, sin dalle prime fasi di questa regressione democratica, i magistrati polacchi hanno identificato nella Corte di Giustizia un interlocutore naturale per portare gli attacchi alla loro indipendenza su un piano più alto rispetto a quello nazionale. Questo ha innanzitutto consentito quella reazione attuata con gli strumenti più "tradizionali" della procedura di infrazione, contribuendo a sviluppare una giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha chiarito la contrarietà al diritto unionale di molte delle misure introdotte dalla Polonia. Concordo sul fatto che questa risposta non si è rivelata del tutto efficace, almeno da sola, tanto che la stessa Unione Europea ha dovuto ricorrere ad altri mezzi. Tra questi assumono particolare rilievo la richiamata procedura di cui all'art. 7(1) TUE ed il regolamento sulla condizionalità europea, che si è in effetti rivelato piuttosto efficace. Lo si vede anche dai toni della campagna elettorale durante le elezioni dell'autunno 2023 in Polonia. Il dibattito, nonostante la propaganda governativa, si è ampiamente focalizzato sulla necessità di sbloccare questi fondi – oltre cento miliardi – che, rispetto al PIL polacco, rappresentano importi davvero rilevanti per l'economia del paese.

In questa dialettica favorita dalle iniziative dei magistrati polacchi che si sono rivolti alla Corte di Giustizia (tanto che il governo guidato dal PiS ha anche cercato di limitare la possibilità del rinvio pregiudiziale) si ve-

de l'importanza della rete di cooperazione giudiziaria europea rispetto ai tentativi di limitare l'indipendenza della magistratura. Questo aspetto emerge in particolar modo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul mandato d'arresto europeo. Alcuni giudici di Stati membri europei si sono chiesti se potessero fidarsi delle autorità giudiziarie polacche, con le quali devono cooperare, in presenza di evidenze di una situazione di mancata indipendenza della magistratura nel paese. Questo dialogo ha avuto un ruolo non trascurabile ed ha altresì avuto il merito di portare la questione da un piano meramente politico ad uno giuridico. Mentre infatti la Corte costituzionale polacca catturata ha tentato di rivendicare una pretesa identità costituzionale nazionale da far prevalere sul diritto dell'Unione, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che, dal punto di vista giuridico, l'identità nazionale non può valere come clausola culturale di esonero rispetto al diritto dei trattati. Infatti, lo stato di diritto, oltre a costituire un valore fondante dell'Unione in base a quegli stessi trattati, è parte integrante della cultura giuridica europea e pertanto deve essere garantito senza eccezioni.

SIMONE PITTO

4. La proposta di *judicial overhaul* in Israele come paradigma di odierno attacco all'indipendenza della magistratura

SOMMARIO: **1.** La rilevanza del caso israeliano. – **2.** La proposta di riforma governativa. – **3.** Perché un paradigma?

1. La rilevanza del caso israeliano.

La scelta di analizzare il caso di Israele¹ quando si discute di problematiche costituzionalistiche può sempre sembrare, *prima facie*, latamente esotica: e dunque non pienamente attinente con le sfide che i maturi ordinamenti dell'area euro-atlantica si trovano a fronteggiare.

In realtà così non è, in particolare per quel che attiene al nostro tema di discussione, e dunque all'organizzazione della magistratura e alla sua indipendenza.

Israele, laboratorio di costituzionalismo liberal-democratico *in terra aliena* (pur con connaturate debolezze strutturali), costituisce nell'attuale temperie un esempio paradigmatico di ordinamento che fronteggia un virulento attacco politico all'indipendenza della magistratura.

Certe dinamiche storiche rendono esacerbate le dinamiche dei conflitti tra poteri, che oggi prorompono; gli influssi populisti recenti, sul modello anche di alcuni ordinamenti europei, completano il preoccupante quadro, che il conflitto a Gaza ha solo reso meno impellente.

2. La proposta di riforma governativa.

Cosa è in particolare accaduto?

Il governo Netanyahu VI, insediatosi a fine dicembre 2022, ha incardinato a stretto giro presso la allora neo-costituita *Knesset*, locale assemblea elettiva nazionale, una complessa proposta di riforma della giustizia, dopo averla posta al centro dell'accordo di programma della nuova coalizione di destra vincitrice delle elezioni.

Essa si compone di una serie di elementi, che vanno partitamente analizzati, al fine di giungere a una visione d'insieme delle sue finalità.

La proposta intende intervenire su cinque fondamentali aspetti del sistema costituzionale israeliano.

¹ Per una compiuta disamina sul tema si rinvia a «La riforma della giustizia israeliana: cronache dall'ultima frontiera costituzionale», in *Giustizia Insieme*, vol. 3 settembre-dicembre 2023, *Dialoghi oltre i confini nazionali*, 507.

La prima dimensione del proposto intervento attiene alle modalità di selezione dei giudici nell'ordinamento.

L'attuale sistema, fondato sulle disposizioni della *Basic Law: the Judiciary* (la legge costituzionale in materia di ordinamento giudiziario), prevede che i giudici siano nominati da un *Judicial Selection Committee* composto da nove membri: il *Justice Minister* e il *Chairman Cabinet Minister* in rappresentanza del governo, due membri della *Knesset* usualmente designati in rappresentanza di maggioranza e opposizione parlamentare, due membri della locale *Bar Association*, ossia designati dall'avvocatura, tre membri in rappresentanza dei giudici della Corte suprema, tra cui il *Chief Justice*. Sempre attualmente, la nomina dei giudici ordinari avviene a maggioranza semplice tra i membri del *Judicial Selection Committee*; quella dei giudici della Corte suprema, in esito ad una riforma del 2008², avviene a maggioranza di sette membri su nove, così da garantire un sostanziale e speculare potere di voto tanto in capo alla componente magistratuale che a quella politica (composta dai due membri del governo e dal deputato di maggioranza), e così da garantire nomine necessariamente congiunte.

L'attuale proposta governativa mira alla modifica di tale assetto, al fine di dotare la maggioranza politica all'interno dell'eventualmente riformato *Judicial Selection Committee* di una capacità di decisione sostanzialmente autonoma. L'idea è di modificare

la composizione del *Committee* portandola a undici membri: il *Justice Minister*, che fungerebbe anche da presidente, due altri ministri designati dal governo, i presidenti del *Constitution, Law and Justice Committee*, dello *State Control Committee*, dello *Knesset Committee* costituiti all'interno dell'assemblea parlamentare (anch'essi, quali presidenti di commissione parlamentare, solitamente riconducibili alla maggioranza), il *Chief Justice* e altri due giudici della Corte suprema scelti in autonomia dall'organo, due altri rappresentanti scelti dal *Justice Minister*, di cui uno avvocato. La necessaria maggioranza di sette membri per la nomina di ogni giudice, anche della Corte suprema, sarebbe così facilmente raggiungibile coi soli voti dei componenti in un modo o nell'altro riconducibili al governo in carica: così da potenzialmente dotare quest'ultimo di un pieno controllo su nomine e revoca degli appartenenti all'ordine giudiziario.

La seconda dimensione del proposto intervento attiene alle modalità del controllo di costituzionalità delle leggi in essere nell'ordinamento.

Nel sistema costituzionale israeliano a partire dagli anni '90 s'è sviluppata per via pretoria una forma di controllo di costituzionalità delle leggi, nonostante l'inesistenza di una costituzione unidocumentale e rigida, e l'esistenza di un solo reticolo, incompleto, di cd. *Basic Laws* emanate nel corso dei decenni, adottate senza la previsione di alcun procedimento aggravato, e sino agli anni '90 vertenti solo su aspetti organizzativi dei poteri dello Stato. Sulla scorta della adozione nel 1992, da parte della *Knesset*, delle prime *Basic Laws* in materia di diritti fondamentali, la Corte suprema d'Israele ha dichiarato, col noto caso *Uni-*

² Che già ha interrotto il denunciato precedente sostanziale dominio da parte dei giudici della Corte suprema nel consenso, considerati sino a quella data capaci di porre in atto una sostanziale politica di cooptazione rispetto a professionalità e sensibilità affini (deliberando a maggioranza semplice con il voto, tradizionalmente concorrente, dei rappresentanti dell'avvocatura e/o almeno di alcuni dei rappresentanti politici).

ted Mizrahi Bank del 1995³ (non a caso da più parti paragonato alla storica sentenza *Marbury v. Madison* della Corte suprema degli Stati Uniti che nel 1803 “inventò” il *judicial review of legislation*⁴), l’esistenza di una «rivoluzione costituzionale» nell’ordinamento, ossia di un presunto cambiamento paradigmatico nella struttura costituzionale del paese e nei rapporti tra potere politico e potere giudiziario, prima modellati sull’ancoraggio alla *common law* britannica e ad un costituzionalismo “evoluzionista”⁵, ma ormai da ritenersi fondati, invece, sulla *judicial supremacy*⁶, e dunque sulla piena possibilità di un controllo giudiziale della

conformità delle leggi ordinarie con i disposti delle *Basic Laws*.

Tale «rivoluzione costituzionale», a far data dal 1995, ha costituito il paradigma ampiamente maggioritario nella lettura della struttura costituzionale d’Israele: ma tale paradigma interpretativo, seppur largamente adottato, non è mai stato l’unico, ha condotto ad un uso cauto e spesso contestato degli effetti poteri di controllo di costituzionalità delle leggi, e ha sempre conosciuto tentativi «contro-rivoluzionari» da parte del potere politico tesi alla riaffermazione della propria primazia⁷.

Ecco dunque che l’attuale proposta governativa in discussione mira alla modifica di tale assetto, e dunque a porre un freno al potere di controllo di costituzionalità delle leggi che la Corte suprema d’Israele s’è arrogata: da un lato, finalmente, sancendone l’esistenza nell’ambito della normazione primaria, mediante l’adozione di una *Basic Law: the Legislation* sino ad oggi ripetutamente prefigurata ma mai emanata; dall’altro, espressamente limitandolo in due fondamentali sensi, ossia anzitutto vietando il *judicial review* avente ad oggetto *Basic Laws*, e dunque sancendo l’impossibilità di controllo giudiziale di «*unconstitutional constitutional amendments*»⁸ (si noti: nell’ambito di un sistema che non differenzia l’adozione di *Basic Laws* mediante procedimenti legislativi aggravati, e dunque rimanendo solo nominalistica la differenza tra leggi ordinarie e tali “leggi fondamenta-

³ United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village (1995) 49 (iv) PD 221.

⁴ Ex pluribus T. GROPPi, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3543, 3554; Z. SEGAL, *The Israeli Constitutional Revolution: the Canadian Impact in the Midst of a Formative Period*, in *Forum Constitutionnel*, 1997, 53, 54; M. HALBERSTAM, *Judicial Review, A Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, in *Cardozo Law Review*, 2010, 2393, 2424; ed estesamente sul raffronto Y. RABIN, A. GUTTFELD, *Marbury v. Madison and its Impact on the Israeli Constitutional Law*, in *University of Miami International & Comparative Law Review*, 2000, 303; criticamente infine M. TROPER, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutional Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 24.

⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643, 1652: «È noto che si possono contrapporre due modelli di sviluppo costituzionale: quello britannico dell’evoluzione delle regole fondamentali della convivenza sociale attraverso il graduale sviluppo delle leggi, delle consuetudini, della giurisprudenza, e quello continentale dell’evoluzione attraverso passaggi ordinamentali, rotture della continuità, momenti - cioè - costituenti. L’idea della radicalità di tale contrapposizione, molto diffusa tra Ottocento e Novecento, è in realtà risalente: la ritroviamo, in particolare, nella tesi ciceroniana della superiorità della forma di governo romana (“quam patres nostri nobis acceptam iam inde a maioribus relinquerunt”) proprio in ragione della gradualità dei suoi sviluppi».

⁶ Per approfondimenti sulla ricostruzione teorica sottostante v. da ultimo S. GARDBAUM, *What is Judicial Supremacy?*, in G.J. JACOBSON, M. SCHOR (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, 2018, 21.

⁷ Secondo la nota locuzione di D. NAVOT, Y. PELED, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, in *Constellations*, 2009, 429.

⁸ Cfr. Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017, e, per riferimenti tradizionali, O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tubinga, 1951.

li”), e poi richiedendo, per la dichiarazione d’incostituzionalità di leggi ordinarie, una pronunzia della Corte suprema in necessaria seduta plenaria di quindici membri, e con un quorum deliberativo dell’80% dei membri stessi.

Fin troppo evidente, in tal ottica, l’intento governativo: una severa *actio finium regundorum* degli spazi tra potere giudiziario di controllo di costituzionalità delle leggi e potere politico, che, pur istituzionalizzando il primo, ne sancisce significativi limiti procedurali, e soprattutto esoneri dal controllo la normazione attuata nelle forme di *Basic Law* - senza però che tali forme prevedano, ad oggi, procedure aggravate particolari, e dunque essendo esse alla mercé di maggioranze politiche semplici.

Tale intento di ridefinizione dei ruoli tra politico e giudiziario risulta vieppiù chiaro se poi si guarda alla terza dimensione del proposto intervento, che attiene alla possibilità di cd. *override* parlamentare delle decisioni della Corte suprema in punto di incostituzionalità della legislazione.

L’idea che si propone è quella di dotare la *Knesset* in via generalizzata del potere di sovvertire, mediante votazione a maggioranza assoluta (61 deputati su 120), una decisione della Corte suprema che abbia dichiarato l’illegittimità costituzionale di una legge: così ri-affermendo, mediante deliberazione assembleare ulteriore, la vigenza della normazione censurata.

Si gioca, con tale proposta, con la generalizzazione di un meccanismo di pretesa soluzione della cd. *counter-majoritarian difficulty* teorizzata, da noti costituzionalisti americani⁹, come insita in ogni esercizio di

controllo di costituzionalità delle leggi: con il controllo di costituzionalità si sancisce sì la preminenza di regole e principi di rango costituzionale su deliberazioni legislative di rango ordinario; ma, sul piano istituzionale, si afferma la possibilità che giudici, o organi in ogni caso non eletti o comunque dotati di legittimazione diretta, annullino le volontà dei rappresentanti del corpo elettorale, e dunque agiscano in contrasto con la volontà maggioritaria, e ciò costituirebbe la “difficoltà” di base che alimenta il secolare dibattito sulla legittimità e sulle forme di legittimazione necessarie a tal fine¹⁰.

Il potere di cd. *override* parlamentare è uno degli svariati sistemi teorizzati e poi applicati, in ambito comparatistico¹¹, per la pretesa soluzione di tale intrinseco dilemma istituzionale: sancendo una deroga al principio di *judicial supremacy*, che darebbe all’organo di controllo di costituzionalità l’“ultima parola” sulla questione controversa, si prevede che l’organo politico si possa riappropriare di tale ultima parola, con deliberazione susseguente presa semmai con speciali maggioranze. Ma qui è ovviamente il punto: tale soluzione è invero prevista, in ambito comparatistico, da alcuni sparsi ordinamenti, e tra questi v’è già Israele rispetto a puntiformi disposizioni delle *Ba-*

sulla «ossessione» di certa dottrina costituzionalistica, specie nordamericana, per la questione v. B. FRIEDMAN, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *Yale Law Journal*, 2002, 153.

¹⁰ Per una utile summa in italiano del dibattito in materia può vedersi L. MEZZETTI, *Teoria della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, 307.

¹¹ Si v. ad es. rispetto al paradigma costituito dalla nota Section 33 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nella dottrina italiana, G. GERBASI, *Problematiche costituzionali sulla clausola nonobstante cui all’art. 33 della Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in C. AMIRANTE, S. GAMBINO (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000, 241.

⁹ In primis A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986, specie 34 ss.;

sic Laws del 1992 sui diritti fondamentali (è insomma previsto che ove queste specifiche disposizioni fungano da parametro in un giudizio di costituzionalità, un *override* parlamentare è possibile); è di solito accompagnata da limiti di vigenza temporale e relativi ai possibili parametri costituzionali interessati¹²; la proposta in discussione è invece anzitutto relativa alla generalizzazione di tale istituto (relativamente ad ogni possibile parametro di costituzionalità, anche fondamentale), può condurre a ri-affermazioni di vigenza permanenti della legge censurata, e soprattutto si calerebbe in un contesto ordinamentale in cui, s'è detto, non esistono procedimenti legislativi aggravati per l'adozione di *Basic Laws* (dove il rischio che la disciplina costituzionale parametro sia sostanzialmente messa in dubbio, nella sua effettività, dalla successiva deliberazione che deroghi alla sua applicazione giudiziale), e la maggioranza assoluta di 61 deputati su 120 è usualmente appannaggio della coalizione governativa (dove il rischio che una mera maggioranza politica possa sovertire in ogni caso decisioni giudiziali di incostituzionalità).

Ancora sostanzialmente collegata è la quarta dimensione del proposto intervento, che attiene alla volontà governativa di vie-

tare *ex lege* ogni modalità di censura giudiziale dell'azione amministrativa *sub forma* di controllo di ragionevolezza.

Il vaglio giudiziale della ragionevolezza dell'azione amministrativa è istituto antico che appartiene *ab origine* all'ordinamento giuridico israeliano: come noto, tale ordinamento s'è modellato sin da principio con aderenza alla tradizione di *common law* britannica, che era unificante *law of the land* ai tempi del Mandato britannico in Palestina precedenti al 1948¹³. È importante rimarcare che all'aderenza a tale tradizione Israele deve anche la cd. *original jurisdiction* della Corte suprema quale Alta Corte di giustizia (*High Court of Justice*), supremo tribunale amministrativo destinato, in via diretta, al vaglio degli atti governativi e delle pubbliche autorità¹⁴, che si affianca alla sua *appellate jurisdiction* quale organo di vertice dell'ordinamento per le questioni civili e penali.

Ciò si rimarca al fine di comprendere come la proposta in discussione sia, nuovamente, indirizzata contro il perenne idolo polemico dell'attuale maggioranza politica conservatrice d'Israele: la Corte suprema, rea in questo caso di avere sviluppato appunto quale Alta Corte di giustizia, a partire dalla fine degli anni '70, una invero assai largheggiante giurisprudenza tesa alla sostanziale eliminazione, per via interpretativa,

¹² V. appunto Sez. 33 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: «(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under section (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under section (1). (5) Section (3) applies in respect of a re-enactment made under section (4)».

¹³ Lo sottolinea opportunamente oggi, discutendo della riforma, R. ZIEGLER, *The British Are Not Coming: Why You Can't Compare Israel's Proposed Legal Overhaul to the UK System*, in *Haaretz*, 7.2.2023, disponibile al sito <https://www.haaretz.com/opinion/2023-02-07/ty-article-opinion/.premium/the-british-are-not-coming-why-you-cant-compare-israels-legal-overhaul-to-the-uk/00000186-2cdb-d2f6-afe6-3dff4880000>.

¹⁴ Sulla storia dell'istituzione v. da ultimo Y. SAGY, *The Missing Link: Legal Historical Institutionalism and the Israeli High Court of Justice*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2014, 703.

delle principali restrizioni procedurali al potere di scrutinio degli atti amministrativi e dell'esecutivo, ed in particolare dei requisiti di *justiciability* (idoneità di una controversia a essere decisa da un giudice) e di *standing* (legittimazione/interesse ad agire), e che avevano in precedenza impedito di pronunciarsi su molte delle questioni portate, anche informalmente od irrujalmente, dinanzi ad essa¹⁵. La trasposizione di questa innovativa giurisprudenza (in larga parte imputabile all'ispirazione teorica del presidente della Corte Aharon Barak¹⁶, che poi sarà nel decennio successivo il fautore della proclamata «rivoluzione costituzionale» cui s'è accennato) ai procedimenti conosciuti in veste di Alta Corte di giustizia ha finito per conformare un modello di giustizia amministrativa fortemente aperto alle istanze provenienti dalla società, pronto ad affrontare ogni tipo di questione sensibile anche di natura militare, facendo giustizia del motto «*everything is justiciable*» con cui era stato apertamente teorizzato¹⁷. La Corte ha in tal senso da decenni strategicamente aperto le proprie porte a pressoché ogni tipologia di attore sociale e di sue doglianze; si è così costruita un ruolo centrale nel va-

glio di legittimità dei poteri amministrativi e poi anche legislativi e financo di normizzazione costituzionale, esercitato sino a censurare, di recente, proprio anche *sub forma* di vaglio di ragionevolezza, l'abuso del procedimento legislativo¹⁸, l'abuso delle forme delle *Basic Laws*¹⁹, oltre che la violazione dei principi costituzionali.

Evidente allora che la contestazione governativa oggi in discussione non attiene di per sé al vaglio giudiziale di ragionevolezza, ma all'impiego, invero pervasivo, che la Corte ne ha fatto da decenni, sulla scorta di una giurisprudenza largheggiante ma mai sinora messa in discussione.

Da ultimo, la disamina va completaata con la quinta dimensione del proposto intervento, che mira alla relativizzazione dell'importante, e «costituzionalizzato»²⁰, ruolo dell'*Attorney General*.

Tale organo, monocratico, si ispira anch'esso a forme di *common law*, ma assume nell'ordinamento israeliano un'originale postura. Anziché essere parte della compagine di governo, come omologhi organi in similari sistemi, ne è una sorta di consigliere giuridico, che però s'atteggia a mo' di autorità indipendente: lo rappresenta in giudizio, sovraintende alla pubblica accu-

¹⁵ D. BARAK-EREZ, *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel: Between Activism and Restraint*, in *Indian Journal of Constitutional Law*, 2009, 118, 119 ss.

¹⁶ Facciamo soprattutto riferimento, a livello di pubblicistica internazionale, ad A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989; Id., *Forward: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, 119; Id., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2005; Id., *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, su cui si v. anche H. NEUER, *Aharon Barak's Revolution*, in *Azure*, 1998, 5758.

¹⁷ Un modello che è stato definito di «perattività giudiziaria», e paragonato per apertura alle istanze sociali al sistema di giustizia costituzionale canadese, da T. GROPPY, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione*, cit., p. 3557, sulla scorta della definizione di Y. DOTAM, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, in *Israeli Affairs*, 2002, 87 ss.

¹⁸ V. HCJ 10042/16 Quantiski v. the Israeli Knesset (Aug. 6, 2017), e il commento di Y. BAR-SIMAN-TOV, *In Wake of Controversial Enactment Process of Trump's Tax Bill, Israeli SC Offers a Novel Approach to Regulating Omnibus Legislation*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 13.12.2017, disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/12/in-wake-of-controversial-enactment-process-of-trumps-tax-bill-israeli-sc-offers-a-novel-approach-to-regulating-omnibus-legislation/.

¹⁹ V. HCJ 8260/16 The Academic Center for Law & Business v. Israeli Knesset (Sept. 6, 2017), e le riflessioni di S. NAVOT, Y. ROZNAI, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, in *European Journal of Law Reform*, 2019, 403.

²⁰ Giacché il suo ruolo è positivizzato tanto nella *Basic Law: the Judiciary* (1984) che nella *Basic Law: the Government* (2001).

sa, formula pareri, spesso obbligatori²¹. Ma, proprio alla luce dell'indipendenza che gli è conferita, l'azione e i pareri dell'*Attorney General* sono prese di posizione che spesso impegnano, malvolentieri, il governo.

La proposta è di rimodulare la configurazione dell'*Attorney General*, trasformandolo da organo indipendente a mero consulente posto nei ranghi del Ministero della giustizia, a rendere i pareri del medesimo espressamente non vincolanti per il governo, a consentire ai ministri di svincolarsi dalla necessaria rappresentanza giudiziale dell'*Attorney* mediante la possibilità di rappresentanza su base volontaria da parte del libero foro, in caso di differenza di vedute con costui.

Ovviamente, ha attratto critiche la posizione di un governo non solo esplicito nella sua volontà di diminuire la possibilità di vaglio da parte dei giudici sul proprio operato, ma anche riluttante ad accettare in tal ottica le prese di posizione dell'*Attorney General*²².

3. Perché un paradigma?

Il tentativo di *judicial overhaul* israeliano, così sommariamente descrivibile, è in più sensi paradigmatico.

È anzitutto indicativo di una recrudescenza nelle dinamiche di conflitto tra poteri che sono tipiche, da decenni, in Israele.

L'idea di una «rivoluzione costituzionale» consumatasi negli anni Novanta, e condu-

cente a pieni poteri di controllo di costituzionalità delle leggi da parte della Corte suprema, in un paese che non ha una costituzione unidocumentale e rigida, è da decenni il paradigma interpretativo maggiormente accettato, ma non è mai stata avallata in senso univoco da ogni strato della complessa, plurale popolazione israeliana. Ciò vale, in generale, per parte significativa del fronte conservatore, ed in particolare vale per i plurimi fronti conservatori religiosi, che temono da sempre un sovvertimento dei delicati equilibri politici di un paese che, sin nella propria Dichiarazione d'indipendenza del 1948, s'è proclamato *«Jewish and democratic»*: ossia, temono il potenziale impatto laicizzante che l'applicazione *iussu iudicis* di principi costituzionali liberal-democratici potrebbe avere, ad esempio in settori simbolici ma altamente sensibili quali la gestione pluralistica su base religiosa dei regimi di diritto di famiglia²³ o le storiche esenzioni, pure su base religiosa, dal servizio militare²⁴.

Da tale constatazione deriva un primo elemento di contingenza da sottolineare: già si erano registrati, da almeno quindici anni, tentativi «contro-rivoluzionari» da parte del potere politico di riaffermazione della propria primazia rispetto alla proclamazione pretoria del potere di controllo di costituzionalità delle leggi, anche nelle gravi forme oggi proposte (o, *rectius*, riproposte)²⁵;

²¹ Sulla figura *in extenso* E. OTTOLENGHI, *La forma di governo*, in T. GROPPi, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, Torino, 2006, 111.

²² J.H.H. WEILER, *Israel: Cry, the Beloved Country*, in *Verfassungsblog*, 1.2.2023, disponibile al sito <https://verfassungsblog.de/cry-beloved-country/>.

²³ Cfr. in merito E. OTTOLENGHI, *Profilo storico* e A.M. RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto*, in T. GROPPi, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, cit., 11 ss.; G. TEDESCHI, *Le Centenaire de la Mejelle*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1969, 125.

²⁴ Sul punto cfr. la ricostruzione recente di D. ELLENSON, *The Supreme Court, Yeshiva Students, and Military Conscription: Judicial Review, the Grunis Dissent, and its Implications for Israeli Democracy and Law*, in *Israel Studies*, 2018, 197.

²⁵ D. NAVOT, Y. PELED, *Towards a Constitutional Counter-Revolution*

la proposta di riforma in discussione però li riunisce, ed è avanzata in un frangente in cui la dinamica politica può concretamente condurre ad una sua adozione.

Occorre infatti considerare che almeno sin dal 2007, e dunque subito successivamente al ritiro di Aharon Barak dalla sua presidenza (e quale carismatica guida), gli attacchi politici alla Corte iniziarono a concretarsi. Chi si fece primo promotore di quella che sarebbe divenuta una serie ripetuta di tentativi di contenimento del potere giudiziario fu l'allora ministro della giustizia Daniel Friedmann, un illustre accademico già voce critica rispetto al tralaticio sistema di nomine giudiziali nel paese²⁶, e che avrebbe poi anche nella propria produzione scientifica evidenziato aspre critiche sulla «rivoluzione» giudiziale²⁷. Fu nell'ambito del suo mandato che si iniziò a prefigurare l'impiego di quel tipico arsenale di metodi che gli studi comparativi tradizionali e le riflessioni svolte ci fanno facilmente prefigurare, e che s'attualizzano oggi.

In linea con le ragioni critiche del passato, egli propose anzitutto una riforma del sistema di selezione dei giudici, ed in particolare di quelli della Corte suprema, nella prospettiva di un «court packing»²⁸ in chia-

ve conservatrice, ossia di una ridefinizione degli equilibri di forza al suo interno²⁹: ciò in particolare ragionando della possibile riforma della *Basic Law: the Judiciary* così da emendare la composizione di quel *Judicial Selection Committee* tradizionalmente incaricato delle nomine, e tradizionalmente dominato dagli stessi giudici della Corte suprema, capaci dunque di porre in atto, sino a quel momento, una sostanziale politica di cooptazione rispetto a professionalità e sensibilità affini.

Altra proposta fu quella di ridefinizione, addirittura mediante legge ordinaria, dell'ambito delle *Basic Laws* capaci di fungere da parametro in un giudizio di costituzionalità: giacché, da parte critica, si considerava che tra le varie questioni lasciate aperte dal caso *United Mizrahi Bank* del 1995 vi fosse quella di quali leggi fondamentali potessero fondare i nuovi poteri giudiziari, se solo quelle nuove sui diritti umani del 1992 od anche, opportunamente interpretate, anche quelle passate ed eventuali future³⁰. A ciò, viste le polemiche sorte dalla sentenza che per prima aveva interessato la materia³¹, si accompagnava l'idea di emendare la *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, cui pur confermare il potenziale valore parametrico, così da esentare le leggi relative alla cittadinanza, visto il loro

in Israel?, cit.

²⁶ *Ivi*, 440.

²⁷ D. FRIEDMANN, *The Purse and the Sword: The Trials of Israel's Legal Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2016: su cui, criticamente e in chiave comparistica, F.I. MICHELMAN, *Israel's "Constitutional Revolution": A Thought from Political Liberalism, in Theoretical Inquiries in Law*, 2018, 745.

²⁸ Il riferimento è ovviamente all'antecedente del *Judicial Procedures Reform Bill of 1937* nordamericano, con cui il Presidente Franklin D. Roosevelt si propose di emendare le procedure di selezione dei giudici della Corte suprema U.S.A. al fine di ottenere giudici più favorevoli rispetto alla legislazione sul *New Deal*; per una recente ricostruzione storica in materia, si v. J. BRAVER, *Court-Packing: An American Tradition?*, in *Boston College Law Review*, 2020, 2747.

²⁹ D. IZENBERG, *Friedmann Urges Revamping Judges Selection Committee*, in *Jerusalem Post*, 27.3.2007, disponibile al sito www.jpost.com/israel/friedmann-urges-revamping-judges-selection-committee.

³⁰ C. PRICE, *Israel Cabinet Backs Bill Restricting Supreme Court Review Power*, in *Jurist.org - Legal News and Commentary*, 7.9.2008, disponibile al sito www.jurist.org/news/2008/09/israel-cabinet-backs-bill-restricting/.

³¹ HCJ 7052/03 *Adalah v. Minister of the Interior* (2006) 2 *TakEl* 1754.

potenziale simbolico, dal vaglio di costituzionalità³².

Ancora, si propose di emendare sin da quell'epoca, in altri sensi, la *Basic Law: the Judiciary*: in particolare prevedendo *ex lege* la possibilità di *judicial review of legislation* solo da parte della Corte suprema (mirando a risolvere le pur registratesi incertezze sulla natura diffusa o accentrata dei relativi poteri³³), e solo mediante deliberazioni di collegi di almeno nove giudici, con almeno due terzi dei voti dei giudicanti in favore (mirando a sradicare i pur registratisi episodi di deliberazioni di invalidità a composizione ristretta).

Non solo. Sostanziando appieno l'idea di una «contro-rivoluzione» chiamata a sradicare i frutti della «rivoluzione» di Barak, e dunque *in primis* l'idea della *judicial supremacy* fondata sul potere di controllo di costituzionalità delle leggi, si propose la positivizzazione di un generale potere di *override* da parte della *Knesset* rispetto ai *dicta* giudiziali: così che, nella configurazione dei disegni dell'epoca (comunque più garantistica rispetto a quella oggi propalata), una super-maggioranza di 70 membri su 120 della camera rappresentativa potesse rendere inefficace una dichiarazione di incostituzionalità, riasserendo validità ed efficacia della disciplina di legge censurata³⁴.

Nessuna delle proposte suddette si fece effettivamente strada, in quell'iniziale fran-

gente come poi successivamente. Ciò nonostante ognuna di esse sia stata destinata a riemergere a più riprese nel dibattito pubblico, ad esempio nel 2012³⁵ e poi ancora recentemente con il mandato al ministero della giustizia della combattiva conservatrice Ayelet Shaked, la quale propose già in quel frangente l'idea, oggi tornata *à la page*, di un generale *override power* legislativo a sola maggioranza assoluta³⁶.

Solo, nel 2008, s'è emendata la disciplina del *Judicial Selection Committee* (la cui composizione pur rimase intatta) al fine di richiedere la cennata speciale maggioranza di sette membri su nove per nominare i giudici della Corte suprema: ciò motivando sulla base della delicatezza del ruolo, ma sostanzialmente nella speranza, già in effetti oggi in essere, di ribaltare le usuali dinamiche interne all'organo, che vedevano il sostanziale controllo delle nomine da parte dei giudici stessi, presenti nel *Committee* nel numero di tre, d'intesa coi membri dell'avvocatura, presenti nel numero di due, e così da privilegiare il peso dei componenti politici (due membri governativi e due membri parlamentari)³⁷. Riforma parziale che però non ebbe effetti dirompenti, anzi avendone in fondo di condivisibili: richiamando ad un

³² D. NAVOT, Y. PELED, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, cit., 440.

³³ Su cui v. O ARONSON, *The Democratic Case for Diffuse Judicial Review in Israel*, cit., e, volendo, L. PIERDOMINICI, *Diffusione e concentrazione del giudizio di costituzionalità delle leggi in Israele. L'ottica del conflitto tra poteri*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, Bologna, 2017, 183.

³⁴ D. NAVOT, Y. PELED, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, cit., 440.

³⁵ A. BOTTORF, *Israel Bill Would Allow Parliament to Overturn Supreme Court Decisions Cabinet Backs Bill Restricting Supreme Court Review Power*, in *Jurist.org - Legal News and Commentary*, 9.4.2012, disponibile al sito www.jurist.org/news/2012/04/israel-bill-would-allow-parliament-to-overturn-supreme-court-decisions.

³⁶ Si v. criticamente A. HAREL, *The Israeli Override Clause and the Future of Israeli Democracy*, in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 15.5.2018, disponibile al sito verfassungsblog.de/the-israeli-override-clause-and-the-future-of-israeli-democracy.

³⁷ Y. LEVY ARIEL, *Judicial Diversity in Israel: An Empirical Study of Judges, Lawyers and Law Students*, tesi dottorale depositata alla Faculty of Laws, University College London, disponibile al sito www.ucl.ac.uk/judicial-institute/sites/judicial-institute/files/judicial_diversity_in_israel.yla_1.pdf, 50 ss.

necessario vasto consenso nelle procedure di nomina, senza possibilità di preponderanze tra frange diverse di componenti.

Va dunque ben inteso in che senso si sottolinei tale primo elemento di contingenza: analoghi tentativi di «contro-rivoluzione» rispetto a quelli odierni si registrano, appunto, da quindici anni almeno; essi però non hanno mai incontrato, nel sistema parlamentaristico israeliano fondato sulla formula proporzionale e dunque indefettibilmente su governi di coalizione³⁸, l'ampio supporto necessario tra le forze politiche delle varie maggioranze succedutesi, pur se spesso conservatrici e dunque generalmente ostili rispetto all'attivismo considerato *liberal* della Corte³⁹.

Terminato tuttavia l'esperimento del governo di larga coalizione Bennett-Lapid in carica tra il 2021 e il 2022 (fondatosi sulla *conventio ad excludendum «rak lo Bibi»*, ossia “tutti dentro fuorché Bibi Netanyahu”), il governo Netanyahu VI oggi in carica si presenta come un potenziale sovvertimento delle dinamiche politiche degli scorsi anni. Esso gode nella *Knesset* di una maggioranza di supporto solida, che ammonta a 64 deputati su 120; e si fonda su una coalizione che può dirsi quella più a destra della storia di Israele, che federa gli storici alleati ultraortodossi *Shas* e *United Torah Judaism* e per la prima volta formazioni di destra radicale quali *Otzmà Yehudit*, *Tkumà* e *Noam*, rispetto alle quali il *Likud* è, insolitamente, “ala moderata”; e che è resa vieppiù omogenea dalla precedente, risentita esperienza all'opposizione.

Quel che insomma non s'era concretato negli scorsi due decenni, ossia una convergenza di forze conservatrici, sia religiose che più laiche, programmaticamente ostili, nel conflitto tra poteri, rispetto alla Corte e al suo operato, e pronte per ciò a sovvertire il sistema costituzionale, oggi viene in essere: tanto che, in punto di contingenza politica, va registrato che non solo (s'è accennato) la proposta riforma era parte del programma elettorale espressamente propalato dall'attuale maggioranza, e siglato dalle sue forze componenti, ma che, addirittura, in simultanea rispetto alla sua presentazione, che è tesa alla ridefinizione dei poteri costituzionali della Corte, il governo è pure al lavoro sul sensibile tema dell'ampliamento simmetrico dei poteri delle Corti rabbincche, nell'idea di facoltizzarle ad agire da arbitri in materia civile sulla base del diritto religioso in presenza di accordo delle parti in conflitto – ma dunque ulteriormente tendendo alla delegittimazione del sistema giudiziario civile, e attentando all'uniformità ordinamentale e di trattamento dei cittadini⁴⁰.

Il fatto che anche il *Likud*, quale “ala moderata” di coalizione e soprattutto quale partito tradizionale, sia ormai decisamente spinto ad esacerbare il conflitto tra poteri – almeno ad oggi, e nonostante qualche primo timido recentissimo ripensamento⁴¹ –

³⁸ E. OTTOLENGHI, *La forma di governo*, in T. GROPPi, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello stato di Israele*, cit., 79 ss.

³⁹ M. MAUTNER, *Law and the Culture of Israel*, Oxford, 2011, 159 ss.

⁴⁰ J. Ari Gross, *Bills to ban hametz, expand powers of rabbinic courts breeze through committee*, in *Times of Israel*, 19.2.2023, disponibile al sito <https://www.timesofisrael.com/bills-to-ban-hametz-expand-powers-of-rabbinic-courts-breeze-through-committee/>.

⁴¹ A. OBEI, M. BACHNER, *Two Likud MKs back Gallant's call to pause overhaul; others urge PM to fire him*, in *Times of Israel*, 26.3.2023, disponibile al sito <https://www.timesofisrael.com/several-likud-mks-back-gallants-call-to-pause-overhaul-others-urge-pm-to-fire-him/>.

deriva poi da un secondo elemento di contingenza, che pure va sottolineato.

Benjamin Netanyahu, leader del *Likud*, è dal 2020 imputato per frode e corruzione dinanzi alla *District Court* di Gerusalemme. Ciò non solo comporta ragioni nuove di tensione tra coalizione di governo e ordine giudiziario, che aggravano quelle già esistenti e di cui s'è detto; ma ha comportato ripetuti interventi dell'*Attorney General* che hanno stigmatizzato il conflitto d'interessi del primo ministro rispetto alla proposta riforma giudiziaria, e lo hanno invitato a non assumere, nell'*iter legis*, un ruolo attivo, in ottemperanza al patto da lui stesso siglato nel 2020⁴², su invito proprio dell'*Attorney General*, per continuare a rivestire legittimamente cariche pubbliche di governo nonostante la delicata posizione assunta⁴³. Si è recentemente arrivati addirittura all'approvazione di una specifica disciplina di legge che garantisce l'impossibilità di rimozione del primo ministro dall'incarico per ordine giudiziario, evidentemente fondata sul timore che l'*Attorney General* potesse richiedere alla Corte suprema misure del genere contro Netanyahu: e subito successivamente all'approvazione di tale discutibile disciplina novella, il primo ministro ha ripreso senza requie il proprio *battage polemico* sul tema⁴⁴.

Ciò spiega facilmente, già di per sé, perché la proposta di riforma sia largamente indirizzata contro la figura indipendente dell'*Attorney General*, oltre che contro l'ordine giudiziario organizzato.

Va poi ulteriormente rimarcato come, nel sistema israeliano, il circuito *Attorney General - High Court of Justice* si sia reso depositario di prerogative invero ampie, e di scarsa diffusione, per come delineatesi, a livello comparatistico.

Tra queste vi è quella del vaglio di ammissibilità dei candidati a ruoli parlamentari e di governo: talvolta sulla base di discipline di legge specifiche, tra cui quella di cui all'articolo 7a comma 2 della *Basic Law: the Knesset* che impedisce la candidatura nell'assemblea a chi inciti al razzismo; talaltra sulla base, più discutibile, di un vaglio di ragionevolezza della candidatura rispetto a elementi ostativi pregressi. Su tali fondamenti si sono registrate esclusioni quali quelle, recenti, dell'estate 2019 relativa alla rimozione dal seggio dei deputati della destra radicale ebraica Gopstein e Marzel⁴⁵ – membri del partito *Otzma Yehudit* dell'attuale Ministro della sicurezza nazionale Itamar Ben-Gvir – e del leader del partito *Shas* Aryeh Deri nel gennaio 2023 quale Ministro dell'interno dell'attuale compagine di governo, giacché reo di evasione fiscale e pregressi episodi corruttivi⁴⁶.

⁴² J. FEDERMAN, *Israel's Netanyahu pressed to sign conflict-of-interest deal*, in *Associated Press News*, 10.9.2020, disponibile al sito <https://apnews.com/article/trials-israel-virus-outbreak-benjamin-netanyahu-910eaed8d1ad6e8d985858c55931450e>.

⁴³ I. DEBRE, *Israeli AG warns Netanyahu broke law on conflict of interest*, in *Associated Press News*, 24.3.2023, disponibile al sito <https://apnews.com/article/israel-netanyahu-politics-judicial-overhaul-protests-crisis-courts-aefbf9607a6e3a0e1bb5e3355e733043>.

⁴⁴ T. STANN, L. KERRER-LYNN, *Knesset passes law shielding Netanyahu from court-ordered recusal 61-47*, in *Times of Israel*, 23.3.2023, disponibile al sito <https://www.timesofisrael.com/knesset-passes-law-shielding-netanyahu-from-recusal-in-61-47-final/>

vote/.

⁴⁵ J. MAGID, *Supreme Court bans extreme-right Gopstein and Marzel from elections*, in *Times of Israel*, 26.8.2019, disponibile al sito <https://www.timesofisrael.com/supreme-court-bans-extreme-right-gopstein-and-marzel-from-election-race/>.

⁴⁶ J. SHARON, *AG: Deri's appointment as minister 'unreasonable in the extreme'*, in *Times of Israel*, 4.1.2023, disponibile al sito <https://www.timesofisrael.com/ag-deris-appointment-as-minister-unreasonable-in-the-extreme/>.

Anche in tal ottica, risultano evidenti gli elementi di tensione diretta tra maggioranza governativa attuale e ordine giudiziario.

V'è poi una contingenza che potremmo definire comparatistica, ossia che accomuna Israele ad altri ordinamenti nell'attuale tempeste.

A più riprese, nell'inusuale lunga serie di governi guidati da Benjamin Netanyahu tra il 2009 e il 2021 (che è coincisa, non a caso, con la gran parte delle iniziative «contro-rivoluzionarie» che abbiamo descritto) i commentatori hanno ragionato di tendenze populiste della politica israeliana, quando non proprio di arretramento delle sue credenziali democratiche. Si sono stigmatizzati i ripetuti attacchi al potere giudiziario e all'indipendenza della figura dell'*Attorney General*⁴⁷, su cui ci siamo soffermati; ma anche l'adozione di nuove discipline penalizzanti nei confronti delle ONG, ampiamente attive nel paese nell'ambito della tutela dei diritti umani⁴⁸; la centralizzazione del ruolo del *Committee of Ministers on Legislation* così da controllare, da parte governativa, il calendario dei lavori parlamentari⁴⁹; l'avocazione in capo al primo ministro di plurime deleghe diffusamente esercitate⁵⁰.

S'è dunque molto ragionato in tema di preteso coinvolgimento del paese nelle odierne globali tendenze di «constitutional retrogression», o «constitutional capture» o «democratic decay»⁵¹ che dir si voglia: le quali, secondo gli studiosi che più da vicino le hanno studiate, «drawing on comparative law and politics analysis», si inverrebbero attorno a cinque tipiche dinamiche istituzionali, ossia la revisione costituzionale, l'eliminazione degli istituti di garanzia, la centralizzazione del potere nelle mani dell'esecutivo, la contrazione o distorsione della sfera pubblica, l'eliminazione della competizione politica⁵².

In particolare, specie in punto di eliminazione degli istituti di garanzia e di centralizzazione del potere nelle mani dell'esecutivo, l'attacco all'indipendenza e alla funzionalità della magistratura è tipico di tali tendenze, e ben conosciuto anche in

departments are concentrated in the hands of Prime Minister Netanyahu, reducing the weight of his coalition partners. At a certain point, Prime Minister Netanyahu has simultaneously been Israel's Prime Minister, Foreign Minister, Communications Minister, Economy Minister, and Regional Cooperation Minister.

La stessa Corte suprema fu investita, quale Alta Corte di giustizia, della questione, giudicata legittima nella sua transitarietà sebbene, espressamente, non opportuna: v. HCJ 3132/15 Yesh Atid v. Prime Minister of Israel (Apr. 13, 2016) (Isr.).

⁴⁷ Si v. organicamente il report di D. SCHEINDLIN, *The Assault on Israel's Judiciary*, in *The Century Foundation*, 7.7.2021, disponibile al sito tcf.org/content/report/assault-israels-judiciary.

⁴⁸ C. LEVINSON, *Netanyahu Seeks to Clamp Down on Human-rights Groups and Bar Funding from Foreign States*, in *Haaretz*, 11.6.2017, disponibile al sito www.haaretz.com/israel-news/1.795078.

⁴⁹ Mediante un inedito accordo di coalizione che vincolava ogni parlamentare dei partiti di maggioranza al voto conforme agli indirizzi presi dal *Committee ministeriale*: lo rileva G. STOPLER, *Special Symposium–Part 2 of 7: Constitutional Capture in Israel*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 21.8.2017, disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/08/constitutional-capture-israel.

⁵⁰ N. MORDECHAY, Y. ROZNAI, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, in *Maryland Law Review*, 2017, p. 244, 257: «Governmental powers and government

⁵¹ Si v. almeno l'interessante dibattito online *Symposium: Constitutional Capture in Israel?* ospitato sulle pagine dell'*International Journal of Constitutional Law Blog* tra il 20.8.2017 e il 26.8.2017, la cui introduzione è disponibile al sito www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connectconsil-symposium-constitutional-capture-in-israel/, nonché in italiano, volendo, L. PIERDOMINICI, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Padova, 2022.

⁵² A. HUQ, T. GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 2018, 78, 118: «Drawing on comparative law and politics analysis of these cases, we then extract five specific mechanisms by which constitutional retrogression unfolds. These are: (i) constitutional amendment; (ii) the elimination of institutional checks; (iii) the centralization and politicization of executive power; (iv) the contraction or distortion of a shared public sphere; and (v) the elimination of political competition».

ordinamenti a noi prossimi, persino appartenenti all'Unione europea: si pensi agli ormai noti «*usual suspects*» Polonia e Ungheria, già oggetto di plurime censure da parte della Commissione europea e della Corte di giustizia in proposito⁵³, ma anche a casi meno noti come la Romania, ove recenti riforme giudiziarie hanno attirato critiche da parte dei commentatori e delle stesse istituzioni sovranazionali⁵⁴.

Proprio dall'accostamento tra analoghe tendenze alla tensione tra potere politico e ordine giudiziario, e a riforme limitanti la capacità della magistratura di svolgere in via indipendente il proprio ruolo, vari analisti hanno potuto osservare, soffermandosi anche su Israele, che «le somiglianze nelle misure adottate in diversi sistemi giuridici e politici, in contesti storici radicalmente diversi, suggeriscono non solo un certo grado di comunanza di idee e obiettivi, ma anche una certa condivisione di esperienze e pratiche da parte di forze illiberali»⁵⁵.

Il fenomeno dello scivolamento verso tendenze autocratiche è indubbiamente, e certo simile a quello di altri ordinamenti, sebbene nei contesti dell'Est Europa vengano in rilievo mancate compiute transizioni costituzionali di origine relativamente recente,

posteriore al collasso dei sistemi socialisti⁵⁶, mentre in Israele, vedremo specificamente, il fenomeno è più radicato e, se vogliamo, strutturale, ossia relativo ad un programma di costituzionalizzazione frustrato sin da principio.

L'osservazione di tali tendenze è comunque rilevante, e deve condurci ad una connessa, necessaria, e forse più approfondita riflessione, che pure riecheggia teorizzazioni già svolte proprio relativamente alle esperienze di *democratic backsliding* dei paesi dell'Est Europa e che ben si attagliano alla nostra analisi degli sviluppi israeliani.

Kim Lane Scheppelle, nota studiosa di Princeton, ha icasticamente descritto le riforme costituzionali ungheresi degli scorsi anni come una sorta di sindrome di Frankenstein, proprio nel senso del romanzesco personaggio mostruoso di Mary Shelley, capaci di condurre a un «Frankenstate»⁵⁷: ciò al fine di sottolinearne il potenzialmente mostruoso effetto cumulativo, nonostante la possibile opinabilità di alcune di esse, e al fine di dissuadere gli osservatori, in tempo di tendenze globali al *democratic backsliding*, dal commentare riforme costituzionali simultanee una ad una, partitamente, nei loro aspetti magari innocui o similari ad altre esperienze comparatistiche, senza considerare il disegno complessivo capace di creare per accumulo, appunto, mostruosità costituzionali.

⁵³ Cfr. almeno L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 3, e, in italiano, G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in DPCE online, 2020, 3999.

⁵⁴ E.S. TĂNĂSESCU, *The independence of justice as proxy for the rule of law in the EU - Case study - Romania*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie. Diritto, Istituzioni, Società*, 1/2021, 103.

⁵⁵ M. KREMINTZER, Y. SHANY, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, cit., 152: «it can be noted that the similarities in the measures taken across different legal and political systems, in radically different historical contexts, suggests not only some degree of commonality in ideas and goals, but also some sharing of experiences and practices by illiberal forces».

⁵⁶ Cfr. per un inquadramento, tra i vari, L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 441.

⁵⁷ K.L. SCHEPPELE, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance. An International Journal of Policy Administration and Institutions*, 2013, 559.

Tale insegnamento è di particolare utilità per l'analisi della proposta riforma in Israele.

Singolarmente prese, e a un occhio profano, le riforme attualmente suggerite possono sembrare relativamente innocenti, o essere vagamente giustificate proprio anche in ottica comparatistica – e ciò è stato puntualmente fatto nel corso del dibattito degli scorsi mesi⁵⁸: in fondo assegnare le nomine giudiziarie apicali al controllo del governo in carica non è soluzione sconosciuta a ordinamenti liberal-democratici, persino prototipici come quello degli Stati Uniti d'America; richiedere una maggioranza speciale in un collegio giudiziale per la censura costituzionale delle leggi parlamentari può essere una soluzione inedita, ma *prima facie* forse nemmeno irragionevole, al problema storico, già cennato e onnipresente nelle teorizzazioni in materia, della cd. *countermajoritarian difficulty*, specialmente sentito ove non si incarichi per disciplina costituzionale positivizzata un organo *ad hoc* di tale compito, come invece nella tradizione europea⁵⁹; la stessa idea di consentire all'assemblea parlamentare di sovvertire *ex post* gli effetti delle decisioni giudiziali di illegittimità costituzionale non è esperienza sconosciuta, anzi è ispirata a modelli noti, Canada e Finlandia su tutti, già persino trasposti in via puntiforme in Israele⁶⁰; e

le specificità dei ruoli dell'*Attorney General* nel sistema israeliano, e la potenziale pervasività della sua figura, risultano certo inedite ad uno sguardo d'altrove, e dunque può non sembrare assurdo concepire una riforma di tali aspetti.

È evidente però che la simultanea proposta di tali riforme non sia un caso, e il suo significato vada apprezzato organicamente, nell'interezza: connotandosi dunque, a prescindere dalla opinabilità di alcuni aspetti, come un sicuro affronto all'equilibrio nella separazione tra i poteri, e fondato sull'esercizio di un fenomeno pure ormai noto agli studiosi di diritto costituzionale comparato, quello del cd. *abusive constitutional borrowing*, ossia sull'«appropriazione di modelli, concetti e dottrine costituzionali liberal-democratici, al fine di far avanzare progetti autoritari»⁶¹. Difatti, il successo del

⁵⁸ Lo sottolinea opportunamente anche J.H.H. WEILER, *Israel: Cry, the Beloved Country*, cit.

⁵⁹ A livello comparato, la previsione dei relativi poteri «expressis verbis in costituzione» è, o dovrebbe essere, la caratteristica fondamentale dei cd. sistemi accentrati di giustizia costituzionale: v. A.R. BREWER-CARIAS, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, 188; seppure proprio il caso di Israele sia una possibile eccezione, cfr. volendo L. PIERDOMINICI, *Diffusione e concentrazione del giudizio di costituzionalità delle leggi in Israele. L'ottica del conflitto tra poteri*, cit.

⁶⁰ La *Basic Law: Freedom of Occupation*, emanata nel 1992, fu emendata già nel 1994, su pressione dei partiti religiosi, proprio

in esito ad un primo suo sensibile impiego giudiziale, quando, nel caso *Mitrail Ltd. v. The Prime Minister*, 47(5) P.D. 485 (1993) la Corte suprema stabilì la violazione della legge fondamentale in parola da parte della legislazione ordinaria che poneva limiti all'importazione in Israele di carne non kosher, ossia non macellata secondo le regole ebraiche tradizionali. In esito a quella riforma, subito successiva alla pronuncia giudiziale, anche quella *Basic Law* fu dotata di una *notwithstanding clause*, che disponeva: «(A) provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein». Si dotò dunque il parlamento dell'ultima parola in tema di costituzionalità di una normativa in materia, purché mediante votazione a maggioranza assoluta e con una disciplina necessariamente a termine quanto ai suoi effetti.

⁶¹ R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021, 1 ss.: «Legal globalization has a dark side: norms intended to protect and promote liberal democratic constitutionalism can often readily be used to undermine it. Abusive constitutional borrowing involves the appropriation of liberal democratic constitutional designs, concepts, and doctrines to advance authoritarian projects. Some of the most important hallmarks of liberal democratic constitutionalism—including constitutional

diritto costituzionale comparato, conclamatosi negli scorsi decenni, e che ha condotto alla rapida diffusione globale di istituti di marca liberal-democratica, porta con sé possibili dinamiche perverse: tra le quali quella che pare in atto proprio in Israele, come anche in altri ordinamenti, ossia la manipolazione e decontestualizzazione di modelli ed esperienze stranieri, asserviti strumentalmente alla giustificazione di soluzioni che tendono a limitare o corrompere, comunque a strumentalizzare, nozioni e istituti che negli ordinamenti di riferimento hanno avuto e hanno ben altro significato⁶².

LEONARDO PIERDOMINICI

rights, judicial review, and constituent power—can be turned into powerful instruments to demolish rather than defend democracy.*

⁶² Cfr. in tal ottica T. GROPPi, *Il diritto comparato nel prisma delle regressioni democratiche. Recensione al volume di Rosalind Dixon e David Landau, Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford University Press, 2021, in *Dirittocomparati.it*, 28.9.2022, disponibile al sito <https://www.dirittocomparati.it/il-diritto-comparato-nel-prisma-delle-regressioni-democratiche-recensione-al-volume-di-rosalind-dixon-e-david-landau-abusive-constitutional-borrowing-legal-globalization-and-the-subversion-of-liber/>.

5. Il caso ungherese. Una testimonianza

Sono magistrata della sezione fallimentare presso la Corte Capitale di Budapest, che è la corte grande dell'Ungheria, e sono fondatrice e componente del comitato direttivo dell'Associazione di Magistrati Res Iudicata. L'obiettivo della nostra associazione è di promuovere l'accettazione dei valori dello Stato di diritto nella società, di approfondire il riconoscimento della professione giudiziaria e di aumentare la fiducia del pubblico nella magistratura. Questa piccola presentazione mi appare doverosa perché nel nostro paese l'attività associativa non ha le sue tradizioni come in Italia, e la nostra associazione non ha una storia come le vostre, e nella attuale realtà ungherese andare avanti con questa attività non è senza ostacoli.

La stessa partecipazione a questo Convegno mi pone in una situazione ambigua, perché da un lato sono contenta di essere qui e fare sentire la mia voce, la voce di un giudice ungherese indipendente, ma dall'altro lato so benissimo che negli ultimi tempi l'opinione pubblica italiana, in correlazione con il caso Salis, ha messo in dubbio l'indipendenza e l'europeismo dei giudici ungheresi.

Negli ultimi anni l'indipendenza del sistema giudiziario ungherese è stata al centro del dialogo europeo in corso relativo allo stato di diritto tra la Commissione Europea e il governo ungherese. Anche dopo una riforma molto importante dell'anno scorso esistono ancora problemi sistematici. Anche se recentemente affrontiamo diversi tipi di difficoltà, e problemi sistematici, credo

che nelle nostre decisioni non siamo assoggettati al potere esecutivo.

Vorrei brevemente fare un riferimento ad un fenomeno, di cui non abbiamo parlato qui ancora e che ho capito anch'io esaminando la criticità politica e pubblica intorno il caso Salis. Secondo me è molto importante nella lotta per difendere lo stato di diritto.

Negli ultimi anni l'amministrazione del sistema giudiziario ungherese non sente la necessità di fornire al pubblico informazioni chiare e puntuali sul funzionamento della giustizia, in particolare quando questa viene messa in discussione. Il sistema giudiziario ungherese è in silenzio. I singoli giudici non hanno nessun mezzo di comunicazione, perché la libertà di espressione dei giudici è molto limitata e in Ungheria da anni si moltiplicano i tentativi per limitarla ancora, scoraggiando ad esempio le lezioni all'università, l'organizzazione e la partecipazione a convegni, la pubblicazione di articoli, e nel frattempo le decisioni giudiziarie di tutti i livelli di corti spesso sono fortemente criticati dai parlamentari o direttamente dai componenti del governo, quindi dal potere esecutivo.

Da un lato, naturalmente, in uno stato democratico i mezzi di comunicazione riferiscono ciò che la giustizia fa ed è normale, anzi è necessario, che la critichino pure, ma all'altro lato la comunicazione, particolarmente la comunicazione politica, può diventare un mezzo molto efficace per erodere la fiducia del cittadino nel sistema giudiziario.

Un esempio recente è proprio il caso Salis, in cui in mancanza di comunicazioni da parte della Corte Capitale o dell'organo amministrativo centrale del sistema giudiziario ungherese, che avrebbe potuto fornire informazioni puntuali, sia l'esecutivo italiano, che l'esecutivo ungherese, dopo le immagini pubblicate dall'udienza preliminare si sono riferiti all'indipendenza della magistratura e di tale riferimento non ha dubitato nessuno, anche se per quanto riguarda le condizioni carcerarie e la traduzione del detenuto, il giudice ungherese non è "in gioco", perché non ha il potere decisionale. Soltanto il sistema penitenziario è il titolare di decidere sull'uso delle misure coercitive.

In questo modo la politica, trasmettendo i suoi messaggi al pubblico, riesce a minare la fiducia pubblica, sia italiana, che europea nei giudici ungheresi diventando una manovra molto pericolosa contro lo Stato di diritto che può comparire ovunque, anche nelle vecchie democrazie.

Secondo la mia esperienza i limiti della libertà di espressione dei giudici sono in discussione non solo da noi o qui in Italia, ma in molti altri paesi europei: per esempio in Francia, Olanda, Croazia, Slovenia, Spagna.

I miei studenti mi hanno chiesto all'università, come si può difendere un giudice? Chi difende i difensori? Penso, che questo è un tema molto attuale, perché il sistema giudiziario riesce a difendersi soltanto tramite la libertà di espressione e se riesce ad usare in modo efficace i mezzi di comunicazione per spiegare le sue decisioni aumentando in questo modo la fiducia del pubblico nella magistratura. Si sente sul livello europeo già la necessità di fissare almeno i limiti minimi della libertà di espressione dei giudici. E nel frattempo continuiamo ad andare avanti con il nostro lavoro nell'associazione!

ANNA MADARASI

II.

L'Indipendenza del magistrato italiano

Gli effetti delle riforme dal 2006 a oggi

1. L'indipendenza del magistrato italiano: gli effetti delle riforme dal 2006 a oggi

Il tema dell'indipendenza del magistrato è strettamente connesso all'assetto costituzionale di cui ciascuno Stato si dota ed è uno degli indici di democraticità dell'ordinamento.

I principi costituzionali che regolano l'autogoverno della magistratura e la stessa attività giurisdizionale costituiscono la cornice entro la quale il legislatore dipinge la tela normativa che colora l'assetto organizzativo e funzionale del potere giudiziario.

In questa sessione si evidenzieranno le luci e le ombre della tela, grazie ai contributi del dott. Giuseppe Santalucia (Presidente di Sezione della Corte di cassazione e Presidente dell'A.n.m.), del prof. Giuliano Scarselli (Professore ordinario di diritto processuale civile dell'Università di Siena) e dell'avv. Cataldo Intrieri (Avvocato del Foro di Roma), i quali si confronteranno su alcuni degli aspetti più significativi delle attuali prospettive di riforma, senza dimenticare di volgere lo sguardo al recente passato ed ai precedenti interventi legislativi.

La riflessione sulle riforme ordinamentali costituisce uno snodo fondamentale per affrontare il tema dell'indipendenza della magistratura: le scelte di politica legislativa non sono mai neutrali o indifferenti all'architettura costituzionale.

Occorre in primo luogo individuare il focus sul quale si concentrerà il dialogo, a distanza, offerto dai diversi contributi.

Quando si parla di indipendenza si fa riferimento alla c.d. indipendenza funzionale interna che riguarda la stessa integrità della coscienza del singolo magistrato che esercita la giurisdizione in modo imparziale ed alla c.d. indipendenza istituzionale che attiene alle regole che coordinano l'organizzazione della magistratura e che disciplinano il rapporto tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato.

In questa dicotomia si esplica il senso delle parole indipendenza e autonomia.

L'indipendenza istituzionale è strettamente connessa al tema delle prerogative costituzionali del magistrato, e va intesa non come privilegio di casta, ma come riconoscimento di uno *status* che pone limiti agli altri poteri.

In questa prospettiva l'indipendenza è un prerequisito costituzionale, ma è anche un dovere del singolo magistrato e, contemporaneamente, un diritto di ogni singolo cittadino.

L'articolo 47 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sancisce espressamente il diritto ad avere un ricorso effettivo davanti ad un giudice imparziale: così si passa da una prerogativa collettiva della magistratura come corpo giudiziario ad una dimensione di tutela di un diritto di ciascun individuo.

Il riconoscimento di tale diritto si traduce in uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. E solo muovendo da questa prospettiva la magistratura e l'esercizio della giuri-

sdizione verranno effettivamente percepite come un servizio.

La funzione giurisdizionale come servizio al cittadino impone di affiancare al tema della indipendenza anche il tema della responsabilità del singolo magistrato, il quale deve operare con coscienza, coerenza e consapevolezza dell'incidenza delle proprie decisioni.

Ed è proprio il tema della coscienza del magistrato e del rapporto con la sua indipendenza interna che costituisce un terreno di confronto forse meno arato rispetto ad altre riflessioni che, anche in passato, hanno focalizzato le analisi sui rapporti esterni tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato.

È necessario chiedersi se non si sia in atto, almeno in parte della magistratura, quello che potrebbe essere definito un sabotaggio delle coscenze, cioè una limitazione interna (forse non del tutto consapevole) del proprio agire.

Una certa giurisdizione (interna) difensiva, forse, non è meno pericolosa rispetto ad interferenze che derivano dall'esterno; ed è proprio su questo profilo che non può non tornare alla memoria il pensiero di Calamandrei: *«La peggiore sciagura che potrebbe capitare a un magistrato sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati che si chiama il conformismo. È una malattia mentale, simile all'agorafobia: il terrore della propria indipendenza; una specie di ossessione, che non attende le raccomandazioni esterne, ma le previene; che non si piega alle pressioni dei superiori, ma le immagina e le soddisfa in anticipo.»*

Queste parole dovrebbero risvegliare la coscienza del magistrato da un certo torpore, ricordando a tutti che, a volte, la pigritizia mentale è la strada più facile rispetto a quella che impone una solida intransigenza. Una magistratura pigra è, inesorabilmente,

una magistratura più debole e meno credibile innanzi ai cittadini, i quali rivendicano il diritto ad avere un giudice imparziale ed autonomo, ma anche indipendente da un certo conformismo interno.

Partendo proprio dall'immagine che la magistratura ha mostrato nel corso del tempo alla società non può non ricordarsi lo straordinario impegno che l'Associazione nazionale dei magistrati ha profuso nell'elaborazione culturale di un determinato modello di giurisdizione.

Vi è stato, storicamente, un significativo contributo dell'Associazione nel dibattito sulle riforme ordinamentali e tale contributo appare più che necessario oggi, ove non si può nascondere che, nell'attuale contesto socio-politico-culturale, esista il tema della difesa dell'indipendenza della magistratura. Tra le diverse riforme oggetto del dibattito politico certamente quella sulla separazione delle carriere è quella che desta maggiore clamore mediatico.

Il tema della separazione è un tema storico, da taluni ritenuto solo ideologico, ma certamente divisivo. L'Associazione nazionale magistrati ha da sempre manifestato contrarietà, esponendo plurime argomentazioni ed obiezioni che oramai sono ben note e che in questa sede non verranno riproposte, al fine di dedicare nuovi e più ampi spazi di confronto, orientando la riflessione verso i progetti di riforma del Titolo IV della Costituzione, con particolare riferimento agli artt. 104, 106 e 107 della costituzione.

Appare evidente come la eventuale modifica del rapporto tra il numero dei componenti togati e quello dei componenti laici all'interno del Consiglio superiore della magistratura determini una organizzazione dell'organo di autogoverno non "neutrale" rispetto al concreto esercizio della funzione costituzionalmente riconosciuta al Consiglio. Così come l'eventuale soppressione

del principio secondo il quale i magistrati si distinguono solo per le funzioni porta con sé il serio rischio di una gerarchizzazione degli Uffici, con conseguente inevitabile ricaduta in termini di perdita di indipendenza.

In relazione a questo aspetto occorre poi forse interrogarsi sulla attuale unicità dello statuto di indipendenza del magistrato e verificare se la sua tenuta sia identica nel modello requirente ed in quello giudicante.

Probabilmente nel corso degli anni, a partire dal 2006, le modifiche ordinamentali che sono intervenute in tema di organizzazione degli uffici giudiziari, di rapporti con il dirigente dell'ufficio e di organigramma dei controlli si sono declinate in modo parzialmente diverso per i Tribunali e per le Procure. Allo stato, invece, anche alla luce delle ultime circolari sulle tabelle dei Tribunali e sulla organizzazione delle Procure si intravede una tendenza al riconoscimento di maggiori spazi di autonomia anche per i magistrati requirenti, responsabilizzati nel progetto comunitario dell'ufficio.

Un'ulteriore questione al centro del dibattito politico e istituzionale che interfiisce direttamente sul tema della indipendenza è quella relativa alla introduzione di test-psicoattitudinali nella fase del concorso di accesso alla magistratura. L'ANM ha manifestato una netta opposizione a tale riforma, definendo la proposta "simbolica", "inutile" e "pericolosa" e ha prospettato il rischio che l'uso dei test psicoattitudinali – utilizzati nel mondo delle imprese private anche per valutare l'adesione psicologica della persona da assumere ai principi regolatori del sistema in cui chiede di entrare a far parte – nasconde una strumentalizzazione della psicologia, che si allontana dall'essere scienza della comprensione dell'essere umano e si avvia a diventare strumento di controllo delle idee.

Al contrario il Presidente delle Camere Penali ha evidenziato come la polemica insorta sia priva di fondamento in quanto non si intravede alcuna forma di controllo sulla magistratura tale da minarne l'indipendenza, dovendosi piuttosto spostare l'attenzione sul piano tecnico, individuando in modo puntuale come selezionare i soggetti deputati a somministrare i predetti test e quali siano le finalità degli stessi, con specifica indicazione della rilevanza in termini di idoneità del candidato, oppure in termini di determinazione del punteggio finale conseguito all'esito delle prove scritte e orali.

Se il tema dell'indipendenza lambisce le regole di accesso alla magistratura, non da meno le modifiche delle regole inerenti la valutazione della carriera del magistrato e l'organizzazione degli organi deputati alla predetta valutazione possono determinare un possibile *vulnus* alle prerogative costituzionali.

Uno degli aspetti più significativi attiene certamente alla modifica dei parametri e dei criteri inerenti la valutazione di professionalità.

Come è noto nelle valutazioni l'indipendenza è un prerequisito ed è presupposto della imparzialità del singolo. Nella recente riforma è stata introdotta la previsione secondo la quale una valutazione di professionalità può essere inficiata dalla esistenza di gravi anomalie concernenti l'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento.

Da più voci della magistratura e della dottrina sono state evidenziate delle criticità nella individuazione del metodo di accertamento di tali "gravi anomalie", sia in termini di individuazione di un parametro numerico sia in termini di individuazione del successivo grado di procedimento per i giudici della Corte di Cassazione. Ma nell'ambito della riflessione che ci occupa

occorre chiedersi se l'introduzione di tale previsione sia indispensabile per eliminare il rischio di una giurisprudenza creativa (da taluni definita a volte anche "eccentrica") e sia funzionale a sanzionare l'arbitrio, oppure se sia concreto il rischio di determinare un conformismo giudiziario, con conseguente riduzione degli spazi di autonomia interpretativa connaturali al nucleo essenziale della giurisdizione.

La posta in gioco è elevatissima, considerato che – parafrasando le parole di Cala-

mandrei richiamate all'inizio di questo contributo – il conformismo è il terrore della propria indipendenza e, come tale, è subdolo, non facilmente riconoscibile e, quindi, molto pericoloso per lo statuto di indipendenza che connota l'identità funzionale di ciascun magistrato.

MICHELA PETRINI

2. Lo statuto di indipendenza del magistrato: modelli culturali a confronto in prospettiva di riforme costituzionali

L'indipendenza della magistratura è una precondizione ma è anche un risultato a cui tendere sia attraverso la cristallizzazione in norme o in assetti disciplinari, sia con un determinato approccio culturale. Credo che su questo terreno l'associazionismo e il confronto interno sia fondamentale per una percezione del modo di essere ed una consapevolezza del ruolo del magistrato.

La discussione pubblica tralascia alcuni meriti storici dell'associazione che oggi sono un po' messi in ombra. Siamo un'associazione unitaria che, pur nella presenza di tanti gruppi e, quindi, di diversi modi di intendere il rapporto tra il giudice e la società – perché poi questo è quello che in fondo divide i gruppi interni all'associazione – ha la consapevolezza della unitarietà della giurisdizione, che è un bene importante da difendere perché nel frazionismo, nella frammentazione corporativa, si perderebbe il senso della importanza e del valore della giurisdizione.

I meriti storici dell'associazionismo sono tantissimi e si colgono proprio sul piano della cultura e della crescita democratica della magistratura, non soltanto nel suo rapporto con l'esterno ma anche nel far crescere al suo interno una idea di magistrato quanto più aderente alla costituzione. Il problema è proprio di tono culturale, di come si interpretano le norme: ci possono essere vari

livelli e varie intensità di compatibilità costituzionale sia nelle norme, sia nel modo di essere magistrati. L'associazione cerca e ha cercato, pur con tutte le difficoltà che l'hanno attraversata, di favorire un discorso pubblico sulla giurisdizione. Poi ci rapportiamo agli altri poteri solamente rivendicando un diritto-dovere alla parola, a prender parola nelle discussioni che riguardano l'assetto della giustizia. Credo che questo sia un diritto dei magistrati e che sia anche un dovere. Noi siamo una parte della dirigenza di questo paese e sperimentiamo ogni giorno, al pari di altre comunità di giuristi, il mondo giudiziario e la vita giudiziaria. Tacere sarebbe anche una forma di ignavia. Prendere la parola non è imporre una linea – ed è questa poi l'accusa ricorrente nei confronti dell'associazionismo giudiziario – perché prendere la parola è un arricchimento del discorso nello spazio pubblico che porta e può portare a riforme migliori. Non comprendiamo – o almeno io personalmente non comprendo – quali possano essere le colpe di una magistratura che, consapevole del ruolo, della funzione e anche degli aspetti più tecnici che a volte sono toccati dalle riforme, dice la sua sulla base di un portato di esperienza professionale che credo sia una cifra di qualità da non disperdere. Lo facciamo perché sperimentiamo che anche nella legislazione ci possono essere

intensità diverse di rapportarsi allo statuto costituzionale.

Io credo che le ultime riforme legate all'idea di produttività ed alla necessità di rispondere in tempi rapidi celeri ad una crescente domanda di giustizia – tutte esigenze che certamente vanno tenute in debita considerazione – abbiano portato culturalmente a un eccesso di ristrutturazione gerarchica della magistratura.

Riprendendo le parole di Calamandrei in merito all'esistenza di un pericolo di burocratizzazione in maniera più o meno visibile, perché credo che la capacità di resistenza possa misurarsi, ovviamente, solo sul piano culturale. E da questo punto di vista ritengo che esista un vero e proprio dovere, perché noi siamo un pezzo importante delle istituzioni del paese e abbiamo il dovere di intervenire. Su questo terreno si gioca, secondo me, un'importante partita, perché c'è una generale insofferenza nei confronti degli organi di garanzia, vissuti sempre più come ostacoli da chi ha il diritto di governare il nome del popolo. Questa insofferenza è un elemento costante di ogni discussione sul potere giudiziario che deve contenersi e deve essere contenuto, perché ogni forma di espansione giurisdizionale è vissuta come un'invasione del campo di chi, legittimato dal consenso popolare, ha il diritto e il dovere di governare. In questo senso c'è una percezione della debolezza della politica che si rifrange su un tentativo di costringere gli altri poteri a stare nel proprio confine.

A mio avviso si tratta di debolezza delle forze politiche, ma le debolezze, si sa, possono essere anche pericolose.

Ed è proprio prendendo le mosse dal rapporto tra la politica e la magistratura che voglio spendere alcune riflessioni in ordine ai progetti di riforma oggetto del dibattito pubblico, non solo tra i giuristi.

Come già riferito in sede di commissione affari costituzionali, intendo ribadire anche in questa sede che i quattro disegni di legge di riforma, figli dell'originario disegno di iniziativa popolare promosso dalle Camere Penali nella scorsa legislatura, determinano una riscrittura dell'autonomia del potere giudiziario. Tale finalità è peraltro manifesta nella relazione illustrativa.

Il giudiziario viene avvertito e descritto – non solo il giudiziario inquirente, ma il giudiziario nel suo complesso – come un potere che deve essere ridimensionato. E quindi l'abbandono del rapporto di prevalenza numerica dentro il consiglio superiore della magistratura, soprattutto l'abbattimento del principio della non diversità dei magistrati se non per le funzioni (che non trova nella relazione illustrativa alcun tipo di spiegazione) la possibilità di immettere in magistratura giudicante qualsiasi grado delle funzioni senza nessuna predeterminazione numerica e poi l'indebolimento del principio di obbligatorietà dell'azione penale fanno parte – insieme alla separazione della carriere – di un quadro assolutamente chiaro, ed è la ragione per la quale l'ANM si oppone alla separazione delle carriere.

Al candore illuminista di gran parte dell'avvocatura associata che ricorda che la riforma è figlia del modello accusatorio rispondiamo di andare oltre, di squarciare quel velo di ingenuità che impedisce loro di guardare la vera prospettiva in cui si muove il riformatore costituzionale, che è quella volta ad un ridimensionamento del giudiziario.

La riforma non è un'esigenza imposta dal cambiamento del sistema processuale penale, ma è la volontà dichiarata di una politica che ha paura della espansione del giudiziario; espansione che ha cause complesse, tra le quali, a mio avviso, vi è anche l'incapacità della politica di includere in un

progetto collettivo le istanze individuali. Per cui alla fine l'unico luogo di ascolto degli interessi dei cittadini diventa l'aula e la giurisdizione e questo porta ad una espansione del potere dei magistrati.

Sempre in tema di riforme voglio aggiungere qualche parola anche sulla introduzione dei test psicoattitudinali. Si è intervenuti con un colpo di mano, con un atto di forza, più che con un prodotto della ragione normativa: in sede finale di discussione di un decreto legislativo (la cui delega era muta sul punto) si sono voluti introdurre i non meglio precisati test (test Minnesota? test psicoattitudinali?) senza chiarire chi, oltre la legge, deve decidere quali sono le attitudini del magistrato. Mi pare ci sia una doppia violazione della garanzia dei magistrati, un eccesso di deleghe e soprattutto una violazione della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario e questo la dice lunga sul modo con cui il potere esecutivo ha inteso porsi nei confronti della magistratura.

Si guardi bene che non è solo un problema di magistratura ordinaria, perché la magistratura ordinaria storicamente e culturalmente ha una sua rappresentanza molto più forte e più visibile; e mi riferisco a ciò che è avvenuto e sta avvenendo anche con altre magistrature, e penso alla magistratura contabile ed alle tensioni che si sono avute sull'abolizione del controllo concomitante e sulla estensione dello scudo erariale.

Tutto questo in nome di quella necessità di poter governare e di poter realizzare il bene comune solo da chi ha trovato nella legittimazione del consenso popolare la forza della sua azione. Tutto ciò che in qualche modo è controllo e garanzia diventa, quindi, fisiologico ostacolo e viene vissuto con insifferenza. C'è un interesse spasmodico anche su chi entra in magistratura nella consapevole idea che bisogna

controllare anche culturalmente questo ceto che poi andrà a svolgere un compito così importante e così pericoloso per il governo, altrimenti non si spiegherebbe questa attenzione anche schizofrenica sul concorso: da un lato prevedo un aggravio per le prove del concorso ed introduco i test selettivi e dall'altro pretendo una semplificazione di accesso per categorie predeterminate di soggetti. Tutto questo nell'idea che i magistrati, in qualche modo, hanno un eccesso di indipendenza e che bisogna temperare questa indipendenza, anche introducendo categorie già formate che hanno una loro storia alle spalle e che non hanno condiviso una stessa omogeneità culturale.

Se si parte dal regolamentare la fase di accesso alla magistratura poi non deve sorprendere che si pretenda di delineare anche un certo assetto ordinamentale e organizzativo negli Uffici.

Credo sia sotto gli occhi di tutti che da una certa data, diciamo dal 2000 in poi, la risposta che si è data al tema della efficienza della macchina giudiziaria è stata una risposta che ha pescato su un armamentario culturale antico: cioè si è riproposta la gerarchia più o meno temperata come risposta al bisogno di allineare i dati su maggiori livelli di efficienza. Questo ha riguardato innanzitutto le procure della Repubblica, in quanto la concentrazione del potere di azione penale in capo al magistrato dirigente dell'ufficio fa diventare quest'ultimo un vero centro di imputazione delle decisioni in materia di azione penale, contraddicendo e contravvenendo ad una diffusività del potere anche inquirente che è stato il temperamento della irresponsabilità politica dell'azione penale.

La spinta efficientista ha riguardato, da ultimo, anche il giudicante perché ancora una volta la tensione verso un aumento di produttività, dovuta anche alla contingenza

del piano nazionale di ripresa e resilienza, ha fatto adottare alcune soluzioni che spingono verso un incremento della leva disciplinare. Basti pensare alla punizione delle violazioni delle mere direttive, non meglio definite e non meglio individuate ancora una volta da un legislatore di ordinamento giudiziario che arretra sul piano delle dovere garanzie che la legge dovrebbe dare all'indipendenza e all'autonomia dei magistrati.

Ed ancora. Un aumento del potere direttivo in termini di piani di rendimento e di progetti di smaltimento dell'arretrato, senza il necessario coinvolgimento dei magistrati non direttivi – che sono stati visti più come

soggetti da irreggimentare che come professionisti da coinvolgere e responsabilizzare – spinge verso una maggiore burocratizzazione. Poi è pur vero che per taluni la burocrazia può essere anche una comfort zone: è meglio essere impiegati tutelati che professionisti responsabili.

Quello che il Governo non ha compreso è che noi combattiamo una progressiva burocratizzazione dell'ordine, ma lo facciamo non per interessi corporativi ma perché abbiamo una risposta culturalmente diversa alla domanda: cosa auspiciamo e vogliamo che siano i magistrati?

GIUSEPPE SANTALUCIA

3. Avvocati e magistrati: quali riforme nell'ordinamento giudiziario

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le verifiche di professionalità. – 3. I consigli giudiziari. – 4. Gli avvocati: quale ruolo?

1. Introduzione.

Giacomo Matteotti, cui questo convegno è dedicato è stato un eroe, un grande riformista, radicale nelle sue prese di posizione, un uomo che è morto difendendo strenuamente lo Stato di diritto e le regole della legge.

Il modo migliore di onorarlo sarebbe certamente seguire il suo esempio con il coraggio del cambiamento e della verità.

Premetto doverosamente che il mio è un punto di vista strettamente personale, quello di un anziano avvocato con quasi mezzo secolo di professione alle spalle e che quindi cercherà di non far prevalere quel discutibile privilegio dell'età matura che è l'esperienza, in realtà un mix di cinismo e di rassegnazione. Parto da un presupposto: dato che parliamo di riforme, va ricordato che Matteotti era un riformista che credeva nel cambiamento in tempi assai più cupi di questi, io penso che una istituzione, una forza associativa che ha una sua forte rappresentanza come la magistratura o trova la capacità di cambiare nel tempo o è destinata fatalmente a diventare marginale.

L'ANM ha sempre mostrato una costante contrarietà ad ogni forma di cambiamento: quello sui test psicologici e sulle "pagelle" dei consigli giudiziari è solo l'ultimo capitolo di un lungo racconto.

Sicuramente c'è nei vari progetti di legge che vorrebbero regolare la materia una qualche forma di volontà revanscista della politica ma il problema più grave è il rischio di fossilizzarsi su un aspetto singolo certamente discutibile, il problema della valutazione di professionalità dei magistrati tramite i test, di fronte ad un sistema di progressione della carriera quale quello attuale che comunque non soddisfa nessuno.

La riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 voluta dal Guardasigilli Mastella che subentrava quella del precedente ministro Castelli, di poco antecedente, ed è rimasta invariata ad oggi non soddisfa né gli avvocati e neanche i magistrati.

È diffusa l'opinione che bisognerebbe apportarvi sostanziali modifiche ma non si comprende quali e come, quando cambiare.

Dal tempo delle cd "pagelle Flick" ipotizzate dai guardasigilli del primo governo di sinistra di Romano Prodi (1996-98) molte erano le voci, anche all'interno della magistratura che auspicavano un deciso cambiamento nei criteri di valutazione della professionalità.

Bisogna, innanzitutto, svolgere una premessa sul reale oggetto della "questione test".

In una intervista su Giustizia Insieme che ha curato Angelo Costanzo¹, il professor Santo Di Nuovo che è un ordinario di Psicologia giuridica all'Università di Catania ha spiegato la confusione che si fa sulla materia.

I test “di personalità” che sono quelli che dovrebbero indicare eventuali patologie e distorsioni della personalità mentre i test “attitudinali” sono quelli che individuano le caratteristiche ed inclinazioni attitudinali degli individui.

I test di personalità è indubbio che possono servire soprattutto nella selezione di accesso alla magistratura, per escludere patologie inconciliabili con l'esercizio della funzione ma certo non per valutare la professionalità, anche perché diventa difficile capire l'incidenza di determinati difetti e distorsioni di personalità sulla professione di magistrato.

Winston Churchill era un bipolare con tendenza all'alcolismo: è stato il più illustre rappresentante della politica del Novecento, un premio Nobel, eloquente, retore eccellente, ma era un uomo che soffriva di sindrome bipolare, “il cane nero”, come lui la chiamava. Non necessariamente un soggetto ossessivo-compulsivo è destinato a essere un pessimo giurista o un pessimo giudice, quindi, come dice il professor Di Nuovo non esistono test affidabili sotto questo profilo.

Cosa diversa invece sono i test attitudinali che sono quelli che ad esempio verificano il grado di tenuta del ragionamento giuridico, si pensi alla capacità di decritta-

re le fallacie argomentative di cui ha scritto Daniel Kahneman, premio Nobel per l'economia nel 2002 con uno storico *paper* su tale argomento.

Egli dimostrò, pur essendo uno psicologo, che il cervello umano è tarato sull'errore, in specie sulle scelte finanziarie dove le decisioni vengono prese sulla base di euristiche, mere scorciatoie argomentative che causano fallacie sotto forma di ragionamenti apparentemente logici (*biases*).

Esse possono applicarsi anche al ragionamento del giudice come ad esempio le più comuni, l'euristica dell’“ancoraggio” e quella “della rappresentatività”².

Io ricordo una bellissima lezione di Piero Gaeta alla scuola superiore della magistratura, in un convegno in cui spiegava che spesso in Cassazione il problema più grosso che avevano in Procura generale era quello di riuscire a garantire il giudicato della sentenza: molto spesso, troppo spesso, emergevano nei provvedimenti sotto esame le fallacie argomentative ed erano anche evidenti.

Ebbene sia all'accesso in magistratura sia come verifica nel corso degli anni non sarebbe scandaloso che venissero applicati questi test per verificare appunto l'idoneità al corretto ragionamento logico.

2. Le verifiche di professionalità.

Sul tema delle verifiche di professionalità preliminarmente è difficile comprendere cosa esattamente pensi la magistratura

¹ I test psicoattitudinali ai magistrati. Intervista di Angelo Costanzo a Santo Di Nuovo, <https://www.giustiziainsieme.it/le-interviste-di-giustizia-insieme/3091-i-test-psicoattitudinali-ai-magistrati-intervista-di-angelo-costanzo-a-santo-di-nuovo> in Giustizia Insieme, 25 Marzo 2024.

² D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. (1982) Cambridge University Press.

di fare oltre a convenire sulla necessità di cambiare il sistema di verifica professionale.

Nel suo ultimo libro, dedicato al ruolo del pubblico ministero³, Edmondo Bruti Liberati colloca nel 1996, con il primo governo dell'Ulivo, l'ultimo serio tentativo riformista nel campo della giustizia.

Egli incolpa la magistratura associata dell'epoca di aver contribuito alla caduta dell'esecutivo guidato da Romano Prodi al pari di Bertinotti, con la preordinata sfiducia nei confronti delle riforme sulla giustizia proposte dalla "famigerata" e "limacciosa" bicamerale.

Tuttavia, scrive Bruti Liberati, già allora, una parte della magistratura, nell'area di sinistra, era favorevole all'introduzione nell'ordinamento di quello che qualcuno aveva definito "il sistema delle pagelle Flick" dal nome dell'allora Guardasigilli, raffinato giurista non certo preconcetto nemico della magistratura.

Egli aveva ipotizzato un sistema di valutazione che fu bocciato dalle correnti conservatrici e moderate, Unicost e Magistratura indipendente, ma verso cui una parte dell'area riformista delle toghe, non era contraria: la realtà era che una fetta importante della magistratura avvertiva già allora l'insufficienza del sistema e però non si è riusciti mai andare oltre, alla fine ha prevalso nella magistratura associata la volontà di non superare il sistema delle verifiche di professionalità quadriennale, quelle che si fanno nei primi ventotto anni di attività per poi consentire che nell'ultimo scorcio di professione si vada con il pilota automatico.

Ovviamente non è che si debba ritornare al sistema degli scrutini pre-Breganze-Bre-

ganzone però è da chiedersi se un sistema che a un certo punto genera "*todos caballeros*" sia accettabile e che dunque fatalisticamente se ne accettino i riflessi sulle valutazioni degli incarichi direttivi, frustrando la giusta aspirazione a veder riconosciuto quella "cosa oscura" che in Italia viene vista con sospetto: il merito.

Quando esso manca c'è una notte dove "tutte le vacche sono nere" non si distingue il mediocre dall'eccellente e si rischia come è successo sviluppare fenomeni di clientelismo, di raccomandazione, di relazione personale dove anche un magistrato meritevole è costretto a passare dal capobastone di turno per veder riconosciuto il proprio diritto. Una realtà avvilente emersa in tutta la sua gravità ma dalla quale non si sono tratte tutte le necessarie conseguenze.

3. I consigli giudiziari.

La presenza degli avvocati all'interno dei consigli giudiziari è necessaria perché il controllo di anche di costituzionalità rispetto alla presenza di un giudice imparziale ed indipendente è un diritto del cittadino e quindi è necessaria.

La questione è se tale partecipazione debba limitarsi al ruolo di convitati di pietra o debba prevedere il diritto di votare.

Sembra sussistere nei confronti degli avvocati la "sindrome del candidato della Manciuria" parafrasando il titolo di un film americano in cui si immaginava che un soldato americano subisse un "*brainwashing*" da parte dalle forze comuniste che lo avevano catturato dopodiché completamente plagiato venisse presentato come candidato alla presidenza degli Stati Uniti, uno scenario che si potrebbe definire oggi su altri versanti non proprio di fantapolitica.

³ E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico Ministero, un protagonista controverso della giustizia*, R. Cortina, 2023.

L'avvocato secondo taluni sarebbe un cavallo di Troia di interessi opachi, manovrato dall'esterno, un rappresentante plagiato di forze oscure.

Vengono delineati scenari vagamente apocalittici, denunciati piani di controllo della magistratura, ma forse c'è un eccesso di sospettosità.

In un suo intervento, il presidente Santa-lucia ha sottolineato che non sia possibile il controllo integrale di tutti i provvedimenti emessi dai 9000 magistrati italiani.

In effetti non è possibile pensare ad un sistema che distingua minuziosamente magistrato per magistrato, quello bravo piuttosto che l'eccellente, ma certamente l'analisi statistica, che l'ANM avversa, può servire a stroncare le patologie, le sacche di inefficienza ed inadeguatezza.

Quale sistema si vuole utilizzare se non quello di ricorrere a dati statistici che certo non esauriscono lo spettro della valutazione professionale ma comunque possono essere la spia di anomalie, come la presenza di un elevato tasso di riforma delle proprie sentenze?

È chiaro che deve essere solo il presupposto per un approfondimento dei motivi di una anomalia, che a sua volta non è certo costituito dalla singola sentenza che viene modificata con la concessione delle attenuanti generiche e neanche dalla assoluzione che subentri in appello alla condanna in primo grado, ma se le sentenze di un determinato organo della giurisdizione sono costantemente e radicalmente riformate, se i provvedimenti cautelari di un determinato gip presentano un elevato tasso di revoca ed annullamento, se (mi si consenta la provocazione) si sbaglia platealmente l'applicazione dei precedenti giurisprudenziali consolidati, poniamo in materia di competenza per territorio, e si causa l'azzeramento integrale di complessi processi

con grave danno ad imputati e parti offese, si può chiedere senza menare scandalo una riflessione ed un approfondimento. Certamente senza automatismi sanzionatori, ma neanche allargando le braccia per rifugiarsi nel fatalismo dell'errore "che può capitare a tutti".

Ecco se ci si fermasse un attimo a pensare: "davvero non si poteva evitare tutto ciò?" sarebbe un'utile profilassi contro l'errore inescusabile.

Qui si parla ovviamente di difetti evidenti e vistosi: io sarei dell'idea che dovrebbero essere gli stessi magistrati che riformano le sentenze qualora rilevino evidenti patologie ed anomali errori o grossolanità a prendere l'iniziativa di inviare il provvedimento riformato o quantomeno segnalarlo per un'analisi nel consiglio giudiziario.

Non esauriamo certamente il tema con la statistica ma intanto cominciamo sulla base della statistica ad approfondire quali magistrati sono adeguati oppure se ci sono pm che non sanno fare le indagini o giudici che sbagliano grossolanamente il ragionamento induttivo.

4. Gli avvocati: quale ruolo?

Sul ruolo degli avvocati a volte vien voglia di pensare che sia quello della mitica "sora Camilla" che tutti a parole desiderano, senza che poi al dunque alcuno si decida a farsi avanti.

Noi abbiamo continui commoventi attestati dell'importanza del nostro ruolo poi però quando chiediamo, non dico di fare come Jep Gambardella ne "La grande bellezza" di Sorrentino, (non solo partecipare alle feste ma anche il potere di farle fallire) a quanto pare non diamo sufficiente garanzia.

Ecco, io penso che si sopravvaluti il coraggio (o la cattiveria) dell'avvocato, se qualcuno pensa di trovare colleghi che vadano nei Consigli giudiziari ad accusare a testa bassa, o peggio a diffamare si sbaglia di grosso: la prudenza è una dote necessaria che gli avvocati coltivano attentamente e talvolta in eccesso.

Piuttosto va utilizzata l'esperienza del difensore: noi avvocati sappiamo benissimo chi è il magistrato bravo e chi l'inadeguato e non è vero che il parametro sia il tasso di assoluzioni.

Noi sappiamo che il giudice bravo è quello che sa condurre un dibattimento autorevolmente senza urlare, senza autoritarismo ma con autorevolezza, regolare con imparzialità esame e controesame del teste, che sa essere rigoroso sulla prova come anche distinguiamo il Pubblico ministero duro ma leale e capace, da quello incline alle cantonate ed al pregiudizio.

Se la magistratura teme che gli avvocati nei consigli facciano fuori i magistrati bravi nell'interesse dei clienti mafiosi, crede ad una caricatura grottesca.

Certo i magistrati hanno il diritto di chiedere e pretendere che nei consigli giudiziari non vadano gli amici del presidente dell'ordine di turno che deve dare una seggiola per ricambiare favori o ricompensare la fedeltà ma che venga fatto un minimo di scelta rappresentativa.

Non è più tollerabile che noi avvocati dobbiamo subire l'ombra del sospetto di essere portatori di interessi oscuri; che ci siano avvocati collusi purtroppo è vero ma che costituiscano la maggioranza io lo escludo, così come è falso che un avvocato non sappia ragionare autonomamente sulla base delle sue valutazioni.

Gli avvocati non sono un pezzo di Stato ma sono parte dello Stato come controllo-

ri della giurisdizione come cani da guardia della giurisdizione.

Credo debbano interloquire sui criteri prioritari di indagine delle varie procure e possano criticare la gestione di un ufficio mal diretto perché non è sempre questione di mancanza di risorse ma anche di carenze umane.

Io credo che l'avvocato lo possa dire lo debba dire e che di ciò non si debba menare scandalo o essere accusati di delegittimazione dei magistrati, di esporli a gravi rischi, quindi io spero che almeno il diritto di tribuna sia riconosciuto pacificamente ma che si consenta anche il voto nei consigli giudiziari.

Concludo con un ricordo per far capire a cosa servano gli avvocati, anche fuori dalle aule: alcuni anni fa in un convegno organizzato dagli avvocati del Triveneto fu trasmesso un accorato messaggio del presidente dell'ordine degli avvocati di Varsavia.

Era un appello quasi disperato in cui il collega lanciava l'allarme su ciò che accadeva in Polonia dove il governo sovranista dei fratelli Kaczyński stava tentando di ingabbiare l'indipendenza della giurisdizione, con programmi di pensionamento anticipato, mettendo sotto controllo governativo la Corte Costituzionale e l'organismo disciplinare della magistratura.

Io con profondo stupore mi resi conto che a distanza di due ore di volo dall'Italia stava entrando in crisi, in un paese dell'Europa aderente alla CEDU, il concetto stesso di Stato di diritto.

Troppo spesso riteniamo, meglio ci culiamo nell'idea che lo Stato di diritto, l'indipendenza della magistratura, le regole, il garantismo siano conquiste ormai irrinunciabili un sistema.

Non è così: invece i rischi sono gravi e allora ci deve essere la capacità delle forze riformiste di saper proporre dei programmi

seri e concreti di cambiamento perché se ci si chiude nel discorso “sì le riforme vanno bene ma non nel mio cortile, nel cortile dell’altro”, ci si limita a ripetere come Montale “ciò che non siamo, ciò che non vogliamo” non si andrà da nessuna parte e ci si esporrà a pericoli sempre più gravi. Non si può rispondere quando si propone

di cambiare “a me non piace o’presepio” come Tommasino Cupiello nella commedia di Eduardo al padre che glielo mostrava: bisogna saper indicare quale tipo di presepio si vuole.

CATALDO INTRIERI

4. Alcune note sulla riforma costituzionale della magistratura

“La civiltà dei popoli si misura non tanto dalla bontà delle leggi che li reggono, quanto dal grado di indipendenza raggiunto dagli organi che queste leggi sono chiamati ad applicare”.
Piero Calamandrei, *Governo e magistratura*, Siena, 2021, 7.

SOMMARIO: **1.** I progetti di riforma costituzionale volti a separare la carriera della magistratura giudicante da quella requirente. – **2.** Essi contengono, soprattutto, ulteriori modificazioni dell'ordine giudiziario di particolare allarme. Analisi di queste altre proposte di riforma. – **3.** Prima ulteriore proposta: la modifica della composizione dei membri del CSM. – **4.** Seconda ulteriore proposta: l'abolizione del principio secondo il quale i magistrati si distinguono soltanto per funzioni. – **5.** Terza ulteriore proposta: la riscrittura dell'art. 106, 3° comma Cost. e il venir meno della regola secondo la quale l'accesso alla magistratura ordinaria si dà solo per concorso pubblico. – **6.** I limiti di tali proposte di riforma in base ai nostri valori repubblicani.

1. I progetti di riforma costituzionale volti a separare la carriera della magistratura giudicante da quella requirente.

Sono in discussione da qualche anno in Parlamento più disegni di modifica della nostra Carta costituzionale sulla possibilità di separare la carriera dei magistrati giudicanti da quella dei magistrati requirenti.

A questi progetti è stato dato il nome di *Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*.

Vi sono, infatti, sul tavolo, più proposte di revisione della costituzione: in tal senso possono essere ricordati i progetti A.A.C. 23, 434, e 824, che presentano testi identici, e poi la proposta A.C. 806, che presenta, rispetto a quelle, solo piccole differenze.

Tutte queste proposte prevedono di separare le carriere della magistratura giudicante da quella requirente.

Gli A.A.C. 23, 434, e 824 riproducono integralmente il testo dell'A.C. 14 della XVIII legislatura di iniziativa popolare, e si tratta di un progetto che fu esaminato dalla Commissione affari costituzionali a partire dal febbraio del 2019; le ultime proposte di riforma sono invece del gennaio 2023.

Tutte queste proposte prevedono:

a) la separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente, con previsione di distinti concorsi per l'accesso in esse;

b) e conseguentemente due diversi organi di autogoverno della magistratura, uno per la magistratura giudicante e uno per la magistratura requirente.

Si prevede, infatti, una modifica dell'art. 104 Cost. che andrebbe ad affermare che:

“L’ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente”; e si prevede conseguentemente un: *“Consiglio superiore della magistratura giudicante”* e poi, art. 105 bis Cost. un *“Consiglio superiore della magistratura requirente”*; e infine l’art. 106 Cost. asserirebbe che: *“Le nomine dei magistrati giudicanti e requirenti hanno luogo per concorsi separati”*.

In questo modo, la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri, da tempo da molti pretesa, si realizzerebbe in modo pieno, e senza alcun equivoco o mezza misura.

A ciò si aggiunga che i progetti di riforma in questione pretendono di modificare altresì l’art. 112 Cost. sull’obbligatorietà dell’azione penale, con un testo che disporrebbe per il futuro che: *“Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale nei casi e nei modi previsti dalla legge”*.

Non solo così il pubblico ministero sarebbe in futuro un magistrato separato all’interno dell’ordinamento giudiziario, ma anche non avrebbe più la determinazione delle priorità nell’esercizio dell’azione penale, le quali passerebbero nelle mani della politica, ovvero del Parlamento (*rectius*: del Governo), che farebbe (magari di anno in anno) una legge per stabilire quali siano i reati da perseguire con priorità e quali viceversa da collocare in lista di attesa.

Piero Calamandrei, nel 1921, scriveva che: *“Dire da un lato che la giustizia è indipendente dalla politica, e dall’altra lasciare al governo la facoltà di decidere se la giustizia debba seguire il suo corso; affermare da una parte che la legge è uguale per tutti, e dall’altra lasciare al potere esecutivo la facoltà di farla osservare soltanto nei casi in cui ciò non dispiaccia al partito che è al governo, è tale un controsenso che non*

importa spendervi su molte parole per rilevarne tutta la enormità”.

Evidentemente, dopo cento anni, siamo sempre al medesimo punto.

2. Essi contengono, soprattutto, ulteriori modificazioni dell’ordine giudiziario di particolare allarme. Analisi di queste altre proposte di riforma.

Personalmente, mi sia consentito ricordare che fin dalla stesura della prima edizione del mio manuale di *Ordinamento giudiziario*, ovvero venti anni fa, nel 2004, presi posizione contro la separazione delle carriere, addirittura, provocatoriamente, definendo i pubblici ministeri *“giudici requirenti”* (pag. 155).

Negli anni, non ho poi avuto modo di mutare questa mia posizione, che anzi ho ribadito anche in un più recente saggio apparso su www.judicium.it del 9 novembre 2017, *Contro la separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici*.

Ma non è questo, al momento, il tema che mi preoccupa.

Al contrario, desidero evidenziare che sotto l’etichetta di una modifica che riguarderebbe la separazione delle carriere, in realtà oggi si profilano modifiche dell’ordine giudiziario di più vasta e più incisiva gravità, e che viceversa non emergono ne’ nei titoli delle proposte di riforma, che continuano a definirsi solo *Norme per l’attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*, ne’ nel dibattito pubblico.

Conviene allora rivolgere la nostra attenzione soprattutto a quelle, perché, sommesso, le trovo preoccupanti.

3. Prima ulteriore proposta: la modifica della composizione dei membri del CSM.

La prima è questa: i progetti di riforma menzionati intendono modificare la composizione dei membri del CSM rispetto a quella esistente, e dispongono che il rapporto tra membri togati e membri laici non dovrà più essere quello di 2/3 di membri togati e un 1/3 di membri laici, così come stabilirono i nostri costituenti nel 1947, ma dovrà trasformarsi invece in un rapporto di parità, ovvero metà dei membri dovranno essere nominati tra i magistrati ordinari secondo criteri fissati dalla legge, e l'altra metà dovrà al contrario comporsi di avvocati e professori universitari nominati dal Parlamento (oppure dal Parlamento e dal Presidente della Repubblica nella misura di ¼ ciascuno).

Al riguardo, infatti, si propone di modificare l'art. 104 Cost., che al 4° comma andrebbe a statuire che: *“Gli altri componenti (del CSM giudicante) sono scelti per metà tra i giudici ordinari con le modalità stabilite dalla legge, e per l'altra metà dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio”*; parimenti il nuovo art. 105 bis Cost. sul CSM requirente disporrebbe che: *“Gli altri componenti sono scelti per metà tra i pubblici ministeri ordinari con le modalità stabilite dalla legge e per l'altra metà dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio”*.

È evidente che se la maggioranza dei membri del CSM è togata, è possibile considerare l'amministrazione della giurisdizio-

ne distanziata dall'attività politica; ma se al contrario i membri laici saranno in parità di numero rispetto ai togati, e vice-presidente resterà egualmente un membro laico, va da sé che gli equilibri dell'organo non saranno più gli stessi, e l'idea dei nostri costituenti di una amministrazione della giurisdizione non subordinata alla classe politica, se non ai governanti di turno, andrà persa.

L'incidenza della politica sulla giurisdizione, così, potremmo dire, si istituzionalizzerebbe, ed entreremo in questo modo in una nuova fase costituzionale della magistratura.

4. Seconda ulteriore proposta: l'abolizione del principio secondo il quale i magistrati si distinguono soltanto per funzioni.

La seconda importante novità, contenuta anch'essa in tutti i progetti di riforma qui a commento, è la soppressione del 3° comma dell'art. 107 Cost.

Quella disposizione recita, come è noto, che: *“I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”*.

Si tratta di un momento essenziale dell'organizzazione della magistratura, volto a significare che tutti i giudici sono eguali fra loro, e sono soggetti soltanto alla legge, e che quindi la magistratura, come da più parti negli anni è stato sostenuto, costituisce funzione diffusa, priva di strutture gerarchiche.

Nelle schede di lettura su tale intervento predisposte dalla Camera dei Deputati a pag. 24 si legge che: *“La modifica appare consequenziale rispetto alla separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente”*.

Certamente questa contrapposizione sarà la prima che caratterizzerà i magistrati se si arriverà ad una simile riforma; tuttavia questa contrapposizione non dovrebbe egualmente impedire che i vari magistrati, ognuno nel proprio ordine, continuino poi però a distinguersi solo per diversità di funzioni.

Se si arriva, invece, all'abrogazione integrale del 3° comma dell'art. 107 Cost. senza nient'altro specificare, pare evidente che la novità può essere non solo funzionale alla nuova contrapposizione tra magistratura giudicante e requirente, ma anche idonea ad incidere sulla struttura e l'organizzazione delle due magistrature, con il rischio che a questo punto tutti gli ordini giudiziari, giudicanti o requirenti che siano, perdano il modello di magistratura diffusa fino ad oggi avuto, e si assimilino così, puramente e semplicemente, alle altre pubbliche amministrazioni.

5. Terza ulteriore proposta: la riscrittura dell'art. 106, 3° comma Cost. e il venir meno della regola secondo la quale l'accesso alla magistratura ordinaria si dà solo per concorso pubblico.

La terza novità concerne la modifica dell'art. 106, 3° comma Cost., che andrebbe a disporre che: “*La legge può prevedere la nomina di avvocati e di professori ordinari universitari a tutti i livelli della magistratura giudicante*”.

Si ricorda che il 3° comma dell'art. 106 Cost. prevede invece che: “*Su designazione del CSM possono essere chiamati all'ufficio di consigliere di cassazione per meriti*

insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori”, e la materia è disciplinata nel dettaglio dalla legge 5 agosto 1998 n. 303.

Le differenze tra un testo e l'altro sono evidenti: ca) nel primo caso il potere di inserire in magistratura soggetti aspiranti fuori concorso è affidato al CSM, nel secondo caso viene invece trasferito alla legge, che evidentemente potrà regolare il fenomeno in modo del tutto discrezionale, non essendo fissati in Costituzione criteri per ciò; cb) nel primo caso si tratta di accedere solo presso la Corte di cassazione, mentre ora si immagina che il fenomeno possa estendersi a tutti i livelli della magistratura giudicante; cc) nel primo caso la condizione per accedere senza concorso alla magistratura è quella di aver conseguito *meriti insigni*, mentre oggi pare che ogni professore e ogni avvocato, anche senza meriti insigni e senza anzianità particolare, possa accedere ad ogni tipo di magistratura.

Si comprende non solo, così, come l'istituto sia stato totalmente snaturato, ma anche come vi sia in questo modo il rischio che in magistratura possano accedere soggetti privi di idonea formazione, fuori da ogni logica concorsuale, e fuori da ogni controllo del CSM.

E soprattutto può esservi il rischio, se si esce dalla logica del concorso pubblico, che vi siano un domani dei magistrati che debbano dire grazie a qualcuno per essere diventati tali.

6. I limiti di tali proposte di riforma in base ai nostri valori repubblicani.

Alla luce di tutto questo non si tratta allora, a mio parere, di discutere se sia giusto o meno separare la carriera giudicante da quella requirente, si tratta di domandarsi che fine possa fare il nostro ordine giudiziario si dovessero approvare riforme di questo genere.

Nel nostro sistema costituzionale i tre cardini sui quali poggia il principio di separazione dei poteri e di indipendenza della magistratura sono quelli:

- a) di avere un organo di amministrazione della giurisdizione il quale, seppur non composto di soli magistrati, sia comunque indipendente dal potere politico;
- b) di avere una magistratura ordinaria alla quale si accede solo per concorso pubblico;
- c) e infine di avere una magistratura soggetta solo alla legge, strutturata in modo non gerarchico, e distinta al proprio interno esclusivamente in base alle funzioni svolte.

Se queste tre caratteristiche vengono meno, la stessa idea di magistratura quale cor-

po che si distingue dalle altre amministrazioni dello Stato viene meno.

E io credo che una rivoluzione costituzionale di questo genere, che disegnerebbe un'altra magistratura rispetto a quella che fino ad oggi abbiamo avuto, non solo sia programma che abbiamo il dovere di osteggiare, ma anche, più radicalmente, costituisca una novità impedita dai valori di fondo del nostro sistema repubblicano.

Dobbiamo, allora, ancora una volta ricordare la filosofia illuminista, secondo la quale difendere l'indipendenza della magistratura non significa difendere i giudici (con, alle volte, le loro arroganze nella gestione quotidiana della vita giudiziaria): significa custodire la libertà di tutti i cittadini, perché nessun avvocato avrà una funzione nel processo se il giudice che gli sta di fronte non avrà l'indipendenza del decidere, nessuno cittadino sarà mai libero se non saranno liberi i giudici, nessuno Stato potrà definirsi democratico se il suo governo pretenda di incidere nello svolgimento della funzione giurisdizionale.

GUILIANO SCARSELLI

III.

Indipendenza e ruolo dei contesti: società, economia, culture

1. Indipendenza del giudice e ruolo dei contesti: società, economia, culture

1. La prospettiva più consueta – vorrebbe dirsi ‘classica’ – dalla quale suole declinarsi il tema dell’indipendenza del giudice è quella che ne esamina i contorni dal punto di vista dei rapporti istituzionali tra il giudice (o, se si vuole, tra la magistratura nel suo complesso) e gli altri poteri costituiti dell’apparato statale, in primo luogo di quello legislativo e di quello di governo.

Può anzi dirsi che la trattazione tradizionale del tema dell’indipendenza del potere giudiziario, rispetto ai parlamenti e agli organi di governo, ha costituito la cartina di tornasole della verifica della natura liberale o democratica dei sistemi istituzionali rivisti nel prisma della reciproca comparazione, a partire dall’originaria riflessione storicamente avviata dal pensiero illuministico inglese e francese.

Si tratta di vicende che la sensibile accortezza dello storico ha più opportunamente ricondotto, al di là ed oltre l’apparenza degli schemi formali (si pensi ai conflitti tra la corona regia e i parlamenti francesi di *Ancien Régime* e alla sorte di questi ultimi all’indomani della Rivoluzione), alla dinamica dello scontro tra classi o gruppi di potere attivi all’interno della medesima comunità politica.

Da qui la ricchezza degli apporti di studio condotti sulle relazioni, le connessioni e le possibili compenetrazioni tra i diversi apparati di potere, pur tra loro autonomi e indipendenti, all’interno di ciascuna struttura

statale, ma anche il valore degli studi condotti comparativamente sulle esperienze istituzionali dei diversi paesi, da quelli appartenenti ad aree ideologicamente più affini, a quelli formatisi storicamente in contesti o nel quadro di sensibilità culturali tra loro distanti o irriducibili.

2. Assai meno frequente appare, al contrario, lo studio del tema dell’indipendenza del potere giudiziario dal punto di vista dei fattori sociali, intellettuali o economici che pure sono destinati a condizionare la virtù del giudice nel considerare i frammenti di realtà condotti al suo esame a partire da uno sguardo libero da vincoli o da pregiudizi.

Pur non trascurando i termini della reciproca correlazione o dell’interdipendenza tra i due livelli di analisi – in definitiva riassumibili in una considerazione della magistratura come gruppo sociale istituzionalmente inquadrato (e dunque in chiave collettiva), da un lato, e del giudice come singolo, investito di una funzione intellettuale, prima ancora che di un potere specifico, dall’altro – l’invito di queste pagine (nella prospettiva di un’analisi dei nessi che collegano l’esercizio della giurisdizione al tema dell’effettività democratica di una comunità politica) è quello dell’impegno alla ricerca di quegli elementi d’indole culturale, sociale o economica che, guardando al giudice ‘spogliato’ della sua veste istituzio-

nale, ne indagano le modalità di condizionamento che valgono a insidiarne la libertà di coscienza.

Da questa prospettiva, il giudice è riguardato in primo luogo dal punto di vista della sua esperienza esistenziale individuale e, dunque, della rete di relazioni che lo circondano e lo definiscono.

L'assunzione antropologico-filosofica al fondo di una simile impostazione, se così si può dire, è quella che avvicina l'idea dell'essere umano alla sua dimensione 'costitutivamente' relazionale; un'idea per cui la relazione con gli altri, o l'originaria collocazione comunitaria di ciascuno, appare, non già alla stregua di un fatto che si aggiunge all'analisi dell'individuo come dato 'essenzialistico' di base (ossia dell'individuo come elemento centrale nella considerazione dell'esperienza intellettuale o spirituale), bensì come suo presupposto originario, talché nessuno possa dirsi realmente indipendente dall'ambito relazionale in cui vive e consuma il tempo della propria esistenza.

In questo senso, l'idea della possibile liberazione di ciascuno da ogni forma di condizionamento potrà sembrare financo falsa o illusoria: se ognuno riceve gli elementi costitutivi o i contrassegni della propria individualità dal sistema di rapporti entro il quale si trova inserito ('gettato' secondo il più incisivo linguaggio heideggeriano), l'immagine di quell'impegno di emancipazione non potrà che rimandare a una grottesca esperienza da *Barone di Münchhausen*, per l'insensatezza della pretesa di rinvenire in sé le forze o le capacità di trarsi oltre i limiti della propria umana condizione.

E tuttavia, se il trascendimento della dimensione relazionale che ci costituisce appare compito impossibile (o financo inconcepibile o insensato), è altresì vero che ogni struttura sociale e relazionale a cui risale la determinazione della nostra condizione

possiede taluni (impliciti) assunti simbolici di base: valori che vivono e si affermano nei gruppi all'interno dei quali nasciamo e costruiamo i riferimenti della nostra individualità e che, spesso nascosti o confusi, chiedono d'essere portati alla luce.

'Come si diventa ciò che si è', dunque, potrebbe definirsi, secondo esplicite associazioni nicciane, il compito affidato a ciascuno, se la strada per la costruzione della propria individuazione (che è il risvolto della propria indipendenza) si origina, in primo luogo, dalla preliminare decifrazione delle categorie simboliche che contrassegnano lo spazio e il tempo della propria apparizione nel cerchio dell'esistenza.

Si tratta di un compito di acquisizione progressiva di consapevolezze non particolarmente nuovo od originale, se si pensa, a partire dalla descrizione kantiana dell'*'uscita dell'uomo dallo stato di minorità'* (in cui si riassume, secondo il filosofo di Königsberg, l'esperienza culturale dell'Illuminismo), all'esortazione, più vicina nel tempo, che ha condotto Heidegger alla riscoperta del tema dell'*'autenticità'* attraverso la sottrazione di ciascuno alla cosiddetta 'dittatura del sì (si fa, si dice, si pensa...)'.

Da questa prospettiva, l'indipendenza, lungi dal misurarsi in relazione ai rapporti istituiti con il potere (sia esso parlamentare, di governo o, più in generale, di carattere istituzionale), tende a configurarsi alla stregua di una condizione d'indole eminentemente coscienziale, costantemente sottoposta alle tentazioni della superficialità e ai rischi di una trascurata sorveglianza.

È qui in gioco la (sempre riacquistata) libertà di essere sé stessi, di sapersi conservare custodi della propria originalità e della propria 'non gestibilità'.

In termini più elementari, un simile atteggiamento etico potrà anche tradursi nell'assunzione di un *'habitus'* di pregiudiziale an-

ticonformismo; un valore che al giudice è richiesto di preservare in primo luogo sul piano della propria esperienza esistenziale individuale.

Converrà interrogarsi sulle condizioni di possibilità di una società di esseri non gestibili e non conformisti: si tratterebbe inevitabilmente di una comunità destinata a definirsi, in primo luogo, in contrasto con ogni principio di economicità; insofferente a ogni forma di economie di scala; strutturalmente ‘troppo costosa’.

È ricorrente l’idea che identifica la società contemporanea come la società della ‘razionalizzazione economica’, del pensiero ‘unico’, del mercato ‘unico’, dell’unico ventaglio di prospettive esistenziali proposte dai responsabili della produzione-intesa, quest’ultima, nel senso più largo del termine, non ridotto alla sola dimensione della trasformazione materiale, quanto più comprensivamente esteso all’idea dell’elaborazione creativa delle ‘forme’ simboliche.

Le nostre esistenze sarebbero, in tal senso, solo l’effetto di una ‘scelta’ tra proposte preconfezionate: ciò a cui finiremmo, prima o poi, per acconsentire con docilità.

In una simile configurazione sociale, in cui l’organizzazione collettiva appare sottoposta a continui processi di razionalizzazione, è possibile domandarsi se vi sia ancora lo spazio per l’originalità, o se, al contrario, le forze scatenate da una simile tecnologia sociale totale siano divenute troppo potenti per la coltivazione di qualunque progetto creativo realmente alternativo, strutturalmente ostile a ogni forma di vita educata all’evasione, alla povertà del linguaggio, all’iterazione degli stereotipi, alla mortificazione del senso critico.

I rischi della standardizzazione negli stili di consumo, nei modi di trascorrere il tempo libero, nelle forme dei pensieri e dei linguaggi, l’abdicazione alle potenze che ci

costringono a questa sorta di omologazione delle abitudini, deprime, irrimediabilmente, la capacità di coltivare la curiosità per i progetti di vita individuali e collettivi, per l’invenzione immaginativa di ciò che conferisce un significato alle cose, da quelle più semplici a quelle più complesse.

Se dunque l’acquisizione di una più matura (e autonoma) coscienza delle fonti delle nostre costrizioni sembra costituire il primo fondamentale antidoto alla dipendenza intellettuale, varrà la pena interrogarsi – per rimanere sul terreno cui appartiene il senso delle considerazioni che si vanno svolgendo – sulle origini dei rischi che appaiono più significativi per l’indipendenza del giudice rivista da questo particolare punto di vista.

3. L’intonazione del tema dell’indipendenza secondo la prospettiva dell’imparzialità¹ conferma l’assunto dell’insensatezza della pretesa indifferenza del giudice rispetto alle vicende politiche e alle questioni di rilevanza generale che investono la comunità.

Un giudice privo di idee e di passioni, orgoglioso di rivendicare la propria *neutralità culturale*, ove pure esistesse, si tradurrebbe nella negazione stessa dell’*uomo al lavoro*; nel gesto, paleamente connotato da una (più o meno critica o consapevole) conservazione politico-culturale, che si risolve nell’iterazione burocratica delle strutture di linguaggio e dei sistemi di pensiero che da sempre lo abitano e lo costituiscono.

Da questa prospettiva, l’imparzialità del giudice, lungi dal consistere in un’illusoria indifferenza, si apprezza piuttosto nella capacità di una critica sorveglianza anche (e

¹ V., *infra*, il testo di G. LUCCIOU.

soprattutto) degli automatismi delle proprie consuetudini e delle proprie naturali passioni. Si tratta di lasciarsi educare, attraverso l'attenta disponibilità all'ascolto, dall'etica del dubbio, e di apprestarsi alla (non facile) acquisizione di un abito meditativo, distante dall'emotività degli ambienti che circondano la vicenda dei processi.

La raccomandazione, in tal senso, deve ritenersi estesa, tanto all'attitudine burocratica del giudice 'pigro', ripiegato su sé stesso, alla perenne ricerca di presidi difensivi e ossessionato dalla carriera interna, quanto alla vanitosa vocazione del giudice alla ricerca del consenso popolare e della continua visibilità mediatica.

Non vi è dubbio che le tentazioni della vanità del potere, l'eccesso di *self-confidence* e, in definitiva, il rischio dell'autoreferenzialità siano inevitabilmente connessi alle naturali dinamiche delle passioni e delle umane debolezze: e tuttavia, varrebbe immaginare, per contrasto, la progettazione di un modello di pedagogia dei giovani giudici, idealmente capace di suscitare passioni altrettanto forti (il sentimento del valore sociale della giustizia, l'orgoglio dell'appartenenza a un progetto di crescita civile collettiva) da controbilanciare le spinte più involutive.

4. Un respiro più largo impone di collocare il tema dell'indipendenza del giudice nella più vasta prospettiva delle finalità istituzionali per le quali quell'indipendenza è riconosciuta e garantita.

Da questa angolazione, il riferimento al disegno costituzionale e ai suoi vincoli di attuazione pratica appare difficilmente eludibile.

Sul piano storico, la rievocazione del faticoso processo di penetrazione della cultura costituzionale nella prassi delle istituzioni repubblicane aiuta a riconoscere, nel rin-

novamento generazionale del corpo della magistratura italiana tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, i segnali di una prima, concreta, esperienza di attuazione sistematica delle promesse costituzionali e, dunque, di una significativa testimonianza del nuovo senso dell'indipendenza del giudice. Un'indipendenza tanto più lontana dall'esperienza dello Stato monoclasse borghese (ottocentesco e primonovecentesco), quanto più aperta ai difficili e complessi nodi economico-sociali dello Stato pluriclasse restituito, allo sguardo dello storico, dal tragico coinvolgimento di enormi masse nel lungo tempo della c.d. 'guerra dei trent'anni' (1915-1945).

Si trattava di incardinare l'idea di quell'indipendenza funzionale lungo i binari etico-politici della Costituzione del '48 e delle scelte di valore che in quella Carta avevano trovato risalto.

Il personalismo comunitario di origine francese, il rigore repubblicano dei valori di giustizia e libertà fatti propri dal socialismo liberale, il faticoso (ma ritenuto ancora possibile e necessario) incontro tra il liberalismo-liberismo delle dispute croce-einaudiane e le ispirazioni del solidarismo di matrice cattolica e di quello marxista: esperienze di incontro e di fruttuosa contaminazione che pure avrebbero trovato, sul terreno del dibattito politico-parlamentare, una significativa realizzazione nelle riforme che, lungo gli anni '70, promossero la democratizzazione dei gruppi e delle comunità intermedie di un paese ancora largamente attardato sulla strada della modernizzazione politica, economica e sociale.

L'introduzione del divorzio e dell'aborto nel quadro della contestuale riforma del diritto familiare, la rilettura in chiave democratica dei rapporti all'interno delle comunità di lavoro e delle scuole, la riforma carceraria, il ripensamento della malat-

tia psichiatrica e delle comunità di cura, la stessa universalizzazione del sistema sanitario nazionale avevano seguito e, in un certo senso, accompagnato la rigenerazione culturale dei quadri della magistratura che con coraggio veniva assumendo su di sé – verosimilmente per la maggiore prossimità e una più naturale attitudine con l'universo formativo scolastico e universitario – il compito di tradurre, nella carne viva delle proprie decisioni, i riconoscimenti sancti dalla Costituzione repubblicana, che le generazioni del primo dopoguerra e degli anni '50 avevano ricevuto con freddezza, quando non con malcelata diffidenza.

È dalla progressiva dissoluzione di quell'esperienza storica di attuazione costituzionale degli anni '70 – una vicenda che può ragionevolmente farsi coincidere con le repentine trasformazioni economiche e sociali dei decenni successivi – che sono cominciati ad apparire, secondo i termini di una ricostruzione storica largamente condivisibile, i primi segnali di una marcata insofferenza politica (presto tradottasi in aperto contrasto) per il controllo di legalità e, in definitiva, per la stessa giurisdizione, sempre più spesso rivista (o dipinta) alla stregua di un ostacolo per la realizzazione dei disegni politici che i ceti dominanti avevano cominciato a rivendicare attraverso il richiamo a investiture popolari pregiudizialmente prive di limiti, spogliate di quei preziosi riferimenti alle 'forme' e ai 'limiti' ai quali la Carta aveva necessariamente legato le forme di esercizio della sovranità popolare.

Una giurisdizione vincolata agli equilibri istituzionali e ai progetti di emancipazione politico-sociale propri della Costituzione del '48 se, dal lato istituzionale, non avrebbe evidentemente potuto sottrarsi alla violenza del conflitto generato da quella cieca volontà di potenza politica 'assoluta', sul piano storico-culturale si è vista più

sottilmente minacciata dalle insidie della crescente depoliticizzazione delle relazioni sociali, dalla progressiva naturalizzazione dei fenomeni socio-economici e dall'affilata pervasività dei modelli tecnocratici.

L'ossequio ottuso alla religione tecno-consumista e il conformismo privo di *ethos* (in cui sono destinati a perdere i segni di qualunque identità storico-culturale) hanno progressivamente contribuito alla creazione di un contesto epistemico e assiologico di cui alla magistratura non si è potuto (come ancora oggi non può) non richiedersi, la virtù di decostruire la natura sistemica, tanto politica e spirituale, quanto materiale e simbolica.

E ciò, non già per contrapporre, alle strutture materiali e ideologiche dell'esistente, un autonomo (confuso o velleitario) disegno politico alternativo (estraneo ai compiti di qualunque organo giudiziario), quanto per tornare ad animare le esigenze di quell'attuazione costituzionale che ancora costituisce la ragione profonda, storicamente data, del nostro essere una comunità politica assistita da organismi di garanzia realmente indipendenti; una ragione che l'ambizione di destrutturazione costituzionale e antisociale del neoliberismo, così come delle soggettivazioni atomistiche e ultra-competitive da quello così potentemente forgiate e diffuse, hanno da tempo consegnato a una crisi di difficilissima risoluzione².

In questo contesto si colloca la denuncia dell'indiscriminata cancellazione di ogni forma di solidarietà collettiva (sempre più spesso presentata nei panni di un *welfare* costoso e improduttivo), del sacrificio della dimensione del lavoro (su cui pure la Costituzione del '48 si dichiara fondata) come

² V., *infra*, il testo di G. PRETEROSSI.

produzione simbolica e frammento di realizzazione esistenziale (rispetto alle ragioni totalizzanti del calcolo economico), della centralità del mercato come forma tendenzialmente unica di socializzazione dell'individuo, della frattura del principio di indivisibilità tra l'allargamento dei diritti civili e il simmetrico irrobustimento dei diritti sociali.

La forma simbolica della misurazione, di cui merce e moneta costituiscono le preminentissime unità di calcolo, costituisce l'espressione più evidente di quell'universale 'fuga dal contenuto' che premia la produttività 'quantitativa' come valore assoluto e che, al contrario, rende irrilevante tutto ciò che è qualità o scarto, in tutti i sensi etici e 'dinamici' del termine (come lo 'scarto' da una via d'abitudine).

Un'ossessiva ricerca di produttività indiscriminatamente applicata alla valutazione delle attività intellettuali non potrà mai essere contrabbadata come valore di efficienza, se solo si pensa all'inevitabile legame di proporzionalità inversa che corre tra l'entità numerica del 'prodotto' nell'unità di tempo (la quantità di saggi scientifici, la quantità di provvedimenti giudiziari, etc.) rispetto alla qualità meditativa dell'approfondimento intellettuale.

Lo scadimento qualitativo della vita collettiva (dove il tempo 'misurato' è definitivamente destinato a soppiantare il tempo interiore della vita emotiva) cessa così d'essere la conseguenza accessoria, e mera mente temporanea, di un'esperienza di gestione politica trascurata o corrotta (come tale, storicamente transitoria), per assumere, tutt'al contrario, l'obiettivo programmato di un disegno di conformazione sociale e culturale d'indole 'funzionale'.

L'accento che cade sull'idea della 'funzione', in termini oggettivi e sistematici, sta a significare l'ingenuità (quando non l'ipocrita strumentalità) della denuncia dell'azione di

pretesi 'poteri forti', soggettivamente determinabili, da individuare e neutralizzare politicamente: si tratta, piuttosto, di muovere alla ricerca dei possibili punti critici sui quale fare leva allo scopo di disarticolare gli effetti più marcatamente disumanizzanti di quella dispiegata volontà di potenza (dai riflessi politici tendenzialmente autoritari) che, nutrendosi di forme e di misure, alimenta il distacco, avvertito dall'uomo contemporaneo in termini sempre più incolmabili, da ogni possibile idea del senso autentico di sé.

5. La radicalizzazione del tema dell'indipendenza sul piano delle potenzialità dell'autocoscienza del giudice conduce, infine, direttamente nel cuore della critica epistemologica, delle modalità del funzionamento del cervello umano, degli schemi di pensiero che ci consentono di organizzare la realtà e, in ultima istanza, al tema della verità.

Il precedente accenno all'idea della 'funzione' e della sua strutturazione in chiave sistematica, come contrassegno culturale del mondo contemporaneo, ben si accorda al richiamo alla figura e al pensiero di Niklas Luhmann e alla sua ideale trasposizione, sul piano sociologico, del modello cognitivo dell'epistemologia quantistica³.

Si tratta di accettare l'idea della scomparsa di un mondo oggettivo separato dal soggetto che lo osserva e lo descrive: l'epistemologia quantistica smentisce questo elementare asserto, poiché soggetto e oggetto appartengono, essendone ugualmente coinvolti, allo stesso mondo.

Il modello empirico tradizionale di conoscenza, nel muovere dal principio deterministico 'causa-effetto' quale proprio disposi-

³ V., *infra*, il saggio di B. MONTANARI.

tivo investigativo, ha naturalmente imparato a elaborare i concetti del ‘fenomeno’ e della ‘legge’ e, in termini ancora più originari e fondanti, dell’*ordine* come risultante di quelli.

La critica epistemologica quantistica, al contrario, ci ammonisce a riflettere su come la sequenza ‘osservazione empirica-fenomeno-legge’ si traduca inevitabilmente in un processo di universalizzazione puramente congetturale e arbitrariamente autorizzato dal presupposto (in tesi, indiscutibile) che il mondo risponda a un ‘ordine’.

Ma quest’idea di ordine è totalmente priva di alcun fondamento certo, non riposando affatto sui sicuri presupposti di una ‘legge’ incontestabile, quanto sulle precarie premesse di un calcolo statistico di probabilità.

Il dislocamento di questo modello epistemologico alla (velleitaria) razionalizzazione dell’ambiente umano trasferisce con sé tutta l’impronta di artificialità in cui consiste il presunto ‘ordinamento’ di un contesto umano in forma di società civile.

Risulta quantomai opportuno il richiamo alle preziose osservazioni di Ernst Cassirer sulla naturale vocazione simbolica dell’essere umano (*animal symbolicum*), sull’inconsistenza di ogni pretesa di rispecchiamento, attraverso il pensiero, della pretesa oggettività del reale, del ‘mondo’ che l’uomo coglie sempre ed esclusivamente come ‘forma simbolica’ attraverso il linguaggio, l’arte, il mito, la religione e la stessa scienza⁴.

Proprio il diretto e serrato confronto con Einstein⁵ ha consentito a Cassirer di corroborare l’idea della verità scientifica come conoscenza determinata con carattere di

decisività dalla ‘direzione dello sguardo’ dell’osservatore che (solo) distingue il procedimento del ‘fisico’ dalla comune esperienza sensibile.

Da qui la riformulazione del tema della verità come esperienza umana di ricerca, inevitabilmente destinata a sfumare nell’irriducibile carattere congetturale del sempre verosimile e approssimativo; e da qui la stessa trasformazione dell’idea della giustizia che, abbandonata l’idea dell’ancoramento al vincolo della verità oggettiva, è chiamata a consumarsi in un costante e inesauribile processo di verifica informato all’irrinunciabile limite cautelativo del dubbio.

Se, dunque, la realtà altro non è che una mera rappresentazione linguistica (simbolica) del mondo in cui l’uomo incontra l’altro da sé, ne segue l’inevitabile carattere ‘argomentativo’ di ogni forma di giustizia; e ne deriva altresì l’esigenza che la legittimazione della parola del giudice da altro non dipenda se non dalla sua capacità di fornire un’adeguata ragione di sé e della ‘direzione’ creativa del proprio sguardo.

Si compie, conclusivamente, in quest’evocazione della responsabilità del giudice come protagonista di un’inesausta esperienza di ricerca, l’introduzione del discorso avviato sui rischi che circondano il valore dell’indipendenza.

Si tratta di un’esortazione, o della sollecitazione, all’ineludibilità dell’impegno intellettuale: il passo decisivo sull’incerta strada che conduce, dalla scoperta dell’altro, alla cura dell’incontro.

MARCO DELL’UTRI

⁴ V. E. CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, 4 voll. (I, II, III.1 e III.2), Firenze, 1962-1966; Id., *Saggio sull’uomo. Introduzione a una filosofia della cultura*, Milano-Udine, 2011.

⁵ E. CASSIRER, *La teoria della relatività di Einstein*, Roma, 2015.

2. Indipendenza del giudice e ruolo dei contesti: società, cultura, linguaggio

SOMMARIO: 1. I principi costituzionali di indipendenza e imparzialità del magistrato. – 2. L'incidenza dei pregiudizi nel ragionamento giuridico. – 3. L'importanza del linguaggio nella stesura dei provvedimenti.

1. I principi costituzionali di indipendenza e imparzialità del magistrato.

Nel mio intervento mi occuperò dei condizionamenti di tipo culturale che incidono dall'interno sull'indipendenza della magistratura, intesa l'indipendenza come un prerequisito dell'imparzialità: quindi non come privilegio di casta, ma come garanzia della funzione a servizio della collettività, come requisito strutturale del giudice e guarentigia della sua soggezione soltanto alla legge, che trova puntuale riscontro nel principio di inamovibilità posto nel primo comma dell'art. 107 Cost. Ciò vale a dire che i componenti dell'ordine giudiziario sono tenuti all'imparzialità e garantiti dall'indipendenza.

Per quanto indipendenza e imparzialità siano nozioni concettualmente distinte, attenendo la prima al rapporto tra ordine giudiziario e altri poteri dello Stato e la seconda alla posizione del magistrato in relazione a singole vicende giudiziarie, nella sua dimensione operativa, ai fini che qui interessano appare consentito un esame congiunto dei due concetti.

Va altresì ricordato che l'imparzialità del giudice ha trovato il riconoscimento di principio costituzionale con la modifica dell'art. 111 ad opera della legge n. 2 del 1999, ma già in precedenza era considerata un principio immanente nel sistema, desumibile dagli artt. 3 e 24. A livello sovranazionale vanno richiamati gli artt. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 6 della CEDU e 47, comma 2, della Carta di Nizza, i quali affermano essere diritto di ogni persona che la sua causa sia esaminata da un giudice indipendente e imparziale.

Ed è importante rilevare che nel suo primo articolo il codice etico dei magistrati sancisce che nello svolgimento delle sue funzioni, nell'esercizio dell'attività di autogoverno ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza, anche interna, e di imparzialità.

Si impone innanzi tutto una considerazione di principio: l'imparzialità non può identificarsi in una posizione di neutrale e asettico distacco dalle vicende sottostanti il processo e dal contesto sociale e culturale in cui esso si svolge.

Imparzialità non può voler dire lontananza o indifferenza rispetto alle vicende politiche e alle questioni di rilevanza generale che investono il Paese, perché un ma-

gistrato non attento al dibattito politico e culturale e disinteressato ai grandi temi della giustizia sociale e della democrazia, un magistrato privo di idee e di passioni, orgoglioso di rivendicare la propria neutralità culturale, ove pure esistesse, non sarebbe un buon magistrato né un buon cittadino. Il magistrato non è e non deve essere soltanto un tecnico che fa buon uso del ragionamento sillogistico, ma è una persona che ha le sue convinzioni religiose o laiche e i suoi orientamenti culturali, la sua filosofia di vita, che ha fatto le sue scelte politiche. Tali convinzioni, tali orientamenti e tali scelte lo accompagnano nel suo percorso esistenziale e non possono non condizionare, anche inconsapevolmente, il suo modo di esercitare la giurisdizione. L'influenza del mondo interiore del magistrato nell'esercizio della giurisdizione appare tanto più evidente in questo contesto storico, caratterizzato dalla compresenza nell'ordinamento di regole specifiche e di principi generali, dalla coesistenza di normative plurilivello, dal consolidarsi della posizione del giudice italiano anche come giudice europeo: tutti fenomeni che hanno ampliato la sfera di discrezionalità interpretativa dell'operatore del diritto e che lasciano emergere la forza politica dei provvedimenti adottati.

Questo vuol dire che nell'esercizio della giurisdizione io non posso e non devo essere agnosta, ma sono convintamente schierata con le mie idee e i miei valori di riferimento, che fanno parte della mia identità e della mia storia; questo vuol dire che imparzialità non è assenza di pensieri.

Questo vuol anche dire che io non posso non rivendicare la mia parzialità se devo occuparmi in giudizio di una donna ferita nella sua dignità da atti di violenza o di sopraffazione o se sono chiamata a tutelare un minore il cui superiore interesse è stato calpestato, così come non posso non tener

ferma la mia parzialità nell'ascoltare l'invocazione di aiuto di un malato terminale che vuole porre termine ad una vita che percepisce non più degna di essere vissuta. Più in generale, io non mi sento neutrale di fronte a comportamenti lesivi dei diritti delle persone più fragili, ma mi schiero convintamente a favore del ripristino della legalità violata in loro danno.

Se tutto ciò è legittimo e in qualche misura ovvio e scontato, appare necessario intercettare un diverso significato dell'imparzialità, che non neghi, ma rispetti il mio patrimonio ideale, ed in particolare i valori di parità, di solidarietà, di dignità delle persone cui il nostro ordinamento si ispira, in cui fortemente credo: occorre insomma riguardare l'imparzialità con riferimento alle parti del giudizio e ai loro contrapposti interessi, e non ai valori in gioco.

L'imparzialità del magistrato va quindi ricercata non nelle sue opinioni di cittadino e nella sua cultura anche politica, ma nella sua capacità di essere super partes nel corso del procedimento e nel momento del giudizio, di essere indipendente anche da se stesso, come ci ricordano nei loro scritti Nello Rossi ed Enrico Scoditti.

Ciò vuol dire operare con la massima onestà intellettuale ed attenersi saldamente al principio di soggezione soltanto alla legge, ricercando in modo oggettivo la verità nelle singole vertenze poste al proprio esame, con il loro carico di umanità e nella loro unicità, rapportando la decisione al sistema normativo e restando immune da vincoli che possano determinare la sottoposizione ad altre entità e da influenze che possano indurre a decidere in modo diverso, in quanto il cedimento in tali direzioni finirebbe per rendere il magistrato servile e parziale.

L'imparzialità va altresì identificata in quella posizione che rifiuta atteggiamenti partigiani o settari o ripiegamenti sul pen-

siero dominante, che prende le distanze da ogni valutazione che sia altra dall'accertamento dei fatti e dalla ricerca delle cause che in un determinato contesto li hanno determinati.

Imparzialità vuol dire inoltre disponibilità all'ascolto ed alla considerazione di tutte le opinioni, anche di quelle più lontane dalle proprie, nonché accettazione del carattere probabilistico, e non assoluto, della verità fattuale emergente dagli atti del processo, e quindi consapevolezza che la sentenza che reca la propria firma è una sentenza solo tendenzialmente giusta, tenuto conto dei limiti posti dal rito e del quadro probatorio acquisito. Ciò comporta avere ben presenti il senso ed i limiti della funzione svolta e possedere una solida cultura della giurisdizione.

Vuol dire quindi, secondo l'insegnamento di Luigi Ferrajoli, coltivare l'etica del dubbio, da assumere come aspetto fondamentale della deontologia giudiziaria, come abito mentale da non dismettere mai, rifiutando ogni tipo di arroganza o supponenza nell'attività investigativa ed in quella valutativa, rendendosi sempre pronti a rivedere le proprie opinioni, perché l'errore è sempre possibile, e ben sapendo che l'unica fonte della legittimazione del magistrato consiste nella autorevolezza e persuasività delle decisioni adottate.

Vuol dire altresì porsi di fronte all'imputato come di fronte ad un cittadino che forse ha sbagliato, ma che deve considerarsi innocente fino all'accertamento definitivo della sua colpevolezza.

Significa anche prendere le distanze dai verdetti popolari governati dall'emotività, in una degenerazione massmediatica del processo penale e in una spettacolarizzazione dei più eclatanti fatti di cronaca che individua subito un colpevole e che ritiene che

soltanto se poi arriva una condanna giustizia è fatta.

In questa prospettiva si inserisce il delicato problema del rapporto con le vittime e con le parti civili: essere imparziale comporta assumere un atteggiamento di comprensione e di attenzione, ma anche di pacato distacco da tali soggetti, atteso che essi, devastati dalla sofferenza loro inflitta, si aspettano dal p.m. e dal tribunale verdetti di condanna rapidi e severi pur a fronte di indagini delicate e complesse ed in tale risultato processuale ripongono ogni speranza di sopravvivere al dolore. E quando la condanna non è pronunciata, perché mancano elementi a sostegno della responsabilità dell'imputato, o quando ritengono inadeguata la misura della pena inflitta rispetto all'incommensurabilità della loro afflizione, sono non di rado inclini ad accusare quel p.m. o quel tribunale di incapacità ad espletare la funzione o anche a sollecitare, con il supporto di una stampa compiacente, la proposizione di implausibili azioni disciplinari.

I tempi ristretti del mio intervento mi impongono di svolgere le mie ulteriori riflessioni in modo schematico e forse troppo assertivo.

Ritengo che l'imparzialità si sostanzi anche nel rifiuto di ogni forma di esibizionismo o di protagonismo o di atteggiamenti da giudice star, o anche di celebrazione della propria persona come incarnazione di un potere buono contro il male del mondo, come esclusivo supponente custode e difensore della moralità pubblica. Mi riferisco a quelle forme di protagonismo che si traducono in una esibizione narcisistica di sé e che non disdegnano la partecipazione a talk show televisivi in cui si mettono in scena processi paralleli.

Imparzialità significa anche non porsi pregiudizialmente dalla parte del potere,

ma neppure sentirsi in via preconcetta contro potere.

Significa rifiutarsi di esercitare la funzione in termini di lotta al crimine o a generici fenomeni criminali, dell'uno contro tutti, assumendo il processo come un'arena da combattimento in cui si vince o si è abbattuti, piuttosto che come strumento per il ripristino della legalità violata, nel rispetto delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio, in presenza di fatti specifici previsti dalla legge come reati.

Significa ancora saper resistere alla tentazione di utilizzare la professione per rivalersi di proprie sconfitte esistenziali.

Vuol dire mantenere salda durante il processo la propria determinazione a decidere solo sulla base delle prove legittimamente acquisite, liberandosi da preconcetti o preconvincimenti che alterano l'oggettività del giudizio.

Vuol dire inoltre restare lontani dall'ossessione della carriera e del successo personale, recuperando le acquisizioni e lo spirito del congresso di Gardone ed impegnandosi a non utilizzare l'attività svolta in ambito associativo per trarne indebiti vantaggi professionali. Come recenti vicende hanno ampiamente dimostrato, la tensione verso le agognate promozioni, intese come fondamentale viatico per il successo e l'affermazione personale, incoraggia il conformismo e l'appiattimento sugli orientamenti giurisprudenziali dominanti e finisce anch'essa per intaccare l'indipendenza interna del magistrato.

Imparzialità vuol dire altresì rifiutare il modello di giudice burocrate sul quale si appuntavano le critiche, ancora così attuali, di Dante Troisi nel suo indimenticabile Diario di un giudice: giudice burocrate è quel giudice pigro, opaco e ripiegato su se stesso alla perenne ricerca di adeguati presidi difensivi, sepolcro imbiancato che riparan-

dosi dietro lo schermo dell'indipendenza orienta la sua condotta verso un tranquillo quieto vivere e verso ogni tipo di disimpegno, fino a scadere nel conformismo che non nuoce a nessuno e quindi non può danneggiare chi lo pratica; un giudice proprietato esclusivamente verso la conservazione dello status quo attraverso lo svolgimento di un'attività avalutativa e meccanica; un giudice che tiene molto al proprio stipendio e molto meno alla qualità del lavoro, che coltiva una asfittica prospettiva sindacale di tutela dei vantaggi, economici e non solo, della professione.

È possibile allora configurare un'altra dimensione dell'imparzialità, come capacità di operare in silenzio, lontano dai clamori dell'informazione e dalla tentazione del consenso popolare, che è effimero e a volte male informato e può servire forse a rassicurare gli insicuri, ma non può riempire le lacune probatorie o infirmare le prove acquisite. Il consenso popolare è la fonte della legittimazione democratica della politica, non della giurisdizione; gli applausi che scaturiscono da certe decisioni vanno stigmatizzati non solo perché sono la spia di un eccesso di aspettative, del tutto improprie, nell'intervento del giudice, ma anche perché esprimono la tensione verso il raggiungimento di determinati risultati totalmente estranei alla giurisdizione, che non è e non può essere - come ci ricorda Franco Ippolito - una istituzione di scopo. Va qui richiamato l'ammonimento di Gaetano Silvestri, secondo il quale i magistrati non devono cercare il consenso, ma devono operare in modo da essere credibili; e l'impegno in tale direzione esige il rispetto anche dell'apparenza, e non solo della sostanza dell'imparzialità.

Nel riflettere sull'indipendenza è infine inevitabile il riferimento ai magistrati che entrano in politica o si candidano alle ele-

zioni politiche, europee o amministrative, non di rado sfruttando la popolarità acquisita nell'esercizio delle funzioni. Si tratta di un fenomeno sul quale la legge n. 71 del 2022 è intervenuta in modo significativo, disciplinando l'eleggibilità, l'assunzione di incarichi di governo ed il ricollocamento in ruolo, ma si tratta comunque di un fenomeno che anche nell'ambito della sua conformità a legge resta deprecabile sul piano dell'opportunità. Come ha ricordato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 170 del 2018 relativa al caso Emiliano, nessun cittadino, e neppure il cittadino-magistrato, si candida da solo ed ogni candidatura a qualsiasi tipo di elezioni postula un collegamento con qualche forza politica.

2. L'incidenza dei pregiudizi nel ragionamento giuridico.

Una volta correttamente intese l'imparzialità e l'indipendenza come garanzie di una risposta di giustizia attenta alla tutela dei diritti, al rispetto della dignità di ogni persona, ispirata unicamente ai principi dell'ordinamento ed immune da ogni prevenzione ideale, si impone una breve riflessione sul pregiudizio. Parlare di pregiudizi che influenzano la funzione del giudicare vuol dire affrontare un tema non compiutamente esplorato al nostro interno, ma oggetto di analisi soprattutto da parte della psicologia sociale, nonostante il codice etico dei magistrati si dia carico della forza di tale fenomeno e della sua insidiosità, lì dove all'art. 9 chiarisce che per rendere effettivo il valore dell'imparzialità è necessario l'impegno a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme.

Quando tra i magistrati si parla di pregiudizio lo si fa spesso in termini riduttivi o negativi, come se ammetterne l'esistenza nella pratica del giudicare implicasse la negazione della funzione stessa della giurisdizione. E non è raro constatare la tendenza a celare l'esistenza di pregiudizi dietro altri pregiudizi, così avvitandosi nella asfittica ricerca di pregiudizi di conferma.

Il pregiudizio può identificarsi in un atteggiamento interiore, in un modo di esistere e di pensare, in un preconcetto indimotivato connotato in senso negativo, in una generalizzazione avulsa da qualsiasi verifica empirica, in un rifiuto emotivo di qualcuno o di qualcosa. Se ne occuparono Voltaire e d'Holbach, e prima di loro Bacon e Cartesio. In quanto giudizio emesso prima, esso deve essere rimosso innanzi tutto attraverso la percezione della sua esistenza e poi con la messa in discussione delle basi concettuali sulle quali si fonda, così che al pregiudizio si sostituisca il giudizio: il rifiuto del pregiudizio costituisce quindi concreta attuazione del principio di egualanza sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost.

Norberto Bobbio definiva il pregiudizio un'opinione o un complesso di opinioni, talora anche un'intera dottrina, che viene accolta acriticamente e passivamente dalla tradizione, dal costume oppure da un'autorità i cui dettami accettiamo senza discuterli, e proprio in ragione della sua resistenza ad essere sottoposto al controllo della ragione e dell'argomentazione critica lo considerava un errore più tenace e più pericoloso di qualsiasi errore di opinione.

In ogni momento in cui l'attività ermeneutica chiama il giudice ad una ponderazione dei valori sottesi alle norme giuridiche o a dare contenuto a clausole generali o a rispondere a nuove domande di giustizia, e per tale via si inserisce nel processo

di produzione del diritto, che si fa diritto vivente, si aprono spazi sterminati alla discrezionalità interpretativa del giudice che consentono l'affiorare, spesso inconsapevole, di stereotipi inconsciamente alimentati, convincimenti radicati e mai posti in discussione, forme mentali sedimentate. E lì dove premono orientamenti pregiuridici e archetipi culturali resistenti al cambiamento, lì dove tali orientamenti vengono impiegati in chiave prescrittiva, le linee di ragionamento e di valutazione restano profondamente condizionate.

Ci sono ancora tanti pregiudizi da rimuovere nella nostra società e nel nostro sentire, primo tra tutti il gender bias, il pregiudizio di genere, che nella cultura statunitense costituisce da molti anni un fenomeno scontato, da riconoscere, da analizzare e da estirpare. È invero evidente che gli stereotipi culturali relativi alle questioni di genere riproducono la relazione gerarchica tra uomini e donne, codificando le differenze nell'autodeterminazione e nel ruolo sociale dei due sessi, e per tale via hanno la capacità di incidere in modo pesante sulla gestione dei processi e sulla valutazione dei fatti.

Nella giustizia italiana c'è ancora un lungo cammino da compiere al riguardo, come dimostrano alcune inaccettabili sentenze, in qualche caso emesse da collegi interamente al femminile, in materie che hanno a che fare con la dignità delle donne vittime di determinati reati, e come confermano le varie condanne del nostro Paese da parte della Corte EDU per i pregiudizi sessisti e gli stereotipi sulle donne e sul loro ruolo sociale che inficiano il ragionamento giuridico nei processi per fatti di violenza sessuale e di genere.

Solo acquisendo con umiltà la consapevolezza di essere immersi in un mare di pregiudizi e impegnandosi a riconoscerli e stinarli, in un attento processo di depura-

zione, giudici, pubblici ministeri, avvocati e forze dell'ordine possono aspirare ad una giustizia migliore.

3. L'importanza del linguaggio nella stesura dei provvedimenti.

C'è ancora la questione del linguaggio, che ha anch'essa a che fare con l'indipendenza interna del magistrato. Nella consapevolezza del ruolo potente giocato dal linguaggio nella rappresentazione della realtà e dei rapporti tra le persone, è dovere dei magistrati nell'esercizio della giurisdizione, ed in particolare nella scrittura delle sentenze, liberarsi di consolidate abitudini linguistiche di stampo androcentrico e usare un lessico che non renda invisibili le donne.

Ciò significa fare un uso consapevole della lingua come veicolo di trasmissione di significati e rifiutare l'assunto, da alcuni sostenuto anche sulla base di un'erronea lettura del testo della Costituzione, che il termine al maschile identifichi l'istituzione, e non il soggetto che la rappresenta, e che la coniugazione di un termine al maschile o al femminile sia del tutto priva di rilevanza. È per contro vero che ciò che non è rappresentato nel linguaggio non esiste.

Ricordo da ultimo, a conferma di tanta resistenza al cambiamento, che si è reso necessario un parere dell'Accademia della Crusca, sollecitato da una richiesta del Comitato pari opportunità presso la Corte di Cassazione, per consentire ad una collega di firmare le sentenze da lei redatte qualificandosi al femminile.

GABRIELLA LUCCIOLI

3. L'indipendenza della *juris dictio* e la questione della verità

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. L’impasto dei mattoni. Una prospettiva epistemologica. – 3. Dalla “causalità” al “momento osservativo”. – 4. Il funzionalismo luhmanniano. Dall’ordine alla complessità; dal sistema all’equilibrio. – 5. Verità e Dialogo.

1. Una premessa.

Nello Preterossi, in un recente convegno promosso da “Giustizia Insieme” sul tema *La Magistratura e l’Indipendenza*, indica due profili che ritengo significativi per queste mie riflessioni: il primo, l’indipendenza del giudice è un fatto “ontologico”, cioè *costitutivo* della sua funzione; il secondo, la rilevanza della “consapevolezza” soggettiva delle questioni (che sono, aggiungo io e mostrerò, epistemologiche e teoretiche), che innervano la funzione del giudicare.

Penso inoltre ad un’altra significativa riflessione: quella che Marco Dell’Utri ha svolto di recente in suo testo pubblicato proprio su “Giustizia Insieme”, dal titolo *Giudizio umano giudizio artificiale*, nel quale, fin dall’inizio, richiama l’attenzione sul tema della serietà del discorso “culturale”. Serietà, che non può non essere che il risultato di un tema ancora precedente, perché fondativo, anch’esso sottolineato da Dell’Utri, che è quello che nasce dall’approfondimento della condizione esistenziale, Temi tra loro interdipendenti, per la ragione banale, ma che spesso si trascura, che la cultura si forma nelle teste delle persone. La cultura è una produzione del cervello umano e quindi dipende da come il cervello si forma a contatto con quello che noi comunemente chiamiamo “mondo esterno”. Né è

solo una questione che riguarda le persone prese nella loro singolarità, ma va colta come situazione anagrafico-generazionale di un ambiente umano.

Il riferimento, ora accennato, alla situazione anagrafico-generazionale ritengo si giustifichi proprio per il nesso problematico che l’autore (che non coinvolgo in tale mio riferimento) pone tra intelligenza umana e intelligenza artificiale. Vi è, tuttavia, un passaggio, in cui Dell’Utri sottolinea il rischio di un crollo della consapevolezza intellettuale di fronte alle “macchine artificiali”, cioè all’ “intelligenza artificiale”; ed è questo passaggio che mi ha sollecitato a pensare a quella che ho definito “situazione anagrafico-generazionale”. Riprendo alcune sue righe: «In breve, benché sia del tutto ovvio che l’efficacia concreta del *dictum* del giudice si ricollega con immediatezza al contenuto del ‘dispositivo’ di un provvedimento (la condanna a una pena o al pagamento di una somma di denaro; l’annullamento di un contratto; l’assoluzione da un’imputazione di reato), tale dispositivo, in tanto è destinato a sussistere (e a produrre effetti), in quanto costituisca l’esito di un percorso motivazionale logicamente congruo e comprensibile che lo sostiene e lo giustifica». È in un tale contesto che entra in gioco il nesso tra *forma mentis*, cioè tra abitudini mentali inconsapevolmente diffuse nell’ambiente umano, e uso del-

le “macchine artificiali”. Ed è proprio qui che una espressione dell'autore risulta di grande rilievo. È l'espressione: “addestramento allo sforzo”, che l'essere umano in generale (dico io) ed il giudice nel caso di specie, devono compiere per controllare il proprio coinvolgimento intellettuale e “cerebrale”, nell’ “artificio”. Torna così il tema della “consapevolezza” evocato da Preterossi e che ho ricordato nell'*incipit* di queste righe, che conduce al tema di fondo di queste mie riflessioni: il legame, anch'esso “ontologico”, tra “indipendenza” della *juris dictio* e “verità”.

2. L'impasto dei mattoni. Una prospettiva epistemologica.

A partire da tali premesse, io posso inoltrami verso il liminare (diciamo così) della questione che regge il tema “consapevolezza”, poiché se occorre essere *consapevoli* del percorso logico, è necessario avere una precedente consapevolezza, che di fatto sfugge, che è di tipo “epistemologico”: essa concerne il materiale concettuale di cui è formato il percorso logico. In altre parole, l'interrogativo preliminare è: come è formato l'impasto dei mattoni con il quale costruiamo il percorso? Il punto è mettere a fuoco è rappresentato dalla relazione che esiste tra modelli cognitivi, modelli culturali e pratiche sociali. Il modello cognitivo, infatti, informa, attraverso mediazioni, il modello culturale, il quale poi a sua volta informa le cosiddette “pratiche sociali”, le quali, a loro volta, sono formate da un insieme di *abitudini mentali*; queste ultime danno luogo a quel modo *abitudinario di pensare* che, in quanto “abitudinario”, resta *inconsapevole*. Qui, il riferimento al tema toccato da Preterossi torna di nuovo a proposito, poiché

le abitudini mentali conformano il modo di essere delle persone, di agire, il modo di muoversi nel mondo, anche in quello delle professioni.

In proposito, voglio ricordare come già negli anni Settanta sia stato pubblicato libro curato da Daniel Dennett e Douglas Hofstadter¹, intitolato in italiano *L'io della mente*; si tratta di una raccolta di saggi concernenti vari aspetti e dimensioni relativi al funzionamento del cervello umano, dove, tra gli altri, è ripreso il *Test di Turing*, ed un altro, molto simpatico, intitolato *Del non avere una testa*: quest'ultimo ragiona attorno all'interrogativo: “sai perché *non hai una testa*? Perché non la vedi mai. Te ne accorgi solo quando la vedi nello specchio”. È un modo molto “sollecitante” per risvegliare la nostra attenzione verso una curiosità ed un interrogativo *abitudinariamente trascurati*.

La prefazione a *L'io della mente* fa centro su di una alternativa in forma di domanda: *hai un cervello o sei un cervello?* La risposta è: *sei un cervello*. In altre parole, gli autori sottolineano che l'essere umano *non ha un cervello*, ma è *un cervello*. Tale sottolineatura mi induce a proporre poche battute di un testo del 2014, *Elogio della Lentezza* (Il Mulino), del neuroscienziato Lamberto Maffei (Presidente dell'Accademia dei Lincei). Battute che mettono a fuoco il funzionamento del cervello mano di fronte alle sollecitazioni che provengono dall'incontro con il mondo circostante; nel nostro caso, dall'incontro con l'ambiente tecnologico mediatico nel quale stiamo vivendo. Lamberto Maffei “dice” attenzione, ci troviamo di fronte ad una vera rivoluzione antropo-

¹ Daniel Dennett è stato filosofo della mente e ha lavorato nel campo delle scienze cognitive; Douglas Hofstadter è uno scienziato cognitivo.

logica, poiché questo mondo tecnologico-mediatico sta cambiando il funzionamento delle aree cerebrali.

In particolare, sottolinea l'autore, sta sostituendo la funzione del "pensare" con quella del "reagire", come conseguenza del primato dell'*impatto* audio-visivo sulla *riflessione*. Ecco il testo di Maffei, poi altre considerazioni.

"La vera rivoluzione evolutiva nel lobo sinistro – scrive Maffei – non riguarda solo il linguaggio ma anche i meccanismi nervosi che generano le stringhe di eventi legati tra loro nel tempo in maniera tale che, nella maggior parte dei casi, solo la stringa assume significato. Per questa ragione propongo di chiamare l'emisfero linguistico 'emisfero del tempo'. *Le stringhe di eventi legati tra loro sono la base del ragionamento, e contrastano ad esempio con la comunicazione visiva*, dove gli eventi nervosi concernenti un'immagine non sono in serie ma in parallelo, in quanto sono trasmessi contemporaneamente, tutti insieme. Si potrebbe dire che la comunicazione visiva, al contrario di quella linguistica, è atemporale" (pp. 54-55, il corsivo è mio).

Il "pensare", dunque, del quale il *ragionare* è la sua dimensione articolata in rappresentazioni ideali e concettuali espresse dal linguaggio, sia alfabetico che iconico, implica, come premessa strutturante, quella costituita dalla categoria della "temporalità". Il "ragionare" consiste in una successione seriale di operazioni mentali, originate dalla esperienza materiale dell'incontro dell'uomo con il mondo. Il *conoscere*, che ne è un possibile esito, è la traduzione, elaborata in rappresentazioni concettuali, dall'attività della ragione quando incontra il mondo esterno.

Desidero insistere su questo punto, poiché è la chiave del nesso *abitudini mentali-consapevolezza*.

Pensare-ragionare, come premessa del conoscere, e la connessa espressione linguistica, corrispondono a specifiche attività cerebrali, come spiega appunto Lamberto Maffei, nelle quali sono impegnate le aree di Broca e Wernicke, la prima legata alla formazione del pensiero, la seconda alla comprensione del linguaggio. Queste attività cerebrali hanno come determinante e, direi, strutturante per le loro operazioni, il fattore "tempo". La parte destra, al contrario, viene impegnata dalla immediatezza dell'impatto con gli stimoli sensoriali, in particolare audiovisivi.

Questo è il punto-chiave. È attraverso la differente attitudine propria della parte sinistra e destra del nostro cervello che si determina quella pluralità di risposta cerebrale che determina, come si usa dire, il modo di pensare e di agire della persona. Si tratta della diversità tra gli effetti prodotti a partire da eventi ricevuti in successione temporale, come avviene per la comunicazione linguistica, ed effetti derivati da stimoli visivi.

Il fattore "tempo", quindi, non è solo un'idea della mente, ma appartiene allo stesso strutturarsi e svilupparsi della funzione cerebrale; la conseguenza è decisiva per il comportamento umano prodotto dalla forma dei modelli comunicativi e dalla loro frequenza e prevalenza nell'ambito dell'agire sociale. Se al modello *linguistico* si sostituisce, in modo prevalente e direi abitudinario, quello *visivo*, si avrà una sorta di riformattazione del cervello, attraverso una conseguente modificazione dello sviluppo delle sue parti, rafforzando quelle più impegnate (impatto audiovisivo) e riducendo le potenzialità di quelle meno impegnate (riflessione razionale).

Se i modelli comunicativi sono quelli che, da sempre, mettono in forma un ambiente sociale, allora occorre chiedersi in

che misura l'attuale modello comunicativo operi in base a due fattori: la sua struttura strumentale e il suo destinatario.

La struttura strumentale è quella propria di una tecnologia informatico-digitale, il cui fine è l'*immediatezza* degli *effetti comunicativi*. È una tecnologia, il cui obiettivo è realizzare effetti in *tempo reale*; dove, per "tempo reale" si intende una tecnologia. Il *successo sociale* si fonda sull'inviare messaggi capaci di realizzare *reazioni immediate*. Quasi che il fine ed il successo della comunicazione consista nell'immediatezza della reazione del destinatario, sia sotto forma di parola che di decisioni o, più genericamente, di comportamenti.

In altre parole, quello avviato dalla attuale tecnologia è un modello comunicativo che punta sull'*impatto* dell'evento, prodotto dalla immediatezza *a-temporale* della dimensione *visiva*, annullando l'intervallo, del tutto *temporale* invece, che attraversa la comunicazione linguistica, la lettura e la riflessione; itinerario, quest'ultimo, che, proprio a causa della *temporalità* costituita dalla successione degli eventi, consente di sviluppare il *pensare* ed il *ragionare*.

Il secondo fattore riguarda il destinatario della comunicazione. Quest'ultimo è costituito da un utente, il quale, in vario modo e per le sue diverse attività e funzioni, è in ogni caso esposto in modo "automatico" (diciamo così) ad una molteplicità di meccanismi comunicativi, dai *social network* a *Whatsapp* a *Twitter* ecc. che lo illudono di essere partecipe attivo del villaggio globale della comunicazione senza confini. L'*immediatezza* del "tempo reale", allena il suo cervello a reazioni immediate, nelle quali alla riflessione razionale si sostituisce una sorta di reattività emotiva. E questo accade proprio perché l'*atemporalità* del *visivo* (o, più genericamente, dell'immediatamen-

te sensoriale) si è sostituita alla temporalità del *ragionamento*.

Marco Dell'Utri colpisce, quindi, nel segno, quando richiama con determinazione ad un "addestramento allo sforzo" che ognuno (il giudice nel caso specifico), deve compiere per resistere al coinvolgimento intellettuale e "cerebrale", con lo scopo di controllare quella abitudine mentale che le tecnologie dell'impatto producono.

3. Dalla "causalità" al "momento osservativo".

Il punto fin qui rapidamente trattato, riguardante il cervello umano, apre la strada al tema del rapporto tra modelli cognitivi e modelli culturali; in meno parole, consente di introdurre il tema delle premesse epistemologiche che costituiscono i mattoni che consentono di costruire il percorso del ragionamento logico-argomentativo.

Entra in campo, allora, un'altra, profonda, rivoluzione riguardante i modelli cognitivi; mi riferisco alla epistemologia quantistica, inaugurata da Werner Heisenberg nel 1923.

Una parentesi nella esposizione che mi sembra opportuna: gli anni '20 del '900 producono una vera e propria *rivoluzione* nella struttura del modello cognitivo umano, attraverso il nesso tra epistemologia quantistica e filosofia teoretica.

Anticipo in breve quanto spiegherò più avanti: noi pensiamo ancora di ragionare come se esistessero un soggetto e un oggetto *separati*. Non è così, come spiegano bene Ilya Prigogine e Isabelle Stengers in quel libro, divenuto un classico, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* (Einaudi, Torino 1999), nel quale i due autori analizzano come la rivoluzione scientifica determinata dall'epistemologia quantistica

modifichi in modo radicale il modello cognitivo classico, secondo il quale noi siamo abituati a ritenere che esistano ancora un soggetto e un oggetto *separati*. L'epistemologia quantistica smentisce l'asserto comune. Il soggetto e l'oggetto, infatti, appartengono allo stesso mondo, sono coinvolti dentro lo stesso mondo. Ciò che è in questione è il radicale mutamento del concetto di "oggetto" e di "oggettività", anche se ciò non appare al senso comune e attraverso il linguaggio abituale, nei quali il concetto di oggettività resta un *tabu*. Credo che lo si possa capir meglio se si ricorre ad una metafora: il pesce, che sta dentro l'acqua, non si accorge di stare dentro l'acqua, perché sta già dentro l'acqua.

A questo punto, allora, un passo di lato, perché di natura epistemologica più generale. La scienza "moderna" (sottolineo l'aggettivo "moderna") si costruisce – come è peraltro noto – sul primato del modello empirico di conoscenza, il quale ha per dispositivo investigativo il *principio deterministico* "causa – effetto", che consente di elaborare sia il concetto di *fenomeno*, sia quello di *legge* e quello, originario e fondante gli altri due, di *ordine*.

Si tratta di tre operazioni di *astrazione razionale* (altro punto epistemologicamente decisivo che connota la "modernità") senza delle quali non è *interpretabile* "come fenomeno" il dato materiale empiricamente osservato (Kant). Non quindi la mera osservazione, ma il fattore interpretativo-congetturale, ad essa collegata, attribuisce a quella osservazione il significato di "fenomeno"; e ciò costituisce il passaggio razionale indispensabile per la costruzione di una *legge*. La sequenza *osservazione empirica – fenomeno – legge* inquadra, perciò, un processo di universalizzazione *puramente congetturale*, autorizzato dal presupposto non discutibile che il mondo sia *ordinato*.

E: ordinato da chi?

In questo interrogativo si annida il travaglio teoretico, e più in generale "culturale", che segna il passaggio tra '800 e '900: dalla fine della metafisica alla post-metafisica e, infine, all'empirismo radicale². In definitiva, se la legge è il risultato che esprime il modo in cui la ragione dei "moderni" giunge alla conoscenza della natura, nella quale è pure immerso, *ma che egli esamina come spettatore esterno*, appunto in quanto "oggetto" *di fronte a sé*, la via è costituita dalla radice metafisica dell'*ordine*, esibita dal *nesso di causalità*³.

"La nuova alleanza", secondo il titolo del testo ora ricordato di Ilya Prigogine e Isabelle Stengers, consiste nel fissare lo sguardo decisivo proprio sull'elaborazione metodica del processo causale. Viene messa in discussione, infatti, la congetturalità interpretativa, sopra segnalata, che *va oltre* il momento osservativo di un evento e che quindi rinnega il fondamento empirico della conoscenza, che la sola osservazione invece garantisce. Garanzia, che apre un ulteriore passaggio epistemologico: dalla "legge" al-

² Qualcuno osserverà che non ho nominato il "post moderno"; è vero, ma vi è una ragione. In realtà il post moderno è una *liquefazione* dei *contenuti* delle categorie della modernità, ma non costituisce una frattura, poiché il ragionamento categoriale resta in piedi. Basti l'esempio di Lyotard per il quale la "verità" si converte in utilità: restano in piedi le categorie di qualificazione dell'azione. La secolare questione attorno alla verità viene liquidata attraverso il riferimento costituito dal disincanto allestito dalla categoria dell'"utile". L'empirismo radicale, concretizzatosi attraverso le tecnologie digitali, costituisce invece la fine del ragionamento categoriale. Qui è la vera fine della "modernità".

³ La metafisicità dell'idea stessa di "causa" è in qualche misura confermata dal lessico greco *aitia*, termine con il quale si indicava certamente la causa ma soprattutto la "colpa". Percorso semantico concettuale che si inscrive nell'orizzonte logico del *vero/falso* il quale, significativamente, aveva come fondamento una radice metafisica e, prima ancora, animistica. Di qui il contesto originariamente metafisico di "causa", come ebbe a sottolineare Kelsen, risalendo proprio al greco *aitia*, che comprendeva appunto le due declinazioni di *colpa* e *causa*.

la “probabilità”. L’osservazione, infatti, consente solo di affermare che si registra una serie di esperienze con risultati costanti, dal che si può indurre che sia *molto probabile* che un medesimo, futuro esperimento, dia un risultato analogo. Ma da qui a formulare una “legge”, che implica un processo di universalizzazione, vi è uno scarto rispetto al piano dell’osservazione, che la “modernità” colma con quella operazione congetturale (e il Kant della *Metafisica dei Costumi* ne era perfettamente consapevole) definita appunto “nesso di causalità”, la quale, a sua volta, *implica logicamente ed epistemologicamente che il mondo sia originariamente ordinato*.

Il modello epistemologico della scienza “moderna”, ora brevissimamente ricordato, viene trasferito dalla filosofia “moderna” alla razionalizzazione dell’ambiente umano: dall’ordine *naturale* all’ordine *artificiale*. L’artificio consiste nel *mettere in ordine* un ambiente umano in forma di “società civile”; il Sovrano ne è l’autore, la “legittimazione” ne è la *causa* accreditante, che trasforma la sua vittoria (Hobbes) nella “giusta” obbedienza dei sottoposti; la “legge” è lo strumento per stabilizzare l’ordine, secondo un paradigma di razionalità. Ciò che va messo in luce è che tale stabilizzazione si costituisce attraverso modalità di *elaborazione razionale*, che trascendono il dato empirico, per costruire un sistema nel quale il profilo logico non si limita alla descrizione di nessi formali, ma si innalza a strumento euristico di auto costruzione. Insomma, il dispositivo che vale per la natura vale anche per l’ambiente umano nominato “società”.

Vi è tanto di fondamentalmente “metafisico” in tale dispositivo, che il ‘900, non quello post-metafisico (penso a Husserl, a Habermas a Apel), ma quello fondamentalmente “anti-metafisico”, opera un nuovo trasferimento dalla scienza della natura

alla scienza della società, secondo quella medesima istanza radicalmente empirista disegnata dalla “nuova alleanza”: dalla epistemologia quantistica al funzionalismo sistematico prima (Luhmann), al pragmatismo materialistico prima teorico e poi concretizzato dall’avvento delle tecnologie di varia natura.

Un tale passaggio, per essere fondamentalmente anti-metafisico, deve dichiarare necessariamente come sia *epistemologicamente indebito* il nesso di causalità, proprio in quanto *puramente congetturale*; al tempo stesso e coerentemente, deve, altrettanto necessariamente, lasciare il primato al *momento osservativo*, che porta con sé un altro primato: quello della *a-temporalità* della *situazione di equilibrio*. L’equilibrio, infatti, è quello stato che di *momento in momento* è e resta *osservabile*.

Bastano alcune righe di quel classico che ho sopra ricordato, *La nuova alleanza*, per illuminare il peso teoretico della critica culturale e la frattura contenuta nel passaggio epistemologico conseguente.

“La scienza attuale non è più questa scienza ‘classica’. La speranza di unificare tutti i processi naturali assoggettandoli ad un piccolo numero di leggi ‘eterne’ è fallita. Le scienze dalla natura ci descrivono un Universo frammentato... Abbiamo scoperto che il dialogo non significa più riconoscere disincantata di un deserto lunare dall’esterno, ma l’esplorazione attiva di una natura complessa e multiforme... Il nostro libro tratta di questa metamorfosi concettuale della scienza... Il concetto centrale di questo libro è il problema del tempo e delle sue relazioni con la complessità” (pp. 11-12 *passim*). E più avanti, a proposito della esternalità del soggetto rispetto all’oggetto, che fonda l’idea di “legge”, in quanto universabilizzabilità della conoscenza: «[In questo libro]...ci accontentiamo di osservare che le leggi di Newton

non supponevano invece che l'osservatore fosse un essere fisico; l'oggettività era, appunto, definita come assenza di riferimento all'osservatore come descrizione dell'oggetto... [al contrario] questa fisica [quella della "Nuova alleanza", definita *fisica umana*] è soggetta a costrizioni intrinseche che ci identificano come parte del mondo fisico che stiamo descrivendo» (p.218). Questo è un passaggio epistemologico decisivo, poiché mette in luce come l'osservazione provenga da un soggetto *non esterno* al mondo fisico dell'oggetto osservato, ma ad esso appartenente e, quindi, in esso *immerso*. Tale non-distanza tra soggetto e oggetto è ciò che determina la decisiva rilevanza del *momento osservativo* e la conseguente, imprescindibile *putisticità* e *a-temporalità* del dato osservato. Conseguenza: «Possiamo prevedere soltanto probabilità, non singoli eventi. Questo fu inaccettabile per chi – e tra gli altri Einstein – voleva arrivare ad una descrizione deterministica 'completa'» (p. 219).

Vale la pena di ricordare, a questo punto, quanto spiegava Ernst Cassirer nel suo corso invernale 1920 – '21 (l'importanza degli anni 20!), presso la sua Università di Amburgo, intorno ad una questione allora impellente e di rilievo epocale. Si trattava, infatti, della riflessione filosofica originata dalla teoria della relatività generale di Einstein⁴. Voglio ricordare alcuni di quei pensieri in un contesto come questo, con uno spettro tematico ben più limitato di quello nel quale si muoveva Cassirer, perché aiutano a capire quale sia il rapporto tra risultanze cognitive e senso comune, sul quale grava una relazione fondamentale: quella

tra verità dell'attività conoscitiva e rappresentazione simbolica. È un modo per proiettare Kant nel XX secolo.

Spiega Cassirer: «La concezione ingenua del mondo ritiene di cogliere immediatamente la realtà delle cose, della natura delle percezioni sensoriali; ma già fin dai primordi delle considerazioni scientifiche del mondo si scopre la relatività e la mutevolezza dei contenuti della percezione sensibile e si mostra con ciò che essi non possono essere attribuiti all'oggetto "stesso"⁵. Poi Cassirer prosegue affermando che sia l'empirismo come il razionalismo filosofici si fossero trovati d'accordo nell'attribuire «le qualità primarie all'oggetto stesso; le rappresentazioni del numero, della forma, del movimento sono negli oggetti, nell'obietto così come sono "in noi"... Anche Descartes, ricordiamo, aveva poggiato la sua dimostrazione dell'esistenza del mondo dei corpi sul fatto che non le nostre rappresentazioni sensibili, ma certo quelle matematico – meccaniche debbono essere adeguate riproduzioni degli oggetti. Significherebbe fare di Dio un ingannatore, voler negare questa adeguatezza, questa perfetta concordanza delle nostre rappresentazioni... con gli oggetti esterni»⁶.

Detto questo, Cassirer mostra come la conoscenza scientifica successiva abbia voltato pagina: «Ma nello sviluppo ulteriore si vide sempre più chiaramente che la medesima *relatività*, che in precedenza era testimoniata dalle percezioni sensibili riguarda anche le cosiddette qualità *primarie* e che quindi anche queste minacciano di risolversi in mere qualità "soggettive", in *immagini* che ci facciamo delle cose»⁷.

⁴ E. CASSIRER, *I problemi filosofici della relatività. Lezioni 1920-1921*, tr.it a cura di R. PETTOELLO (con Premessa e note del traduttore-curatore editoriale), Milano-Udine 2015

⁵ *Ivi*, 57.

⁶ *Ivi*, 57-58.

⁷ *Ibidem*.

Da qui in poi Cassirer evidenzia, attraverso numerosi esempi, come la conoscenza scientifica incorpori o sconti uno “scarto” tra la verità scientifica contenuta in una formula matematica, quale quella che viene costruita da una determinata “teoria”, e la verità che proviene dalle rappresentazioni sensoriali, per la cui inaffidabilità basti pensare al ruolo che gioca la “direzione dello sguardo”: «...nella stessa osservazione, nella determinazione del suo contenuto e del suo significato non si tratta appunto mai solamente dell’*accaduto* passivamente, bensì anche della specifica disposizione spirituale, della specifica *direzione dello sguardo*. È questa direzione dello sguardo che distingue il procedimento del *fisico* da ciò che comunemente si chiama “esperienza sensibile”»⁸.

4. Il funzionalismo luhmanniano. Dall’ordine alla complessità; dal sistema all’equilibrio.

Il paradigma fin qui delineato si trasferisce, come ho accennato, nelle scienze sociali; l’autore di riferimento è, come è noto, Niklas Luhmann e il ricordarlo in questo contesto è particolarmente significativo, poiché la sua opera coincide, temporalmente (gli anni ’70), con la critica al sistema giuridico “tradizionale”, costruita dal pensiero *ideologico - alternativo* racchiuso nel titolo di un importante convegno catanese curato da Pietro Barcellona. Mi riferisco a *L’uso alternativo del diritto*.

Niklas Luhmann, con il suo “funzionalismo”, importa sul piano delle scienze sociali il modello cognitivo di tipo quantistico. Quando Luhmann usa le espressioni *contingenza, complessità e teoria del sistema nel sistema* sta esattamente traducendo, sul piano della comprensione socio-politica e giuridica, il primato dell’epistemologia quantistica, che conduce, come ho accennato in precedenza, alla unica rilevanza del *momento osservativo*. Unica rilevanza, che, sul piano delle tradizionali categorie socio-giuridiche, consiste nel cosiddetto “primo degli effetti” e sulla *irrilevanza* della “causa”. In altre parole, il venire meno del *nesso di causalità* produce, nelle scienze sociali, il venire meno della qualificazione categoriale dei fatti, *poiché la “a-temporalità” empirica del momento osservativo sostituisce alla radice la “temporalità” della funzione congetturale*. In particolare, dal momento che la qualificazione propria delle categorie dogmatiche è, come ho sottolineato, l’analogo giuridico dalla causalità, prende corpo quel contesto che, facendo saltare il costrutto categoriale, concretizza il *primo degli effetti*, come proposto da una autorevole linea della civilistica attuale (un nome per tutti: Nicolò Lipari).

Mi si permetta, anche in questo caso, una breve digressione, poiché credo che sia utile soffermarsi, tramite un interrogativo, su tale espressione: il “primo degli effetti”, poiché è una conseguenza di quella importazione quantistica di cui ho detto fin qui. Che vuol dire, dunque, la parola “effetto”? Possono esserci due possibilità interpretative a partire dalla constatazione logico-semantica che il concetto di “effetto” è legato al concetto di “causa”; da qui una alternativa di ordine logico: o il puro termine linguistico “effetto” è improprio, perché bisognerebbe usare la parola “accadimento”, oppure che la “causa” esiste, ma

⁸ *Ivi*, 70.

è osservativamente irrilevante. Mi permetto di ritenere che sia così (come ho anticipato nelle righe immediatamente precedenti), almeno per quanto riguarda l'importazione dell'epistemologia quantistica nelle scienze sociali. Come dire che la causa c'è ma è *irrilevante*. Il problema è serissimo, perché non si vuol dire che la causa non c'è, ma vuol dire che essa *cede di fronte alla potenza del "fatto"*: il primato degli effetti, appunto. Come dire, ancora, che la effettività fattuale del potere rende irrilevante la sua giustificazione razionale (la *legittimazione*), la quale ultima praticava specificamente il fine di *trasformare* il potere "fattuale" in potere "funzionale", così come nel nostro modello ordinamentale. Tale operazione teorica sposta tutto il modello giuridico da un sistema di giustificazione degli atti a un sistema di effettività delle decisioni.

Chiusa la digressione. Tornando a Luhmann, in breve, nel passaggio rappresentato dal suo funzionalismo, l'idea di "complessità" sostituisce quella classica di "ordine" e l'"equilibrio" sostituisce quella di "sistema".

Il segno linguistico del passaggio può essere rappresentato dalla sostituzione, diventata ormai abituale, del termine "*Governance*" a quello proprio della cultura giuridica europea, e italiana in particolare, di "ordinamento". Uso abituale, dunque, che non è solo un cedimento alla colonizzazione linguistica dell'inglese, ma è, invece, il segno semantico del pragmatismo materialistico che oggi struttura il mondo del diritto (e, detto tra parentesi, estraneo allo stesso Luhmann, che conserva la formazione culturale della Scuola di Francoforte, della quale è stato l'ultimo allievo). Il termine *Governance* va inteso, cioè, come simbolo semantico di un paradigma epistemologico che è diverso da quello maturato e affermato nella "modernità" europea e nel quale

la tradizione empiristica anglosassone assume ora la conformazione di quello che viene definito genericamente "pragmatismo". Tale diversità è da ricercarsi proprio nella *evaporazione* (mi si conceda l'espressione, perché traduce esattamente il "fenomeno") del nesso categoriale *qualificazione categoriale-effetti giuridici*; evaporazione che è il riflesso, come ho appena accennato, dell'analogo nesso, epistemologicamente fondativo sul piano "teoretico", *causa-effetto*.

In definitiva, attraverso il contagio tra l'epistemologia quantistica e quella originalmente luhmanniana (prima ancora della deriva pragmatico-materialistica) si verifica un passaggio tra due "sequenze". Un passaggio, che definirei epocale, segnato, appunto, dall'avvicendarsi di due "sequenze" concettuali: a quella "*ordine – sistema – ordinamento*" si sostituisce una sequenza formata da tre nozioni tra loro epistemologicamente conseguenti: "*complessità-equilibrio-governance*".

5. Verità e Dialogo.

Quello che ho tratteggiato per grandi linee è il retroterra epistemologico che forma quei "mattoni", che poi consentono di costruire il modello logico-cognitivo nel quale operano sia gli atteggiamenti mentali sia le declinazioni intellettuali della cultura contemporanea. Ed è ciò che dovrebbe sollecitare quella "consapevolezza", richiamata all'inizio di queste mie riflessioni.

Il percorso costituito dalla via tracciata dai nessi: *momento osservativo – a-temporalità – primato degli effetti – governance* conduce a riflettere sul tema-chiave di questo mio intervento: "L'indipendenza della *juris dictio* e la questione della Verità".

Metto subito le carte in tavola ed anche opportuni "paletti". Mi servo di poche pa-

role scritte da Eligio Resta in un saggio di alcuni anni fa: «Alla lunga storia [dei sistemi giuridici] si collega il ritrarsi della verità storica nella verità processuale... [quella storia] narra dunque dei dispositivi di compatibilità che il diritto ha posto in essere rispetto a qualsiasi forma di verità...»⁹. Laddove, aggiungo io, il tema della “verità”, proprio nel contesto del *decidere giudiziale*, sfocia nei due profili *critici* del “verosimile” e dell’“approssimativo”.

Credo che sia un inizio da tener presente, poiché tiene conto di un aspetto, prima ancora che del diritto, dell’“agire pratico” e della vita quotidiana di ciascuno di noi. Attiene, infatti, a quelle vicende di colpa e giudizio, nelle quali si può incorrere, le cui conseguenze investono la libertà della persona. Vicende, che, secondo il *senso comune*, vengono subite o fronteggiate, magari protestando la propria innocenza, ma, in ogni caso, invocando la “verità” del fatto. E per “verità del fatto” il senso comune intende, semplicemente, che le cose stiano effettivamente così, come il “tribunale” le ha ricostruite.

D’altronde, quando l’uomo della strada usa l’espressione “è una vicenda kafkiana”, intende riprodurre per sé quello spaesamento che aveva avvolto Josef K, mentre si addentrava nella ricostruzione di una colpa, il cui fatto originante gli appariva del tutto inafferrabile e indeterminabile nella sua materialità.

Dunque, per il senso comune, la sequenza *colpa-giudizio-libertà*, in una parola

“giustizia”, sono riflesso di un’altra parola, “verità”; e questa parola è strutturalmente affetta da un paradosso dilemmatico: chiarezza e ambiguità. O meglio: la giustizia attiene al campo delle decisioni; la verità a quello della conoscenza. La giustizia ha il tempo determinato del decidere; la verità quello indeterminabile del conoscere. La prima si esercita nelle aule di un tribunale, la seconda nei laboratori di ricerca. La giustizia si fonda su tre pilastri: prove, sentenza, motivazioni; la verità, in quanto “conoscenza”, opera attraverso la ricerca e si consolida in “teorie” (falsificabili). Infine: i giudici non sono scienziati, anche se non sono “consumatori passivi” di conoscenza. Un intreccio epistemologico, quindi, al cui centro vi è il “dubbio” e la sua accettabilità è intellettualmente sostenibile proprio se concepita come *argine pratico* nei confronti di “certezze” facilmente attraenti ed invece bisognose di maggiore e più scrupolosa indagine.

E tuttavia anche il dubbio si presta ad una ambiguità contenuta in due espressioni ugualmente utilizzabili: “non ho più dubbi” e “non ci sono più dubbi”. Proprio queste due espressioni, che non sono affatto sinonime, rinviano alla “consapevolezza” di quel contesto epistemologico tracciato nei paragrafi precedenti e del quale qui mi sembra utile richiamare due questioni, in qualche misura, collegabili. La prima, consistente nel primato del *momento osservativo* che determina il cosiddetto *primato giuridico* degli “effetti”. La seconda, messa in luce dal Cassirer nelle sue lezioni amburghesi del 1920 – ’21, la cui rilevanza epistemologica trae origine da quella che egli definisce la “direzione dello sguardo”, con il quale l’essere umano entra in contatto con il mondo fuori di sé.

È tale contesto dà vita davvero alla dimensione esistenziale del giudicare, per-

⁹ *La verità e il processo*, in A. MARIANI MARINI (a cura di) *Processo e verità*, Pisa 2005, 33-58 (in part. 36-37, *passim*: cfr anche G. VATTIMO, *Verità e interpretazione*, ivi, 11-15. A mia volta aggiungo un’ulteriore considerazione. I linguaggi con i quali diverse discipline trattano il medesimo tema riflette un diverso approccio teorico-concettuale; diversità, tuttavia, che mette in luce profili tra loro complementari per una comprensione a “tutto tondo” del tema comune prescelto).

ché è in questo intreccio tra effettività della decisione e direzione dello sguardo che si apre in modo problematico il discorso “verità”. Spesso corroborato dal termine “oggettività”. Occorre tener a mente, inoltre, che anche questo secondo termine è una produzione del cervello umano, che guarda il mondo fuori di sé. In altre parole, anche il termine-concetto di “oggettività” è una produzione “soggettiva”, *non soggettivistica* !!, che necessita di *argomentazione logica* per essere sostenuta (e di questo profilo soggettivo-congetturale Kant era perfettamente consapevole quando, nella *Metafisica dei Costumi*, affronta il passaggio dalla esperienza sperimentale dei fisici e dei chimici alla astrazione della legge).

Vengo allora al concetto semantico “Verità”.

La parola verità non è mai stata nella sua storia il prodotto di una congettura, mentre lo è divenuta di fatto soprattutto attraverso la pratica mediatica. Pensiamoci bene: per i greci la parola era ἀλήθεια che vuol dire “non nascondimento”, che sta a significare che l’essere umano (“ente finito”, in quanto “determinato”, non “soggetto”, ma ὑποκείμενος, e di questo la cultura greca era perfettamente consapevole, basti avere in mente la letteratura del mito) è in una continua ricerca, dopodiché l’ulteriore passaggio è il ricorso alla sentenza dell’oracolo, spesso enigmatica, che va saputa esistenzialmente interpretare, proprio tenendo conto della sua enigmaticità. Quindi, per l’antica mentalità greca la verità è veramente raccolta in un mistero e come tutti i misteri non è mai veramente interpretabile. Anche per il mondo cinese orientale la verità segue un linguaggio metaforico; ma restiamo alla nostra cultura occidentale, la quale è costituita dalla idea della *divinità della origine*; essa si fonda, cioè (e questo è il punto-chiave), su di una dimensione che

trascende la finitudine dell’essere uomo. L’antropologia ebraico-cristiana (con le sue varianti storiche, teoretiche e teologiche) ne è la testimonianza.

Nella “modernità”, che pure si costruisce sul primato della capacità investigativa della Ragione, la verità non si arresta alle congettture dell’autorità inquirente, ma necessita della confessione del colpevole: la verità proviene dalla *confessione del colpevole*. Ed è sintomatico come non basti la congettura dell’inquisitore, pure fondata sulla interpretazione canonica dei testi sacri, ma sia *necessaria la confessione del colpevole*; uguale necessità è mostrata dai regimi autoritari e totalitari contemporanei: l’inquisito deve riconoscere il colpevole (il regime sovietico-staliniano ne è stata la tragica dimostrazione).

Prendendo spunto dagli esempi, guardiamo la questione sul piano teoretico. Nel momento nel quale si afferma la “ragione moderna”, emancipandosi con estrema cautela dal primato della parola di Dio, la ragione umana può affrontare il tema della congettura, attraverso due meccanismi logico-teoretici. Il primo, convertendo la parola “verità” in quello di “verificazione”; il secondo, introducendo l’idea cartesiana di “dubbio”. Parlare cartesianamente del dubbio significa prendere atto che la verità incontrovertibilmente esiste (e riposa in Dio creatore), ma che l’essere umano, proprio in quanto creato, da un lato è dotato di una ragione abilitata alla conoscenza, ma, in quanto *ente finito*, non può affermarla in modo assoluto e quindi definitivo. Ne segue che viene affermata sia la capacità della congetturazione razionalistica sia il limite cautelativo del “dubbio” (è un modo estremamente elegante per non finire sul rogo). E che pensare di Leibniz, che opportunamente (o opportunisticamente? data la sua grande intelligenza e abilità diplomatico) converte il concetto di verità in quello di “verosimile”?

E poi Kant (che ritengo essere l'uomo più intelligente dalla nostra storia) che parla di *noumeno*, manifestando l'idea teoretica che l'uomo non può accedere, con la sua ragione finita, all'essenza delle cose. Vi è un passaggio della *Critica della ragion pura*, nel quale, affrontando il tema della conoscenza detta "fenomenica", sottolinea quel "devo poter pensare" (attenzione! "devo", usa cioè il verbo *dovere*), che trasforma la *osservazione empirica* in *fenomeno*. In altre parole, Kant, affronta in modo scientificamente legittimo (per la cultura del tempo) la questione della congetturalità del nesso di causalità, affermando che per giungere alla conoscenza occorre superare il mero momento empirico-osservativo. È questo il punto epistemologicamente cruciale, sul quale interviene, demolendo l'attendibilità scientifica dell'assunto congetturale, la *Nuova Alleanza* (sopra ricordata) di cui parlano Prigogine e Stangers.

Giunti a questo punto mi sembra non difficile capire il richiamo di Cassirer al nesso tra concetto di "oggettività" e sguardo del soggetto. Quando noi usiamo la parola "oggettività", non è l'oggetto che dice: "io sono l'oggetto"; è invece il soggetto che dice: *questo è l'oggetto*. Quando comune mente si usa la parola-concetto "oggettivo", non ci accorgiamo che l'oggettività è un *prodotto mentale*: è il prodotto mentale del come il soggetto si rappresenta ciò che viene definita "realtà". Ciò che viene definito "realtà" è una rappresentazione linguistica dell'incontro tra l'uomo e l'altro da sé; e qui devo ricordare il testo di Maffei sopra citato, quando sottolinea come la rottura della stringa riflessione-pensiero-linguaggio, prodotta dall'affermazione della a-temporalità della osservazione, modifichi radicalmente tutto il modo di conoscere la realtà e le abitudini mentali di cui facciamo inconsapevolmente uso.

Se noi avessimo consapevolezza che quella che noi chiamiamo "verità", ed anche "realtà", è una rappresentazione linguistica del soggetto, cioè di colui che la formula, allora – ecco il discorso etico, caro mi sembra a Dell'Utri – il soggetto diventerebbe consapevole della necessaria forza argomentativa della "giustificazione". L'esito, infatti, in qualche misura accettabile come "vero", dipende dall'esito della discussione circa la forza argomentativa del "detto". E, nel caso di specie, il fine socialmente proprio della verità, che presiede all'opera del magistrato, corroborata dalla forza soggettiva della argomentazione, *dipende dalla legittimazione ordinamentale dello sguardo* del soggetto agente.

In altre parole, la questione della veridicità si sposta dall'"oggetto", dalla cosa in sé, alla *legittimazione ordinamentale dello sguardo della figura che opera nella ricerca*. Per questa via ci si apre ad un contesto di dialogicità, che accresce la necessità del continuare a pensare (mi riferisco alla "sforzo" richiamato con vigore da Dell'Utri), senza verità apodittiche; si tratta di uno sforzo destinato in qualche modo a *persuadere razionalmente*, senza ricercare quell'*impatto*, finalizzato al conseguente, presumibile successo sociale. In fine, ancora una battuta di Kant: il "consenso" non ha niente a che fare con la verità, perché è un fatto puramente materiale, numerico; ciò che riguarda il tema della verità è la qualità dell'argomentazione, la quale esalta e responsabilizza il soggetto agente. Essa è infatti produzione della mente di un "soggetto", cioè di un "ente finito", capace di usare la funzione cerebrale per continuare a praticare la temporalità della riflessione e del ragionamento, e quindi strutturalmente aperta al dialogo critico.

BRUNO MONTANARI

4. Magistratura e spirito costituenti

Innanzitutto, lasciatemi dire che è un onore essere qui: ho risposto subito con entusiasmo all'invito della rivista *Giustizia Insieme*, perché mi sento vicino al vostro approccio e alla passione costituzionale che vi anima. Non sono un tecnico della giustizia, ma in *Ciò che resta della democrazia* e in altri scritti ho elaborato delle analisi sulla democrazia costituzionale e le cause della sua crisi, in cui sono presenti dei riferimenti al rapporto tra politica e giurisdizione e alle trasformazioni che ha subito. Proverò a svolgere alcune riflessioni, inevitabilmente succinte, su tale falsariga.

Cominciamo con il concetto di "indipendenza". Penso anch'io che sia necessario operare delle distinzioni rispetto alla nozione di "imparzialità", volte a precisare le rispettive specificità, ma credo anche che vi sia una connessione tra questi due ambiti semantici (può non essere di parte solo che chi non dipende da qualcuno o qualcosa; una condizione difficile da conquistare, da custodire e rigenerare quotidianamente, che può rivelarsi molto onerosa: infatti essere indipendenti non significa semplicemente essere neutrali rispetto ai poteri sociali, ma essere capaci di resistere alle pressioni dei poteri più forti, altrimenti proprio tali poteri potrebbero giovarsi di una posizione apparentemente al di sopra delle parti, ma in realtà pilatesca a fronte di squilibri di fatto e ingiustizie consolidate). Ecco allora che la questione della neutralità (la quale può significare tanto impermeabilità, "indifferenza" rispetto ai contenuti, quanto attiva funzione neutralizzatrice degli stessi) va in ogni caso tenuta distinta da quella dell'indi-

pendenza e dell'imparzialità: un problema, quello dei "poteri neutri" e del rapporto tra neutralità giuridica e neutralizzazione politica, peraltro di grande interesse, perché molto rilevante ai fini di una comprensione sistematica dello Stato costituzionale del secondo Novecento e del doppio lato che lo costituisce (politico e garantistico). L'indipendenza mi pare possa essere qualificata come una condizione "ontologica", è e allo stesso tempo *deve* essere tale. Ecco, appunto, lo *Sollen*. Non è che esista in natura, l'indipendenza: è inevitabilmente basata su presupposti che sono di natura storica, sociale e culturale. Ha bisogno di un habitat. Inoltre è necessario chiedersi: indipendenza non solo in che senso, ma per che cosa. La mia tesi è che l'indipendenza sia innanzitutto in favore dell'attuazione costituzionale.

Ciò che qui propongo è una piccola "genealogia", diciamo così, che cerchi di render conto del processo che ci ha condotti, politicamente e istituzionalmente, fin qui: in una desertificazione politico-culturale e in una sofferenza evidente dell'assetto costituzionale dei poteri, che giustamente Massimo Luciani ha qualificato in una recente monografia (*Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, 2023) come da "restaurare" (lavoro in controtendenza, perché ha il coraggio di dire quello che è sotto gli occhi tutti ma quasi nessuno dice). Come siamo arrivati fin qui, cioè con un problema di legittimazione che investe le istituzioni di garanzia, e *in primis* la magistratura, dunque, ma anche da dove eravamo partiti. Inizialmente da un grande slancio costituente, frutto dell'apertura, per nulla scontata nella storia italiana, di una finestra di opportunità rinnovatrice grazie

soprattutto al contributo delle forze popolari antifasciste. Ma questa svolta alla fine della tragedia della guerra fu seguita, a causa di Jalta, da un inverno costituzionale che nell'immediato dopoguerra bloccò la spinta della Costituente, anche in virtù della cultura giuridica prevalente, ereditata dal fascismo: se non anti-, certamente a-costituzionale. Poi, verso la fine degli anni Cinquanta, si aprì una stagione altamente positiva: il disgelo costituzionale, l'apertura a sinistra, la programmazione, l'innovazione politica in vista dell'attuazione concreta del disegno costituzionale dal punto di vista dei diritti sociali. In tale solco si è sviluppato un ruolo attivo della giurisdizione negli anni Sessanta e Settanta, che però – ricordiamolo bene – si è saldato proficuamente a un ruolo, che continuava a essere centrale, della rappresentanza. Cioè la giurisdizione era un avamposto nella società, i giudici erano se si vuole delle “sentinelle” della Costituzione nel sociale, e però poi le scelte politiche di fondo maturavano sul terreno del confronto politico (pensiamo allo Statuto dei lavoratori, a tutte le riforme civili e sociali degli anni '70, ma già prima ce n'erano state di importantissime: oltre la nazionalizzazione dell'energia elettrica, il piano casa, la scuola unica). Riforme che maturavano in Parlamento, cioè in quel circuito legittimazione-responsabilità, partecipazione politica organizzata e delega democratica, che oggi è in crisi. In crisi, in particolare, è il rapporto, l'equilibrio, fra i due lati, quello garantistico e quello politico-progettuale, delle istituzioni costituzionali: se in gioco oggi è il loro punto di equilibrio, ciò vuol dire che qualcosa è successo, che un equilibrio va ritrovato.

La magistratura vive oggi una condizione “amletica”, perché da un lato soffre una crisi di legittimazione, dovuta al fatto che non ha più quel “consenso”, la cui ricerca per certi

aspetti poteva anche apparire criticabile in astratto, ma che nella sostanza è corrisposto al riconoscimento di un ruolo largamente positivo svolto dal potere giudiziario (o meglio da alcuni suoi settori, cioè da quegli avamposti che si sono ritrovati, per coerenza civile e fedeltà ai doveri costituzionali, in prima fila nel fronteggiare terrorismo, criminalità organizzata, stragismo, poteri occulti e corrotti, malaffare economico). Tali avamposti hanno rappresentato oggettivamente un presidio democratico, oltretutto in fasi particolarmente delicate della storia del Paese. Naturalmente anche allora esisteva una magistratura della palude, della convivenza se non della connivenza con certi poteri illegali e incostituzionali. Ma una parte allora significativa della magistratura, di cui quegli avamposti erano simboli, era impregnata di una cultura rigorosamente costituzionale, che prendeva sul serio l'innovazione rappresentata dalla Carta del 1948 in termini di trasparenza del potere, nesso tra libertà in relazione e uguaglianza sostanziale, giustizia sociale e cultura delle regole. Quel riconoscimento sociale diffuso, pertanto, era soprattutto relativo al contributo fornito dalla giurisdizione all'attuazione costituzionale. Adesso tale riconoscimento, se non è venuto meno del tutto, è certamente scemato, assai ridotto. Naturalmente, dall'altro lato ci sono le insidie, gli attacchi generici e strumentali al controllo di legalità in quanto tale, il cui vero fine non è quello di avere un equilibrio tra giustizia, politica ed economia, ma di asservire la prima ai poteri dominanti. Tali attacchi non sono solo “esterni”, ma di fatto anche “interni” al sistema politico-istituzionale (e alla stessa giurisdizione), e quindi c'è l'esigenza del tutto comprensibile di difendersi, ma soprattutto di introdurre delle specifiche, delle distinzioni perché altrimenti il modo di affrontare i problemi del sistema giustizia, che

ci sono, diventa simile a quello di tifoserie schierate, sotto slogan e striscioni: così non si va da nessuna parte. La magistratura deve imparare a difendersi anche da quelle tendenze, ad essa interna, all'accomodamento, al quieto vivere, alla burocratizzazione, alla chiusura classista e corporativa. C'è un'obiettiva difficoltà a recuperare un punto di vista complesso. Ma si tratta di una questione generale: viviamo un tempo totalmente a-dialettico, che è frutto di una radicale dehistoricizzazione. La storia, come coscienza storico-politica profonda, critica, è sparita.

Del resto, perché stiamo scivolando sul piano inclinato di una guerra totale quasi senza accorgercene, con una superficialità un tempo incredibile, poiché il tabù della bomba sembrava averci immunizzato dallo sdoganamento della guerra su vasta scala? Perché spoliticizzazione, naturalizzazione dei fenomeni socio-economici, tecnocrazia hanno mutato il nostro modo di pensare, azzerando lo spirito critico e la capacità di analizzare situazioni politiche complesse. Tutto viene risolto in termini sloganistici e moralistici (senza morale), come se fossimo in un videogioco o in una eterna, ripetitiva serie tv. Tutto ciò ha fornito gli strumenti di legittimazione dell'ideologia globalista, e allo stesso tempo ne ha determinato i frutti avvelenati, emersi appieno con la crisi della globalizzazione tecno-finanziaria centrata sul *Washington consensus*. Finora, in questa giornata, non si è parlato della corsa verso l'escalation bellica in Europa e della carneficina di civili, bambini in primis, a Gaza. Non è stata pronunciata una sola parola su questo, che è una cosa enorme. Scusate, ma lo devo dire: non sarebbe successo decenni fa; dice di come siamo diventati. Le società occidentali, in particolar modo i loro *establishments*, si stanno avviando a correre il rischio di una totalizzazione inaudita dell'ostilità, che è evento apocalittico, disvelatore,

dalle implicazioni relative ai valori costituzionali gigantesche, eppure non ne parliamo, andiamo avanti come dei sonnambuli, come mezzi ciechi, senza grandezza tragica. Lo spirito del tempo è questo: nichilismo unito a superficialità e mancanza di senso storico, ossequio ottuso della religione tecnico-consumista, conformismo senza *ethos*, che crede di compensare la polverizzazione di ogni identità culturale e storica con dosi sempre più massicce di moralismo a comando e a corrente alternata. Il contesto epistemico e assiologico in cui operiamo, tutti (anche la magistratura), è questo. Se non riconosciamo la natura sistemica, politica e spirituale, materiale e simbolica, della crisi che viviamo, non avremo neppure gli strumenti per affrontarla. Allora se questo accade, è per ragioni che hanno a che fare con questa crisi più generale, che si riflette anche all'interno, nelle chiavi culturali, epistemiche, interpretative messe in gioco dagli attori che operano nel sistema giustizia. Lo stesso discorso si può fare per altri settori nevralgici dello Stato democratico, ai vari livelli nei quali sono in atto dei veri e propri processi di destrutturazione costituzionale, che sono il frutto di dinamiche di potere privatizzante indotte dalla portata antisociale del neoliberismo, oltre che dalle "soggettivazioni" atomistiche e ultra-competitive che ha forgiato e diffuso. Insomma, il punto è che negli ultimi quarant'anni è successo qualcosa, di ordine tanto materiale quanto culturale, che ha minato alle fondamenta l'edificio dello Stato costituzionale. L'epicentro di questo processo è in Occidente: non cerchiamo alibi, in particolare nei limiti (che ci sono) o forse semplicemente nelle diversità degli "altri". L'Occidente ha cominciato a pretendere di esportare la democrazia con le bombe a casa altrui, quando era ormai un prodotto avariato a casa nostra. L'esito della crisi della globalizzazione uni-

polare è oggi, da un lato, la messa in movimento del resto del mondo, che giustamente pretende di non essere considerato più un “resto”, anche perché effettivamente non lo è. Ma dall’altro lato, dal punto di vista della presunta egemonia liberaldemocratica (in realtà finanzcapitalistica, dopo la svolta anti-keynesiana alla fine degli anni Settanta) ciò che resta è un caos globale ingovernabile, la tentazione della chiusura a riccio dell’Occidente contro le “forze del Male” come alibi per non guardare dentro se stessi, apatia depressiva di massa.

Allora vogliamo ricominciare a guardare i fenomeni di fondo, a chiamare le cose con il loro nome? La svolta neoliberale, oltre a svalutare il lavoro, privatizzare lo Stato e demolire il *Welfare*, ha implicato e consentito la costruzione di certe mentalità antipolitiche, veicolandone le premesse. Oggi va di moda dire che invocando il neoliberismo si rischia di utilizzare una formula troppo ampia, troppo generica. Proviamo a fare l’elenco delle cose concrete attraverso cui il neoliberismo si è dispiegato. E cominciamo col dire che per i neoliberali non conta niente la disoccupazione e il lavoro e conta solo l’inflazione (poi il paradosso è che alla fine della fiera di questo lungo percorso hanno prodotto inflazione e non sanno nemmeno come e perché). Però ci è stato spiegato, già dalla fine degli anni Settanta, ma poi la cosa è esplosa dopo il 1992/93, che bisognava aprirsi alla flessibilità, privatizzare il più possibile (anche servizi essenziali), fare tagli e austerità, perché ciò ci avrebbe reso migliori, più efficienti e moderni, avvinandoci all’Europa, ovviamente del Nord (secondo uno schema unidimensionale e astratto non solo privo di spessore culturale e storico, ma profondamente ideologico nel senso della “falsa coscienza”). In realtà, incamminarsi su questa strada significava abbandonare il nucleo

fondante della Costituzione italiana: nel primo articolo, quel “sul lavoro” – non lo devo spiegare a voi –, significa politiche di piena occupazione e centralità del lavoro e della sua dignità; il terzo articolo segnala in modo rivoluzionario l’irruzione del fatto sociale nella normatività giuridica, e quindi delle condizioni concrete di vita delle persone, che in una democrazia presa sul serio non possono essere troppo diseguali, limitando di fatto la stessa libertà come possibilità di crescita della persona. Con il neo-monetarismo invece *bisogna* produrre disoccupazione (il cui tasso è funzionale a una certa remunerazione del capitale), così da frammentare il mondo del lavoro, mettere in competizione le persone, distruggere gli spazi di lotta e coscienza collettivi, creare un esercito proletario di riserva da poter dominare scatenando una guerra tra ultimi e penultimi. Tutti questi fatti, che hanno determinato una nuova costituzione economica incompatibile con quella keynesiana, che era “portata” dalla costituzione materiale mortatiana e che ha sorretto l’impianto costituzionale del 1948, sono stati rimossi.

Tale rimozione fa parte di una grandiosa operazione intellettuale e propagandistica, revanscistica rispetto alla declinazione sociale e partecipativa dello Stato delle masse, unica vera alternativa alla nazionalizzazione passiva delle masse praticata dal fascismo e dal nazismo. Parte costitutiva di queste mentalità è stata la naturalizzazione di quelle scelte politiche di fondo e delle loro pretese egemoniche. Si è affermata un’egemonia alternativa a quella dei trent’anni precedenti (il trentennio keynesiano fondato sul compromesso democratico e sociale). Una volta a Maurizio Fioravanti (uno dei miei amici e maestri, che ricordo con grande affetto), ho chiesto se lo Stato costituzionale del secondo Novecento, il cui modello Egli aveva contribuito a enucleare

in maniera così perspicua, possa non essere keynesiano. La sua risposta fu netta: no, hai ragione; in ogni caso, certamente non può essere neoliberista, perché il neoliberismo si fonda su una visione opposta, sulla centralità assoluta del mercato come unica forma di inclusione sociale nella cittadinanza, e sulla mercificazione di tutto, della vita stessa, dei corpi, di ciò in cui crediamo e che dovrebbe elevarci spiritualmente (l'arte, la cultura). Sorprende che si sia arrivati al pareggio di bilancio in Costituzione, votato in fretta e furia e nell'inconsapevolezza dei più? E l'autonomia differenziata, che mina ciò che resta dell'unità del Paese, non ha radici lontane (e bipartisan)? Lo so che dire oggi queste cose sembra strano, persino fuori luogo, perché le armi di distrazione di massa e la post-verità del sistema (tecnocratico e mediatico, che ha vampirizzato la politica) hanno contribuito a creare da tempo una vera e propria cortina fumogena. Ma quello di cui ho parlato è il tessuto reale, e il grande rimosso, del pessimo abito che ci è stato cucito addosso negli ultimi decenni. Solleviamo il velo, ribelliamoci alla parcelizzazione dell'analisi, cerchiamo i nessi che uniscono la svolta regressiva alla fine degli anni Settanta all'attuale spoliticizzazione/totalizzazione che segna la crisi della globalizzazione egemonizzata dalla superpotenza americana, di cui l'Unione Europea è semplicemente a rimorchio.

Se poi vogliamo raccontarci delle favole, seguendo la narrazione *mainstream*, e magari isolare e strumentalizzare singoli aspetti della realtà sociale per camuffare il segno regressivo di questi ultimi decenni (ad esempio utilizzando i diritti civili come compensazione della demolizione di quelli sociali, secondo una sorta di "modello idraulico" per cui alla crescita degli uni non può che corrispondere l'indebolimento degli altri), dobbiamo dirci francamente che

l'ideologia del presente, che è la più insidiosa perché nega se stessa, ha permeato a tal punto le *élites* intellettuali dell'Occidente, anche quelle che rivendicano un presunto primato morale pseudo-progressista, al punto di ottundere la capacità di lettura critica del reale. Personalmente, tengo ben ferma la dottrina che afferma l'indivisibilità dei diritti fondamentali, sia civili che sociali e politici: del resto, è facile notare, storicamente, che i diritti hanno progredito, sono andati avanti veramente contribuendo alla democrazia politica e alla partecipazione collettiva, quando sono avanzati insieme. La magistratura è, nel suo insieme, altrettanto ferma sul punto, su tale consapevolezza? Culturalmente, se noi pensiamo tutti i fenomeni che ci accadono intorno – che siano di natura sociale o politica o intellettuale – come fenomeni naturali oggettivi, siamo già fuori strada e soprattutto siamo pronti per pensare che "*there is no alternative*": non serve neppure cercare alternative, chiavi di lettura diverse; c'è una soluzione sola. Non importa che non funzioni, che produca disastri e ci ponga fuori dall'orbita dello Stato costituzionale: è vietato anche solo tentare di trascendere l'immanenza assoluta (del grande meccanismo nichilista dominante). Critica e politica sono inibite. Quando vi propongono la tecnocrazia, l'efficienza, il controllo quantitativo dei "prodotti" (cioè delle sentenze) che siete chiamati a sforzare come tanti pezzetti del meccanismo di autoriproduzione di una società che nega se stessa, fatta solo di individui-atomi (esattamente come ci propinano all'università criteri di valutazione puramente quantitativi e inadeguati alle specificità delle discipline, salvo accorgersi un decennio dopo delle loro specificità e quindi degli errori marchiani compiuti pretendendo di omologarle), quella che si dipana di fronte a noi è solo la prospettiva di una "grande fuga dal

contenuto". Ovvero un evidente segnale di decivilizzazione, di impoverimento culturale, di decadenza politica e persino estetica.

C'è un'evidente, intrinseca analogia sul terreno della fuga dal contenuto tra le sentenze da produrre celermente e il conteggio dei contributi scientifici (per inciso, i fans di tale sistema sono, in genere, proprio gli studiosi più mediocri, che devono compensare con la burocrazia la propria mancanza di talento negli studi): ovvero, non conta tanto l'argomentazione, non conta che si arrivi a una buona sentenza, convincente, non superficiale, conta che ne hai fatte tante e che sono tutte uniformate secondo uno schema precostituito (una versione algoritmica della prevedibilità, che rischia di annullare la soggettività dell'interprete e la sua capacità di scendere in profondità, di cogliere la situazione nella sua complessità). All'università vengono propinate le stesse ricette: accumulare articoli che il più delle volte nessuno legge, non avere un progetto di ricerca autentico e autonomo; sfornare il più possibile laureati conformati, come fossero dei pezzettini in serie, secondo una logica del tutto economicistica. *L'homo oeconomicus* come unico paradigma possibile e generalizzabile. Ma l'antropologia dell'*homo oeconomicus* è incompatibile con l'antropologia costituzionale. Questa infatti non sopporta la riduzione del fine a mezzo, dell'uomo a cosa. Chi studia, così come chi deve giudicare i casi della vita sociale quali fattispecie di una sentenza, deve divenire un soggetto omologabile, rassicurante, che non pone domande fastidiose, all'insegna quindi non del giudizio autonomo, del libero convincimento, dell'andare a scavare in terreni scomodi (ma rivelavi), ma della precostituzione di un discorso "tecnico", apparentemente neutrale, in verità acritico, funzionale a non creare disturbo agli assetti post-costituzionali del neoliberismo e del

globalismo antistatali: trasformazioni costituzionali a costituzione vigente, travestite da efficientismo (inefficace).

In Europa il paradigma neoliberale si declina fondamentalmente nella versione ordoliberale (di eredità tedesca). Gli ordoliberali tedeschi sono i parenti dei neoliberisti americani; c'erano prima (già negli anni Venti) ed erano particolarmente acuti nel cogliere la novità portata dallo Stato delle masse. Rudolf Christoph Eucken, in particolare, aveva ben chiaro che il vero problema, per chi voglia difendere l'ordine proprietario e gli assetti diseguali del capitalismo, è lo Stato democratico delle masse, perché questo porta una sfida all'ordine gerarchico liberale basato sul primato dei ceti di "proprietà" e "cultura" (secondo la formula di Rudolf Gneist). Le masse, i ceti popolari si sono a un certo punto convinti che lo Stato politico democratizzato poteva essere uno strumento della loro emancipazione. Siccome non credevano più a Dio hanno cominciato a credere nello Stato democratico. E questo è un problema, dal punto di vista ordoliberale, perché introduce un elemento di "eteronomia", di "trascendenza dell'immanenza" (surrogato teologico-politico democratico di quella divina, attraverso il passaggio della sovranità statuale secolarizzata e della sua appropriazione rivoluzionaria), cioè l'idea che ci sia qualcosa che prevale sulle logiche di mercato e sui poteri economici consolidati, e che sia decidibile politicamente dal basso, attraverso la mediazione dei partiti di massa. Questa novità andava combattuta furiosamente, perché minacciava sul serio il primato dei poteri mercatisti e finanziari.

Le riflessioni di Eucken, sviluppate in un famoso articolo sulle "trasformazioni del capitalismo", presentate a un convegno tenutosi nel bel mezzo della crisi di Weimar, durante il quale dialogò, tra gli altri, con

Schmitt (sostenitore a sua volta del principio "Stato forte, economia sana"), sono emblematiche di un atteggiamento di totalizzazione tecno-mercatista ed elitista, mossa da estrema diffidenza verso il principio della sovranità popolare, che transita nella Germania Ovest postbellica, con un'opportuna riverniciatura in termini di economia sociale di mercato, laddove "sociale", però, non significa lavorista, né tantomeno aperta al conflitto distributivo, ma vuol dire che l'unica forma di inclusione possibile è quella di mercato, che pertanto va difeso con gli strumenti sanzionatori del diritto (i contributi citati sono tradotti nel numero di *Filosofia politica* dedicato all'Ordoliberalismo: 1/2019). Nell'ordoliberalismo si rintracciano alcune delle fonti originarie più significative dell'ostilità non (solo) verso il comunismo, ma anche e soprattutto verso il keynesismo (non addomesticato dalla cosiddetta "sintesi neoclassica", che lo depotenzia e tecnicizza), verso l'interventismo economico e l'economia mista, frutto di una programmazione saggiamente conflittuale e democratica. Cioè dell'impostazione attuale dell'UE e dell'eurozona, al netto di qualche richiamo retorico alla solidarietà, sempre però tenuta rigorosamente fuori dalle stanze dei bottoni, come quando si è trattato di prendere decisioni importanti di fronte alla crisi esplosa nel 2008, ad esempio di imporre alla Grecia tagli draconiani, anche alla sanità e di conseguenza ai farmaci salvavita, ciò che ha comportato la morte, del tutto evitabile, di molte migliaia di bambini.

Eucken, in particolare – ribadiamolo: stiamo parlando di uno dei "padri economici" della Germania di oggi, e di riflesso dell'eurozona –, era talmente acuto da aver capito che l'Unione Sovietica, attraverso la pianificazione tecno-autoritaria, stava perdendo la sua spinta politica rivoluzionaria e il fervore emancipativo, per diventare un

ordine essenzialmente tecnocratico, mal funzionante. Tutto sommato, poi, Marx era un capitalista eretico, che si illudeva di fare la rivoluzione. Chi invece non sopportava proprio era Keynes e il suo cerchio più radicale. Probabilmente perché ne temeva la pericolosità, e perché dovevano sembrare dei traditori della borghesia, non essendo pregiudizialmente ostili al mercato come strumento, purché encapsulato nella politica, nel pubblico. Keynes, Beveridge, Roosevelt non erano rivoluzionari di professione, ma facevano riforme che incidono sulla carne viva dei grandi interessi privatistici e soprattutto sulla speculazione finanziaria. Keynes non era marxista, ma ha tagliato le unghie sul serio all'assolutismo mercatista e borsistico, contribuendo a sfornare idee e ricette che hanno consentito di spostare i rapporti di forza a favore dei ceti popolari esclusi, fornire loro concreti strumenti di crescita e liberazione dal bisogno e dall'ignoranza, denunciare i rischi delle guerre commerciali e proporre rimedi seri. Un po' come, sul piano giuridico-costituzionale, un Herman Heller, grande Autore weimariano, a lungo abbastanza dimenticato perché era un socialdemocratico non marxista, ma proprio per questo oggi tornato di notevole attualità. Un hegeliano di sinistra, temprato dalla riflessione sulla sovranità schmittiana, ma virata nel senso dello Stato sociale di diritto. Heller aveva molte idee e ragioni: lo Stato serve, come strumento di mediazione, integrazione e decisione, se diventa espressione politica di una *Verfassung* (costituzione materiale) delle masse. Del resto, come si può pensare di integrare sul serio le masse nello Stato non passivizzandole ma favorendo il loro protagonismo, se non attraverso lo Stato sociale, un mix di omogeneità assiologica e conflitto distributivo, l'organizzazione politica di parti che ambiscono a svolgere una funzione generale (na-

zionale-popolare, avrebbe detto Gramsci)? Occorre cioè organizzare una sovranità democratica non di facciata, garantire i diritti sociali (scuola e sanità, in primis), mettere il lavoro al centro della società, e non pensare che si tratti di realizzare il paradiso in terra una volta per sempre, perché non si esce dal conflitto e dal limite del negativo, ma i rapporti di forza possono essere spostati, e non è affatto vero che ci sia un unico modello possibile, come prospettano le varie forme di “liberalismo autoritario”. In realtà, c’è un’alternativa al liberalismo autoritario: ricordiamocelo innanzitutto oggi, quando nuove forme se ne palesano, trovando a fronteggiarlo solo maschere del tutto speculari, prive di sostanza storico-politica, che caricaturizzano l’idea di progresso nella pseudo-cultura *woke* della cancellazione e della fluidificazione (mentre di fatto restano intonse, e fuori dai radar, le politiche bipartisan di destra economica). Per questo oggi è vitale riprendere e ripensare l’eredità di una certa linea intellettuale fuori dai cori precostituiti, che è allo stesso tempo statualista e sociale, attenta alle identità culturali e modernamente artificialista, critica del nichilismo e capace di radicalità concettuale, politico-realista e progettuale-costituzionale. Si tratta di un forziere di pensieri costituito da figure eterogenee, accumulate dall’essere di frontiera, trasversali, aperte all’interrogazione e al dialogo, ma per nulla accomodanti, tra cui: Heller, Gramsci, Mortati, Keynes, fino a Caffè e Napoleoni.

Più di quarant’anni di negazione della storia e di naturalizzazione dei fenomeni economici e sociali, che hanno portato a una crisi profonda dell’Occidente, hanno anche rimesso in campo nuove forme di autoritarismo, più o meno larvato, che non riguarda solo i paesi del patto di Visegrad, o analoghi. Tra l’altro, sia detto per inciso, a dispetto di una narrazione tutta moraleg-

giante della Nato e dell’UE su se stesse, cioè di un moralismo mistificatorio che giustifica l’applicazione del doppio standard e di una normatività asimmetrica, a seconda dell’attore delle condotte e del destinatario delle norme (una posizione che distrugge la credibilità del normativo), scarni e brutali calcoli geopolitici contano eccome anche e soprattutto per l’Occidente, visto che, ad esempio, la Polonia è tornata ad essere accolta a braccia aperte nel consesso *liberal mainstream*, nonostante i suoi deficit sul terreno dello Stato di diritto, nel momento in cui c’era da sfruttarne la *verve* bellicista e nazionalista nel conflitto ucraino.

Ciò vuol dire che i principi contano fino a un certo punto, anche per l’Occidente che invoca lo “scontro di civiltà” in nome della sua superiorità morale da affermare, contro il pericolo “dispotismo orientale” (schema retorico-polemico antichissimo, da Serse in poi). Contano invece la geopolitica e la geoeconomia. E in particolar modo, la trappola di Tucidide, cioè la tentazione imperialista di far valere, a qualsiasi costo, il proprio residuo vantaggio prima di esser sopravanzati da altri, per mantenere il più a lungo possibile lo *status quo* del proprio dominio. Ma il mondo è un pluriverso, con il quale sarebbe bene fare i conti. Invece, la tendenza attuale delle nostre società prive di *auctoritas* è rimettere in campo un modello di comando, funzionale a un neo-autoritarismo *soft* (apparentemente), che per funzionare ha bisogno di affermare l’idea che la nuova normalità sia costituita inevitabilmente da una serie di emergenze. Ma se la nuova normalità è fatta di una sequenza infinita di emergenze (finanziaria, sanitaria, climatica, bellica, terroristica, islamista, oriental-dispotica ecc.), non siamo più di fronte al concetto di “emergenza” (che è circoscritta nel tempo, nello spazio e nel contenuto), ma diventa una sorta di inde-

terminata eccezione permanente a bassa intensità (ma sempre più con fasi acute di intensificazione). Una dinamica funzionale non a un processo “costituente” (cioè a rifondare l’ordine), ma semmai “destituenti”, cioè a un’inesorabile destrutturazione complessiva (senza fratture definitive, per ora, ma il processo di de-costituzionalizzazione, in cui l’elemento della spoliticizzazione generato dal neoliberismo è stato fondamentale, è talmente avanzato e ha talmente privato di risorse reattive di natura collettiva, appunto politica, il quadro socio-istituzionale, che non si vedono leve sulle quali operare per invertire la tendenza). È ovvio che anche la magistratura ne risenta: come potrebbe essere altrimenti? È passata da un ruolo che era rilevantissimo all’interno dell’attuazione costituzionale, che affiancava la più avanzata politica democratica, a una situazione in cui non sa bene che ruolo darsi: nella migliore delle ipotesi tampona, difende alcune posizioni, resiste su qualcosa, forse apre degli spazi su questioni relative ai diritti civili e alla bioetica (ma nella misura in cui ciò serve a non far vedere il resto, può essere anche una forma di opacità e di auto-accecamento).

La magistratura oggi non è più un organo di attuazione costituzionale, tanto per responsabilità proprie (soprattutto nel senso di un ripiegamento culturale che va contrastato con il coraggio di un discorso di verità), quanto per la dissennata aggressione minatoria portata avanti, grazie a precise complicità mediatiche, da poteri vari, pubblici e privati, interni ed esterni alle istituzioni, nei confronti dei giudici sgraditi, in quanto capaci, indipendenti perché veramente liberi (anche dal correntismo e dai corporativismi interni) e soprattutto davvero fedeli allo Stato costituzionale (e non agli accomodamenti da *arcana imperii*). Ma la verità ormai è che nessuno di noi è

più coinvolto in un vero progetto collettivo di realizzazione dei valori costituzionali. È questo il dramma della nostra società, e in particolar modo del suo *establishment*, che al di là di una retorica vacua e strumentale, è divenuto, in nome del vincolo esterno e di interessi oligarchici mai debellati del tutto, alieno alla Costituzione nel suo nucleo di senso sociale e assiologico, che è aspro e profondo, come il Cristo che cacciava i mercanti dal tempio.

Calamandrei sosteneva che la Costituzione dice no alla società esistente: voleva dire alla società gerarchica del tempo, ancora intrisa di ingiustizie sociali e di resti di fascismo. È cioè un progetto: se ne viene meno la realizzazione – la sua possibilità concreta, il contesto, l’habitat culturale, i soggetti che la possono sostenere – non c’è più la Costituzione, essa si riduce a un pezzo di carta, che cade per terra. Occhio, perché cadiamo per terra anche noi con essa.

Mi è stato chiesto, nel dibattito, se “tornare a Gardone” (cioè al famoso congresso dell’ANM del 1965) non sia un po’ *rétro* dal punto di vista storico. La mia risposta è no, anche perché non credo che in tutto quello che ho detto ci sia semplicemente l’idea di tornare indietro, ma piuttosto quella di comprendere sul serio, con la necessaria crudezza critica, quello che è accaduto in questi ultimi decenni, come sia stato possibile arrivare al livello di degrado civile, culturale e istituzionale che ci circonda. Sono convinto che per farlo, e affrontarne le conseguenze specifiche sul terreno giudiziario, non si possa isolare il “tema magistratura”, ma che esso vada calato nelle profonde trasformazioni sociali, politiche e culturali che l’egemonia neoliberale ha imposto, prevaricando sui principi costituzionali, imponendo un processo di de-costituzionalizzazione postdemocratica di fatto. Tornare a tali principi supremi, affermarne il prima-

to, vuol dire sì ricollegarsi all'spirazione originaria, "mortatiana", della Costituzione, ma anche rilanciarli, attualizzarli, calarli nel tempo presente, che ci mette di fronte una rigerchizzazione della società sia di tipo tradizionale (sul diritto del lavoro, sulle disuguaglianze e la povertà, abbiamo fatto un balzo indietro all'Ottocento, per certi aspetti), sia di tipo nuovo (basti pensare ai problemi legati all'impatto della tecnologia, di identità antropologica, di controllo arbitrario e opaco delle arene pubbliche virtuali gestite da soggetti privati pubblicamente irresponsabili).

Soprattutto, mi porrei la questione: come si ricreano le condizioni, l'habitat di Gardonè, perché quell'evento è sì un evento con dei protagonisti, ma c'era un sostrato, ci si era arrivati in virtù di un lavoro culturale preparatorio diffuso. Oggi occorre recuperare la centralità del "vincolo interno", cioè di un patto con noi stessi, del "noi". L'Italia ha vissuto una doppia crisi, nell'ultimo trentennio: una è quella che condivide con il resto dell'Occidente (una crisi globalista, che si sta rovesciando in un processo di deglobalizzazione, o di globalizzazione dimezzata, polemica). L'errore è stato scambiare globalismo con universalismo (o cosmopolitismo), così che ora per non affrontare le cause *interne* della crisi, cioè le responsabilità occidentali connesse alle derive del finanzcapitalismo, ci viene detto che dobbiamo fare la globalizzazione tra "amici", contro l'altra metà del mondo: non proprio una grande idea, foriera di speranze. Se solo si fossero ascoltate con attenzione le analisi di Luciano Gallino (e di alcuni altri grandi studiosi autonomi: mi limito a citare Streeck, Stiglitz, Harvey, Piketty)! Ma ciò avrebbe implicato fare i conti con le aporie dell'ideologia globalista e del neoliberismo, e rinunciare alla logica iper-polarizzante che la totalizzazione tecno-finanziaria per-

segue: arricchimento selvaggio e sempre più concentrato, schiacciamento in basso di una parte sempre più larga della popolazione. Ciò impone l'elaborazione di nuove strategie di dominio di massa su larga scala, mantenendo l'illusione della vigenza delle forme democratiche e costituzionali.

La seconda crisi è tutta nostra: è la storia di un Paese che aveva una sua relativa autonomia politica, nonostante fosse uscito sconfitto dalla guerra, che aveva una grande classe dirigente (anche e soprattutto politica), che ha realizzato delle conquiste fondamentali (mi limito a citare nuovamente, col centrosinistra degli anni sessanta, la scuola unica, voluta fortemente da Aldo Moro, che vi aveva intuito un potenziale di liberazione e di giustizia sociale decisivo, contro i tanti dubbi, diffusi, sui rischi di una riforma prematura, che sembrava anticipare i tempi). Un cambiamento epocale, che fu un successo e mutò il volto escludente della formazione italiana. Ricordiamoci che in altri Paesi europei l'idea che non si debba scegliere troppo presto il futuro di un giovanissimo studente, perché altrimenti i fattori di condizionamento familiare, materiale e socio-culturale saranno troppo prevaricanti, ancora non è passata: e se ne vedono i risultati, in termini di classismo ed omologazione delle *élites*). Un processo regressivo oggi in atto anche in Italia, in virtù delle tante controriforme introdotte nella scuola e nell'università in questi ultimi decenni, per assecondare tendenze tipiche di modelli economici e politici neo-censitari (precisamente opposte a quella voluta da Moro). Tutto ciò si riflette anche nella magistratura, che rischia di tornare ad essere "monoclasse". Ma una magistratura monoclasse non può certo porsi come fattore propulsivo della realizzazione del progetto costituzionale: cioè di uno Stato sociale democratico delle masse, basato realmente su una for-

mazione popolare di qualità, condizione necessaria per un'effettiva partecipazione dei ceti tradizionalmente esclusi, subalterni all'elaborazione dell'indirizzo politico.

Ma non ci sono solo questi aspetti, rilevantissimi, relativi alla politica interna sul terreno sociale. Ve ne sono di altrettanto importanti, peraltro connessi (perseguitamento attivo della pace e della giustizia sociale stanno insieme), sul terreno della politica estera: ricordiamoci qual era, un tempo, il ruolo dell'Italia nel Mediterraneo, rispetto alla questione palestinese e in generale al mondo arabo, ma anche rispetto alle necessarie politiche di apertura a Est per promuovere la distensione e il disarmo, pur in un quadro realistico di alleanze. Evidentemente il successo dell'Italia nella sua proiezione politico-diplomatica, anche in chiave di politiche energetiche e di cooperazione economica, ha dato fastidio a qualcuno, magari anche a qualche amico e alleato. E infatti il nostro Paese ha conosciuto la demolizione del suo sistema politico, sotto la spinta di un attacco interno, ma anche evidentemente in virtù di spinte esterne (senza le quali quell'opera di demolizione non sarebbe stata possibile). Ci siamo così avviati sul piano inclinato di una transizione infinita, che si è risolta in una decadenza inarrestabile, che ci ha condotto al "nulla di politica" che ci pervade, tra governi tecnici e governi "politici" che, pur con qualche compensazione identitaria parodistica, realizzano l'agenda Draghi e ossequiano i poteri del vincolo esterno, anche a costo di esporci ai rischi di una guerra totale in Europa e di ignorare la carneficina di Gaza. La crisi di legittimazione costituzionale che ne deriva, con i relativi, avventuristi tentativi di "riforma" in atto da anni (fino a quello attuale), è la conseguenza di tali processi strutturali.

Un corpo politico non implode su se stesso senza che il processo di corrosione delle sue strutture portanti non fosse in atto da tempo. La cosiddetta "Prima Repubblica" non ha retto l'urto delle conseguenze del 1989 perché era minata dall'interno: non solo dalle degenerazioni nel rapporto politica-economia (ciò su cui si è puntato, anche mediaticamente, per far partire e giustificare l'attacco); ma anche da un'autoreferenzialità e un ripiegamento su se stesso del sistema politico che ha reso impossibile qualsiasi tentativo di autoriforma. Tuttavia, la ragione più profonda, a mio avviso, sta in un crollo spirituale, etico-politico, come se il Paese avesse perso la sua anima, quell'energia scaturita dalla Costituente, quell'*ethos* emancipativo di massa che aveva consentito un balzo in avanti senza precedenti e la fuoriuscita dall'invisibilità degli eterni esclusi della storia. Le origini di quel crollo, le cui cause sono complesse, e che forse se le cose avessero preso un'altra piega avrebbe potuto essere evitato, sono situate in una data precisa, spartiacque: il 9 maggio 1978, il giorno del delitto Moro. Non solo perché con quei 55 giorni e il loro epilogo l'ultimo disegno politico ambizioso, ispirato ai valori costituzionali, della Repubblica è stato interdetto. Ma perché c'è dell'altro in quella vicenda oscura. Oscura, sì, cioè non chiara, ma ormai sempre più evidenze sono davanti ai nostri occhi, basta voler vedere e documentarsi, per superare la verità di comodo, contrattata tra brigatisti e apparati dello Stato, che a lungo è stata imposta e che ormai non regge più. A proposito: la magistratura, in particolar modo quella romana, non ha nulla da dire, oggi, sulla vicenda? Le risultanze nuove della seconda Commissione Moro, i tanti elementi fattuali inediti, le tante testimonianze (anche recenti) di protagonisti della vicenda foriere di rilevanti elementi di novità, gli studi seri e

rigorosi condotti sul Memoriale e le Lettere, tutto ciò non sollecita l'esigenza di nuovi approfondimenti?

Ma l'altro a cui faccio riferimento ha, in ultima istanza, una valenza antropologico-politica e filosofica: ha a che fare con la logica sacrificale di Girard. Originariamente, ogni ordinamento si fonda su un sacrificio. C'è un che di primitivo in questa fondazione sacrale-sacrificale. Con il cristianesimo, la necessità del sacrificio, che produce costanti coazioni ripetitive, viene superata, perché a sacrificarsi è Dio stesso, donando suo Figlio: il sacro si umanizza, l'umano si eleva a Dio. La scintilla di sacro, di infinito che è in ciascun essere umano viene finalmente affermata nella storia, quale dignità della persona incarnata (come incarnato è il Figlio). La scoperta "laica", ma che è un lascito del cristianesimo, che l'Infinito è nel Finito ci conduce ai principi costituzionali. L'origine del principio della sovranità popolare sta nella dignità morale e relazione della persona, che fonda la sua libertà: tale matrice cristiana, che incontra attraverso il cattolicesimo sociale istanze socialiste, comunitarie e solidali, popolari e partecipative, è all'origine, insieme al processo di formazione del principio della soggettività moderna, dell'affermazione del principio politico post-monarchico della sovranità popolare (Mortati *docet*). Ma il popolo può prendere il posto di Dio (o meglio del monarca per diritto divino) perché incorpora qualcosa della sua infinità immanentizzata, avendo alle spalle l'incarnazione del divino, che lo porta nel mondo. Del resto, già nella monarchia medievale e poi in forma sempre più razionalizzata con quella assoluta il popolo rappresenta un elemento essenziale del corpo politico, in simbiosi con quello del sovrano, cioè la continuità *ex parte populi* della sovranità, che unisce misticamente natura e storia. Con le rivoluzioni mo-

derne, il popolo da sostrato si fa soggetto, fonte.

Se, seguendo Girard, il cristianesimo rappresenta il superamento della logica sacrificale arcaica, ciò ha implicazioni tanto sulla comunità che si instaura quanto sulla natura dell'ultima vittima, che la sostiene. Il sacrificio (del Figlio) di Dio ci lascia con uno Spirito di comunità "solidale", che rende superflui i sacrifici per placare il Dio-giudice, perché si è fatto Dio-dono. La vittima, con la svolta cristiana, è esibita come innocente, *deve* essere innocente (differentemente dal paradigma precedente, quando la vittima era considerata colpevole, o comunque simbolo di colpevolezza). La forza del Cristo è la sua inermità, la sua innocenza (l'Agnello). Il "carismatismo" di Gesù sta nella sua apparente sconfitta, o perlomeno si combina con essa, che evidentemente non è incompatibile con la peculiare "salvezza" di cui è latore (mondana come comunità di Spirito, ultramondana in quanto legame con la trascendenza). Anzi, una regalità fragile, non di questo mondo, e una comunità salda perché fondata su un vincolo orizzontale (che implica però il mantenimento di uno sguardo sulla trascendenza, magari interna, traslata nello Spirito che si fa comunità), è il segreto della secolarizzazione moderna, cristiana e post-cristiana insieme.

Se la vittima "oltre la vittima" di Girard è innocente, invece Aldo Moro è stato presentato come vittima sì, ma in fondo "colpevole": riottoso al suo destino, preoccupato di salvarsi, fuori di sé. Semplicemente perché ribadiva ciò in cui aveva sempre creduto (il valore infinito della vita umana, la necessità di contemperare sempre le ragioni dello Stato e quelle umanitarie). Avendo, probabilmente, capito ciò che si muoveva nel retroscena (la lettura delle lettere e del Memoriale, documenti tragici e altissimi, lasciano questa netta sensazione). La consa-

pevole, cinica operazione di squalificazione del prigioniero, messa in atto dalle istituzioni di governo, oltre a lasciare attoniti, rappresenta una delle pagine più immonde della storia dell'Italia moderna.

Attualmente mi sto occupando di questi temi: un tentativo di interpretazione politico-filosofica complessiva degli ultimi cinquant'anni, cioè una genealogia dell'Italia del vincolo esterno, che provi a rispondere a un quesito a lungo sviato: com'è stato possibile arrivare al 1992/93, al drammatico attacco – tanto interno quanto esterno – al nostro Paese, ormai privi di risorse reattive, così che un intero sistema che sembrava inossidabile si è sciolto in poco tempo?

Evidentemente quel sistema politico-istituzionale era arrivato a dir poco sfiancato all'appuntamento con la svolta geopolitica fondamentale della seconda metà del secolo. Ma sfiancato da chi, o da cosa?

Un corpo politico realmente democratico, costituzionale non può essere stabilizzato su un sacrificio umano e su una menzogna. Sull'esibizione mostruosa di un innocente come colpevole, da immolare in quanto simbolo del potere e poi monumentalizzare rimuovendolo, perché quella ferita getterà sangue e farà marcire tutto. Moro, subdolamente, è stato presentato dalle Br come simbolo del potere imperialista delle multinazionali, ma in realtà è stato eliminato perché rappresentava una possibile declinazione alternativa – costituzionale, sociale e popolare – delle istituzioni occidentali. Pietro Scoppola, Gianni Baget Bozzo, Leonardo Sciascia avevano intuito, ognuno a suo modo, qualcosa, sottolineando come, nel caso Moro e nelle sue opacità, fosse in gioco un problema di identità etico-culturale, di tenuta antropologica del Paese. L'Italia sacrificando Moro ha sacrificato se stessa, chiudendo le opportunità che si erano aperte con l'occasione della Costituente.

Poiché abbiamo perso noi stessi, siamo arrivati senza risorse morali e civili all'appuntamento del 1992/93, è sembrato che non esistesse alternativa se non consegnarsi a un disciplinatore esterno, a un vincolo esterno assoluto, che ovviamente si è risolto in un fallimento epocale, dal punto di vista politico, economico e culturale. Non era difficile prevederlo: di solito, se ci si affida a un "garante" esterno, questo fa gli interessi propri; ma soprattutto, si perde il vincolo con se stessi e il senso della sua imprescindibilità, il patto costituzionale collettivo si sfalda, così come l'*ethos* nazionale-popolare che l'accompagna. Che tale opzione sia stata coltivata e imposta soprattutto da alcuni ex amici di Moro (come Beniamino Andreatta e Romano Prodi, ma in generale dai post-democristiani di sinistra e dai post-comunisti) è un ulteriore elemento di amara inquietudine e di triste ironia della storia. I postcomunisti, in particolare, non hanno esitato un attimo a recepire le sirene delle *élites* tecnocratiche italiane (tanto laiche quanto cattoliche), e a fare il loro sporco lavoro di condurre i ceti popolari e il mondo del lavoro al macello.

Un finto lavacro purificatore in nome dell'austerità, che ha reso il nostro Paese strutturalmente subalterno. Non era possibile affrontare diversamente, con altri mezzi e risorse, i nostri problemi, senza rinunciare a quel po' di autonomia della politica che eravamo riusciti a preservare e a difendere nel dopoguerra? La constatazione di un fatto evidente – l'opzione onerosa del vincolo esterno "assoluto", sostituto del vincolo interno "costituzionale", non ci ha migliorato affatto, anzi al contrario ci ha affossato – non dovrebbe condurre a una presa di coscienza, a un discorso aperto sulle cause, sulle origini lontane di tale deriva di lunga durata, e soprattutto non dovrebbe indurre a cercare, realisticamente, senza velleitari-

smi, ma con fermezza, di invertire la rotta per risalire la china?

Da un lato, quindi, abbiamo subito (insieme ad altri, ma forse in maniera più intensa) gli effetti delle politiche imposte sulla scia del Rapporto della Trilaterale del 1975, nel quale si sosteneva che la democrazia sta avendo troppo successo, suscita pretese eccessive, moltiplica le istanze di cambiamento: bisognava ridurre tale conflittualità, che rischiava di mettere in discussione definitivamente l'assetto mercatista del potere, occorreva comprimere l'effervescenza delle società occidentali post-boom, così come del mondo postcoloniale e non allineato, e per far questo era necessario produrre *apattia politica* (c'è da dire che ci sono riusciti benissimo, anche grazie al controllo dell'industria dell'intrattenimento, che nella sua attuale fase veicolata dalla grandi piattaforme, dai GAFAM, cioè dai vettori tecnologici del perbenismo travestito da finta trasgressione globalista e consumista, ha raggiunto il diapason dell'omologazione antiumana).

In più c'è la *nostra* crisi (pur connessa alle dinamiche internazionali e globali): quel percorso peculiare lungo il quale siamo diventati un Paese apatico, senz'anima. Per fortuna si percepiscono piccoli segnali di risveglio critico (anche nella magistratura). Occorre unire i punti, coltivare i contatti, continuare a produrre e approfondire analisi in controtendenza. In vista, quando sarà possibile, di un recupero praticabile di autonomia internazionale del Paese e di autonomia della politica, oltre che del rilancio di una cultura popolare di qualità, che è tutta da ricostruire, formare, elevare. Ma è chiaro che il problema di innalzare l'asticella riguarda tutti, anche, e in primis, la classe dirigente. Anzi, probabilmente, poiché un bel pezzo dell'attuale classe dirigente dovrebbe essere liquidata, è urgente più che mai trovare le vie per la formazione e

la selezione di una classe dirigente nuova, critica e alternativa, ma non velleitaria. È, anche, un problema di orizzonti spirituali. In un senso laico, innanzitutto. Molti giovani si sono resi perfettamente conto che c'è qualcosa che non va nella vita che viviamo, che si tratta di qualcosa di profondo, che non s'aggiusta con qualche aggiornamento. Hanno una domanda di "eccedenza" simbolica, politico-culturale, cercano una sorta di "trascendenza dall'interno": si tratta da un lato di tirarsi fuori da un pantano, con un sussulto, un coraggioso atto di forza su stessi (come il barone di Münchhausen che si solleva per il codino), ma dall'altro di rianimare quegli orizzonti etici e culturali, senza i quali difficilmente quello scarto potrà prodursi e soprattutto consolidarsi.

In fondo si tratta ancora, come sempre, di un problema teologico-politico in veste laica, che si ripropone alla fine di una lunga fase anti-teologico-politica, nel cono d'ombra della crisi del neoliberismo, che rischia di incattivirsi pericolosamente. Ma di fronte a un tempo apocalittico, cioè di disvelamento, ancora più nettamente emerge un dato cui ci siamo disabituati, ma che non dovremmo aver paura di evocare: c'è una spiritualità del politico così come una politicità dello spirituale; allo stesso modo, anche pensando ai problemi della giurisdizione, dovremmo leggerne la trama nelle ferite dello spirito. Cioè capire che la crisi – della democrazia rappresentativa come della giustizia – non è un problema tecnico, ma culturale.

GEMINELLO PRETEROSSI

IV. Il futuro: algoritmi e intelligenza artificiale

1. Indipendenza, imparzialità, ragionevolezza e razionalità artificiale

SOMMARIO: **1.** La condizione professionale di indipendenza. – **2.** La virtù personale dell'imparzialità. – **3.** La fatica logica della ragionevolezza. – **4.** Ragionamento giuridico e razionalità artificiale. – **4.1.** Per un uso non discriminatorio degli algoritmi. – **4.2.** Dialettica processuale e cripticità della razionalità artificiale.

1. La condizione professionale di indipendenza.

Indipendenza e *imparzialità* sono due condizioni indispensabili affinché un soggetto possa essere giudice, perché attengono all'essenza della sua attività.

Queste due condizioni richiedono che l'attività giudiziaria (e la rappresentazione che se ne ha dall'esterno) si svolga in contesto caratterizzato da specifiche garanzie e si risolvono, infine, in uno stato della mente del giudicante.

Le condizioni di indipendenza e di imparzialità del giudice sono a loro volta condizionate entrambe da una assenza. La prima richiede l'assenza di subordinazione (al governo e al potere esecutivo nonché a qualsiasi altra forma di influenza, anche all'interno della magistratura) e dovrebbe essere protetta dallo statuto della professione giudiziaria. La seconda richiede l'assenza di ogni pregiudizio e finisce per risolversi in una virtù personale. L'indipendenza è uno strumento per conseguire l'imparzialità: si può essere indipendenti ma non riuscire a essere imparziali; si può anche non essere formalmente indipendenti ma riuscire

egualmente in qualche modo (precario) a essere imparziali.

Nel contesto storico della età moderna, la condizione di indipendenza del giudice viene correlata alla *teoria della separazione dei poteri dello Stato* e viene considerata sia per il singolo giudice sia per il sistema delle istituzioni giudiziarie nel suo complesso¹. Significativamente la *Carta Universale del Giudice* regola l'indipendenza non tanto come un diritto del magistrato quanto come un obbligo suo e di tutti i consociati.

L'indipendenza dovrebbe essere assicurata dal corretto funzionamento del modello di rapporti regolato dalla Costituzione e dalle leggi sull'ordinamento giudiziario. Lo stesso legislatore non deve intervenire sulle decisioni giudiziarie (se non in casi come quelli dell'amnistia e dell'indulto) bloccando procedure giurisdizionali o ingerendosi nel lavoro di uno specifico giudice prima, durante o dopo la sua realizzazione. In par-

¹ Sul tema: G. GIOIA, *AI and Judicial Independence: At Times an Opaque Relationship*. Intervento al Congresso mondiale dei processualisti sul tema della “indipendenza del giudice” svoltosi a Lima (Perù) nel settembre del 2023, in corso di pubblicazione

ticolare, è evidente che, a garanzia della indipendenza della magistratura, il controllo e il giudizio disciplinare sui magistrati va demandato a loro stessi o comunque a organi nei quali la loro presenza sia preponderante. Anche il corporativismo giudiziario comporta dei rischi, ma (forse) più accettabili dei pericoli insiti in un controllo politico esplicito o mascherato.

I giudici sono subordinati soltanto alle leggi (art. 101 Cost.) e la loro indipendenza anche all'interno della organizzazione giudiziaria va salvaguardata con il rispetto del *principio del giudice naturale precostituito per legge*, ossia sulla base di criteri di assegnazione dei procedimenti ai magistrati che siano precostituiti rispetto al sorgere casi da decidere².

Allo stato, non paiono prefigurabili dirette conseguenze dell'utilizzo della intelligenza artificiale, nelle sua varie forme e graduazioni, sulla indipendenza della magistratura.

2. La virtù personale dell'imparzialità.

Il principio di imparzialità della giurisdizione “*ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo*” (Corte Cost. sent. nn. 326/1997 e 51/1998).

Ordinariamente l'idea della imparzialità come posizione nel giudizio rimanda alla idea della equanimità di un giudice che sia terzo rispetto alle posizioni fra loro conten-

denti. Tuttavia, questa condizione esprime soltanto una particolare concretizzazione di un principio di più ampio respiro che attua l'idea metodologica generale di imparzialità come non-parzialità: ossia l'atteggiamento di chi si mantiene aperto a tutti i possibili punti di vista e per questo non è vincolato a pre-giudizi.

Ovviamente non può trattarsi di una imparzialità assoluta perché il giudice è pur sempre vincolato all'applicazione dei dati normativi. Le disposizioni normative muovono da dei presupposti e perseguono degli obiettivi, quindi – come ogni espressione di volontà – nascono affette da parzialità perché mirano a *costruire* una particolare realtà. L'argomentazione non è libera ma condizionata dalla struttura del suo oggetto (e chi aspira a essere assolutamente imparziale deve dedicarsi alla filosofia o alle scienze non applicate, non al diritto).

Tuttavia, all'interno di questo suo contesto parziale l'argomentazione giuridica corretta deve seguire imparzialmente le linee regolative segnate dai contenuti normativi validamente posti dall'ordinamento giuridico.

Inoltre, la struttura del diritto – per la sua inclinazione alla universalizzazione – si protende oltre il gruppo che ne elabora i contenuti e tende a realizzare un qualche grado di imparzialità. La struttura logica del pensare in termini giuridici apre alla relazione e, quindi, alla inclusione (da intendersi almeno come non preclusione) di soggetti, valori, interessi nell'area del suo intervento.

Sia coloro che producono sia coloro che applicano le norme devono tendere a includere nelle premesse delle loro scelte le valutazioni di tutti gli interessi meritevoli di tutela, di tutti i soggetti coinvolti dal loro intervento. In questo modo perseguono empiricamente quel che il criterio della universalizzabilità delle scelte esprime in termini

² Drasticamente la quinta raccomandazione della Dichiarazione di Beirut statuisce che “*refraining from implementing judicial rulings by law enforcement officials is a crime the penalty of which shall be stiffened. Impeding the implementation of rulings shall be considered as refraining from the implementation.*” (*The Beirut Declaration*, Arab Conference on Justice 2003)

astratti: la classica regola aurea dell'etica normativa.

Solo la scelta imparziale e universalizzabile può valere per tutti coloro che si trovano nella stessa situazione. L'applicazione di questo canone richiede sforzi di *immaginazione logica* e di *immaginazione etica*, le quali si sviluppano con l'uso della capacità di assumere la prospettiva degli altri.

Il principio giuridico della imparzialità come posizione nel giudizio rimanda alla idea della equità di un giudice terzo rispetto alle posizioni fra loro contendenti. Ma, così espresso, esso è soltanto un aspetto del canone dal più ampio respiro imperniato sulla idea di imparzialità come non-parzialità. All'apertura a tutti i possibili punti di vista giovano altamente le corrette applicazioni del *principio del contraddittorio* e del *principio del giusto procedimento*.

L'utilizzo della intelligenza artificiale, nelle sue varie forme e graduazioni, può influire positivamente sulla imparzialità del giudicante perché può ampliare il novero dei dati e delle prospettive da utilizzare per la decisione.

Ma comporta anche il rischio di frenare, inibire, deviare o cristallizzare *l'immaginazione logica* e *l'immaginazione etica* che sono le sorgenti della imparzialità intesa nel suo senso più pregnante.

Soprattutto per quel che riguarda – come si dirà nel seguito – l'utilizzo della *ars distinguendi*.

3. La fatica logica della ragionevolezza.

La radice della parzialità risiede proprio nel non (tendere a) valutare tutti gli aspetti, tutti i profili e tutte le circostanze: si accoglie un principio e se ne tralasciano mille altri. Se si tiene conto di questo, risulta

del tutto evidente che cercare la soluzione di una questione con un semplicistico seguire la via mediana, senza valutare tutte le circostanze di fatto e di diritto, equivale a indirizzarsi verso un eccesso. Quando emergono incongruenze fra dati normativi diventa necessario disincagliarsi dalle posizioni fra loro contrastanti considerando che il contenuto di ogni è parziale se non viene connesso a tutto il sistema. Per non restare ingabbiati nella parzialità delle posizioni è sempre utile considerare le cose dall'altra parte, dal rovescio (anzi dai plurimi rovesci) della medaglia. Solo movendosi lungo i vari poli di interesse, seguendo le indicazioni che sorgono dalla specificità di ogni caso concreto si può concretizzare il *giusto mezzo* (nel senso di *giusto strumento*) della regolazione. È frequente che il giusto mezzo coincida con la mediazione e la moderazione ma, ne resta intrinsecamente distinguibile, tanto che, in alcuni casi, può persino identificarsi con quella che, a prima vista, sembrerebbe una posizione estrema³

La imparziale riconoscione dei dati normativi rilevanti per il caso da risolvere offre una serie iniziale di dati dei quali non si sono ancora esplorate le possibili combinazioni logiche (e che potrebbero risultare fra loro indipendenti oppure, all'estremo opposto, del tutto incompatibili).

La applicazione dei dati normativi deve tenere conto dei variabili pesi che – di caso in caso – i diversi principi assumono. Quando non riesce a ricavare dall'ordinamento giuridico tutte le premesse per un ragionamento che sappesi i dati normativi fra loro contrastanti, l'interprete deve impegnarsi nella ricerca di criteri di scelta tramite un

³ F. JULLIEN, *Un sage est sans idée*, Paris, 1998. Trad. it. M.Porro, *Il saggio è senza idee*, Torino, 2002.

giudizio che riflette attentamente sulle specificità del caso concreto. Il *canone della ragionevolezza* fornisce lo strumento logico necessario per il funzionamento del discorso giuridico. Alla imparziale cognizione delle istanze fra loro in conflitto segue la loro ponderazione e la loro armonizzazione che conduce alla deliberazione. Il caso concreto viene inquadrato nel contesto dell'insieme dei dati normativi: gli elementi caratterizzanti il fatto storico entrano fra le premesse per la determinazione della soluzione adottata, la quale proprio per questo non è acriticamente riproducibile per altri casi solo perché somiglianti⁴.

La ricerca della imparzialità e della ragionevolezza comporta senso di responsabilità e anche la pazienza di comunicare: «*l'idea di imparzialità conduce a quella di responsabilità: noi non dobbiamo soltanto prestare ascolto alle argomentazioni, ma abbiamo anche il dovere di rispondere, di replicare, laddove le nostre azioni toccano gli altri*»⁵.

4. Ragionamento giuridico e razionalità artificiale.

4.1. Per un uso non discriminatorio degli algoritmi.

L'*ars distinguendi* evita le disuguaglianze che derivano dalle erronee assimilazioni, ma il suo uso dipende dal livello di analisi al quale si colloca. Mediante la *dissociazio-*

ne delle nozioni fonda le argomentazioni giuridiche che risolvono le incompatibilità normative e quelle che affinano la scelta delle massime di esperienza per la ricostruzione dei fatti.

Gli algoritmi dalla razionalità artificiale si prestano a essere usati in vari ambiti di interesse per le decisioni giudiziarie, ma non risulta che, allo stato attuale del loro sviluppo, siano in grado di seguire percorsi che fuoriescano dalle direttive della logica formale per entrare nel campo della argomentazione.

In particolare, non aiutano a superare l'ambiguità esplicativa, che affligge l'uso delle informazioni statistiche concernenti classi di eventi⁶.

Per altro verso, la maggior parte dei *software* che li implementano sono coperti da brevetti appartenenti a aziende private, sicché la comprensione dei meccanismi del loro funzionamento è solo parziale e questo pregiudica le esigenze di trasparenza e di verificazione indipendente della qualità e affidabilità dei risultati da essi prodotti.

Si ritiene che correlazioni statistiche tratte dai dati personali possano rendere meglio prevedibili i comportamenti degli individui riconducendoli allo spettro di possibilità riassunte da un profilo riconducibile a una categoria generale. Ma può anche avvenire che i *big data* non si traducano in elaborazioni statistiche ma si risolvano nella raccolta di una massa di variegate informazioni concernenti lo stesso individuo.

In ogni caso, l'utilizzo di tecniche di combinazione algoritmica e statistica dei dati personali dell'indagato o della persona

⁴ A. COSTANZO, *Interpretazione e logica giudiziaria*, in B. Montanari (a cura di), *I luoghi della filosofia del diritto*, Torino, 117-145, 20.

⁵ K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), ed. it. Roma, 1977, II, 283.

⁶ A. COSTANZO, *Ars distinguendi, discriminazione e macchine intelligenti*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 3/2022, Supplemento 1, 41-49.

offesa e di informazioni raccolte sul luogo del crimine pone problemi di bilanciamento tra le esigenze di indagine e il rispetto di principi costituzionali e di norme processuali – che nell'ordinamento italiano riguardano specificamente gli artt. 187 cod. proc. pen. (oggetto della prova), 133 cod. pen. (determinazione della pena), la prognosi sulle esigenze cautelare, 220, comma 2, cod. proc. pen. (divieto di perizia personologica) e il rispetto del diritto alla riservatezza – dei quali si interessa la Direttiva europea n. 680/2016 per la circolazione tra paesi europei dei dati personali ai fini di giustizia.

Tenendo conto anche (ma non soltanto) di questi aspetti, il Consiglio d'Europa, tramite la propria Commissione per l'efficacia della giustizia (CEPEJ), il 4 dicembre 2018 ha adottato la *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi* che enuncia i seguenti principi: 1) *rispetto dei diritti fondamentali*; 2) *non discriminazione*; 3) *qualità e sicurezza*; 4) *trasparenza, imparzialità e correttezza*; 5) *garanzia del controllo umano*.

Nel documento esplicativo allegato alla *Carta etica* si precisa che «l'uso di algoritmi di intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari europei rimane principalmente un'iniziativa commerciale del settore privato, rivolta a compagnie assicurative, uffici e studi legali, avvocati e privati» e si osserva che l'utilizzo di tali algoritmi è utile «nel campo della giustizia civile, commerciale e amministrativa al fine di una risoluzione precontenziosa *online* delle controversie, purché un ricorso successivo al giudice rimanga possibile». Per i procedimenti penali, si avverte che anche se non sono specificamente progettati per essere discriminatori, gli algoritmi basati sull'intelligenza artificiale veicolano «il rischio di favorire la rinascita

di teorie deterministiche a scapito delle teorie dell'individualizzazione della pena».

Inoltre, l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vieta la profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base di specifiche categorie di dati personali.

Attualmente la fonte più estesa dei dati è internet, ma sono disponibili anche numerose banche-dati informatiche non necessariamente collegate alla rete.

I *big data* possono servire per giudizi retroduttivi o prognostici utili nella fase cautelare, nel giudizio e nella esecuzione della pena ma può ledere il diritto di difesa impedendo o rendendo difficoltoso per l'indagato o l'imputato contestare la veridicità delle informazioni utilizzate per il funzionamento degli algoritmi o la validità degli algoritmi stessi.

La Direttiva europea (considerando n. 27) valorizza l'uso una massa di informazioni esorbitanti rispetto a quelle tradizionalmente acquisibili: «nell'interesse della prevenzione, dell'indagine e del perseguimento dei reati, è necessario che le Autorità competenti trattino i dati personali raccolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di specifici reati al di là di tale contesto per sviluppare conoscenze delle attività criminali e mettere in collegamento i vari reati»⁷.

⁷ Viene così esplicitamente riconosciuta la tecnica di indagine definita *Criminal Analytics* che consente di elaborare sistemi di polizia predittiva che forniscono concreti utili apporti pratici ma può confliggere con le esigenze di tutela della riservatezza (per la mole di dati personali raccolti), e con il divieto di discriminazione (se i fattori di pericolosità vengono connessi a caratteristiche etniche, o religiose o sociali). Inoltre, può produrre degli effetti disfunzionali agli stessi fini mirati perché i suoi sistemi si autoalimentano coi dati prodotti dal loro stesso utilizzo. Per questa via possono innescarsi circoli viziosi: per esempio, se i controlli e i pattugliamenti della polizia si intensificano nelle zone in cui si prevede maggiore probabilità di commissione dei reati, cresce

Allo sviluppo delle indagini con metodi algoritmici affidati alle macchine il Pubblico ministero è autorizzato dall'art. 358 cod. proc. pen. per forme di investigazioni atipiche (cioè non riconducibili nel Titolo V del Libro V) utilizzando l'aggettivo indefinito «ogni» per qualificare l'attività di indagine. Tuttavia, gli art. 357 e 391-sexies, cod. proc. pen. richiedono che l'attività della Polizia giudiziaria sia documentata relativamente a «tutte le attività svolte, comprese quelle dirette alla individuazione delle fonti di prova». In particolare, l'art. 360 cod. proc. pen., richiede che l'indagato sia messo in grado di intervenire con i suoi difensori nel caso di accertamenti tecnici non ripetibili.

Avviatosi un procedimento penale, per l'essenziale contraddittorio sulla prova non basta la disponibilità, da parte della difesa, del manuale d'uso del software e dei dati personali dell'imputato. Infatti: gli algoritmi di funzionamento, nella traduzione digitale della teoria scientifica di base, potrebbero aver codificato un processo diverso da quello teorizzato; la conoscenza del codice sorgente offre un indice del modo in cui il sistema è costruito, ma non necessariamente esplicita direttamente il modo in cui esso funziona; se il computo si basa su meccanismi di autoapprendimento, che portano il software a ricavare le regole non da un diagramma impostato dall'esperto ma dall'immagazzinamento di grandi quantità di dati che gli vengono somministrati, lo stesso progettatore del software potrebbe non

essere in grado di spiegare compiutamente e, quindi, di giustificare, gli *output* del modello utilizzato, sicché risulterebbe ardua la validazione *ex post* del percorso che ha generato il dato che si intende utilizzare come prova. Questa situazione si traduce, allo stato, in una violazione della parità di condizioni che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si realizza se è inibita la possibilità concreta di contestare e criticare le prove contrarie.

Pertanto, occorre delimitare la rilevanza probatoria dei risultati degli algoritmi che, per questa ragione, vanno sottoposti ai canoni prescritti dalle norme processuali rispetto alle prove indiziarie.

L'art. 22 del regolamento 2016/679/UE, il cui contenuto è sostanzialmente riprodotto dall'art. 11 della direttiva 2016/680/UE richiede che i provvedimenti siano emessi con coinvolgimento umano nell'itinerario della decisione: a questo scopo «il titolare del trattamento deve garantire che qualsiasi controllo della decisione sia significativo e non costituisca un semplice gesto simbolico. Il controllo dovrebbe essere effettuato da una persona che dispone dell'autorità e della competenza per modificare la decisione (...) e prendere in considerazione tutti i dati pertinenti».

Ma è insufficiente un semplice controllo umano sull'*output* prodotto dal *software* anche per la necessità di applicare il canone di cui all'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., alla stregua del quale le risultanze derivanti dall'algoritmo andrebbero intese, in ogni caso, come meri indizi, che necessiterebbero di riscontri e di conferme da rinvenirsi negli ulteriori elementi di prova già raccolti nel processo.

Per evitare che nel processo si arrivi a discutere su informazioni offerte da macchine più o meno intelligenti ma non sorrette da adeguata validazione scientifica, sarebbe

il tasso di rilevazione dei reati in quelle zone e questo alimenta l'opinione circa la loro pericolosità, ma, per un meccanismo opposto, altre zone rischiano di rimanere o di diventare zone franche per la commissione di reati. In ogni caso l'uso di tali sistemi serve alla prevenzione dei reati attraverso l'intervento attivo della polizia ma non persegue la riduzione del crimine con il contrasto dei fattori criminogeni.

preferibile avvalersi preliminarmente del filtro indicato dall'art. 189 cod. proc. pen. (che riguarda le *prove atipiche o innominate*, escluse dal codice precedenti): «Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Questo principio dettato espressamente per i processi penali può valere per tutte le procedure giudiziarie e amministrative.

I sistemi di razionalità artificiale possono essere discriminatori non soltanto per i pregiudizi incorporati nei dati utilizzati ma anche per i pregiudizi metodologici dei loro progettisti.

Inoltre, possono essere affetti da errori tecnici di funzionamento materiale o di altro genere non escludibili *a priori* e che devono attivare, in una qualche sua graduazione, il principio di precauzione.

La loro segretezza ostacola la verificabilità e la sottoposizione al controllo della comunità scientifica. Pertanto, l'utilizzo di un *software* in giudizio non dovrebbe ammettersi senza la previa valutazione della sua idoneità: gli algoritmi devono essere pubblici perché i metodi utilizzati per sviluppare inferenze non possono essere criptati e brevettati, come non lo sono gli argomenti che si spendono nei processi.

Ulteriori cautele si richiedono se si considera la possibilità, che alcuni sistemi sembrano avere, di individuare autonomamente caratteri distintivi suscettibili di generare (secondo quale *ratio*?) nuove classi di selezione e raggruppamento di informazioni. In realtà, i rischi più gravi che i sistemi di razionalità artificiale presentano sono quelli connessi alle opzioni metodologiche che essi veicolano e che possono concorrere a

produrre forme di non-discriminazione nel senso, negativo, di non-discriminamento.

Quel che è essenziale considerare è che per il giudizio risulta inadeguato e fuorviante un utilizzo indiscriminato di *probabilità statistiche*.

Nella logica giudiziale gli algoritmi elaborati dalla razionalità artificiale possono aggiungersi ma non sostituirsi ai metodi inferenziali ordinari considerati dall'art. 192, comma 1, cod. proc. pen.; anzi, devono essere ricondotti nel loro alveo logico. In particolare, i criteri di valutazione della prova indiziaria sono plurimi e indeterminati per cui, specialmente in un processo indiziario, sarebbe impossibile per un algoritmo stabilire se alcuni indizi possano essere considerati «gravi, precisi e concordanti» *ex art. art. 192, comma 2, cod. proc. pen.*

Soprattutto non pare che, allo stato attuale di sviluppo dell'intelligenza artificiale, un algoritmo possa comprendere la regola di giudizio fissata dall'art. 533, comma 1, cod. proc. pen. e basata sul principio per il quale per condannare occorre una prova che vada «oltre ogni ragionevole dubbio»: la elaborazione statistica dei dati per sua struttura non può affrontare la soglia del ragionevole dubbio.

In generale, le elaborazioni statistiche si fondano su generalizzazioni tratte da una base empirica che, quand'anche estesa, costituisce soltanto una parte del tutto. Inoltre, esse sono connesse al contesto di riferimento e una legge statistica – proprio perché ammette eccezioni – non giustifica compiutamente un giudizio di necessità causale, neppure se afferma una elevata probabilità statistica perché la probabilità che rileva nel processo è la *probabilità logica* ossia la *provabilità degli eventi*.

In particolare, quando si deve valutare quale sia il grado di probabilità di un singolo evento sorge il problema *dell'ambi-*

guità esplicativa, che concerne l'uso delle informazioni statistiche concernenti classi di eventi. Può accadere che si profilino due spiegazioni statistico-induttive entrambe legittime, con premesse che possono essere entrambe vere), di due eventi tra loro incompatibili: per una spiegazione probabilistica con *explanans* vero che conferisce la quasi-certezza di un particolare evento, ci sarà spesso un argomento concorrente, avente la stessa forma probabilistica e con premesse egualmente vere, che rende comunque probabile la non evenienza dell'evento medesimo⁸.

4.2. Dialettica processuale e cripticità della razionalità artificiale.

Ogni strumento che fornisce informazioni e ne agevola la organizzazione è un arricchimento ma, al contempo, può ridurre l'attenzione verso le specificità dei casi concreti e quindi può essere fonte di discriminazioni e, comunque, di acrisia.

Esiste un interesse giuridicamente rilevante a conoscere la logica dello strumento informatico utilizzato. A questo scopo può non essere indispensabile la piena ostensione dell'algoritmo utilizzato, ma necessita almeno poter conoscere come e quali dati circolano tramite l'appartato tecnologico e le sue utilizzazioni.

Inoltre, risulta che parte della logica che governa i processi automatizzati nei sistemi elettronici non è traducibile in linguaggi proposizionali e che alcune logiche *auto-prodotte* dell'intelligenza artificiale non sa-

rebbero al momento comprensibili mediante gli ordinari modelli comunicativi.

Se le cose stanno davvero così, allora il diritto deve irreggimentare massimamente il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale perché, a queste condizioni, essi non sono utilizzabili nei processi.

In definitiva, non può dimenticarsi che alla base del ragionamento statistico sta la logica induttiva che è indispensabile per la conoscenza, sia nelle forme della comune esperienza che in quelle della ricerca scientifica, ma veicola nella sua struttura il germe della fallacia logica.

La dialettica processuale, che affina l'*ars distinguendi*, serve anche a svolgere una funzione antidiscriminatoria perché l'ostenzione delle ragioni è un antidoto alla cripticità di molti ragionamenti (le discriminazioni esplicite non sono più insidiose di quelle che rimangono implicite o latenti)⁹.

Mentre nel caso della polizia predittiva e preventiva l'utilizzo delle *macchine intelligenti* sembra offrire più vantaggi che svantaggi (purché non incentivi pigrizia nell'uso della ragione umana) cautele maggiori si impongono nella fase delle indagini per il rischio di inquinare logicamente le prove acquisibili, fornendo dati indiziari, a volte ambigui, da vagliare attentamente per evitare di inserire nel ragionamento argomenti che possono rivelarsi fuorvianti.

Invece, per quanto prima considerato, non pare che – allo stato attuale dell'arte che le produce – le cosiddette *macchine*

⁸ Per una analitica esposizione del problema della spiegazione degli eventi singoli: F. CONIGLIO, *Introduzione alla filosofia della scienza. Un approccio storico*, Bonanno, 2004, 291-313.

⁹ Su questi temi, fra gli altri: F. FALATO, *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *Archivio penale*, 2, 2020, 2-30; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2020, 74-87 (ivi bibl.); P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 10 marzo 2020, 1-18.

intelligenti possano fornire apporti significativi per sviluppare il ragionamento probatorio nel processo (soprattutto nel processo penale); non tali, comunque, da bilanciare i vari rischi che esse producono.

Questo non significa escludere una loro utilità, ma suggerisce di attendere che la cultura che le accompagna si evolva sino a raggiungere livelli adeguati a un uso sociale e giuridico in cui i vantaggi prevalgano sulle controindicazioni.

Invece, sotto altro versante, sarebbe utile affinare il ricorso a *sistemi esperti* – quelli che operano secondo una logica pienamente controllata da coloro che li progettano e da chi (studiando e aggiornandosi) si mette in grado di comprenderli – che potrebbero

essere proficuamente utilizzati per una verifica della correttezza logica di alcune delle argomentazioni che riguardano la prova dei fatti, individuando fallacie formali nel ragionamento e, anzitutto, le sue illogicità deduttive manifeste.

A tal fine, però, si richiede una purificazione del linguaggio con cui vengono espresse le argomentazioni probatorie in modo da curarne adeguatamente la forma logica e renderle trattabili dai programmi che utilizzano *sistemi logici esperti*. Anche questo comporta una evoluzione culturale nella formazione dei giuristi.

ANGELO COSTANZO

2. Il potere nell'intelligenza artificiale

In questo intervento vorrei prendere in esame alcune caratteristiche dell'intelligenza artificiale generativa.

David Landes nel Prometeo Liberato scrive che «*le innovazioni tecnologiche non sono tutto*», considerazione fors'anche banale ma da tenere sempre presente.

Nella Londra della fine del '700 le persone avevano altro a cui pensare quando si alzavano, e certamente in pochi rivolgevano le loro attenzioni alla macchina a vapore. Eppure quella macchina avrebbe cambiato la loro esistenza, le vite di tutti e molto del resto.

Ecco, oggi dovremmo sentirci come nella Londra della fine del Settecento, o forse nella Parigi di metà Ottocento in cui viveva e scriveva Baudelaire. In un anno molte cose sono cambiate.

La possibilità di costruire un modello di linguaggio di grandi dimensioni come GPT o LLAMA o Gemini è nelle mani di pochissime aziende e di pochi Stati nazionali. Un grande potere in pochissime mani.

L'Italia ha appena deciso, nella sua Strategia nazionale, appena pubblicata dall'AGID che costruirà tre modelli di AI generativa. Vedremo tempi e risultati, vedremo la disponibilità delle risorse, ma potrebbe essere un'ottima notizia che esista un'AI nazionale e non solo delle grandi aziende private.

L'AI è come ogni altra tecnologia?

La risposta credo debba essere semplice: no.

Forse non è nemmeno una tecnologia, sebbene sia costruita e basata su diverse tecnologie: reti neurali, microprocessori, processi di training, layout.

Non è un arto artificiale, non è uno strumento che velocizza calcoli ed elenchi.

Non è una pala meccanica, non è un supercomputer.

Non è una protesi.

Non lo è perché lavora sulla conoscenza, su un tipo di comprensione inedita del linguaggio, differente da quella degli umani e soprattutto sulla creazione di linguaggio.

In ogni caso molti affermano che abbiamo di fronte una macchina non realmente intelligente e nemmeno completamente artificiale. Punto di vista condivisibile in tutto, purché non esaurisca il discorso intorno all'intelligenza artificiale generativa, alle sue prospettive.

Se ci limitiamo a queste considerazioni, come già sottolineato del tutto condivisibili, scattiamo una semplice fotografia del presente. E quando dico presente parlo della primavera del 2024.

Cosa succederà quando arriverà GPT 5?

Cosa accadrà quando le AI text to video, cioè che con una semplice descrizione testuale producono filmati, saranno disponibili e molto efficaci?

In questo momento storico dobbiamo essere consapevoli della crescita esponenziale dell'artificiale nelle nostre esistenze.

Peraltro l'intelligenza artificiale è da tempo nelle nostre vite.

Pensiamo agli algoritmi dei motori di ricerca, dei social network, dei dispositivi che ci guidano nel traffico, a quelli di raccomandazione di contenuti delle piattaforme di streaming o a quelli di raccomandazioni di merci.

Le macchine fanno cose, spediscono merci, guidano automobili, ordinano con-

tenuti e da poco più di un anno e mezzo creano linguaggio, creano testo, immagini in movimento.

Eppure gli algoritmi che ordinano e consigliano sono diversi dalle macchine che creano linguaggio.

Questa crescita è esponenziale, come sostiene Azeem Azhar, membro dell'Harvard Business School, fellow a Oxford, ed ex consulente McKinsey.

Un avanzamento non lineare, che accelera in modo esponenziale a causa dell'innovazione continua e del miglioramento delle capacità tecnologiche.

Un ritmo che auto-accelera.

L'esempio classico è la legge di Moore: che prevede il raddoppio della potenza di calcolo dei computer ogni due anni circa, a parità di costo.

L'intelligenza artificiale generativa rientra in una simile prospettiva di crescita.

E questa dinamica produce un'asimmetria complicata da gestire, tra velocità dell'innovazione e velocità della comprensione, tra tempo della regolamentazione e della possibile mitigazione dei rischi.

Una frenesia che non si sposa col nostro bisogno di capire, di fare i conti con quanto sta accadendo.

Qui c'è un primo tema che vorrei affrontare, ed è quello di una tecnologia che non è completamente spiegabile.

Quando la macchina crea un contenuto non si sa – fino in fondo – cosa accada nelle reti neurali che stanno alla base dell'AI generativa.

Un complesso meccanismo di trasformazione non lineare e gerarchica dei dati, avviene nei cosiddetti "strati nascosti" della rete neurale, ed è un meccanismo che non si svela a causa della sua intrinseca complessità, della non linearità, delle grandezze in gioco, quindi dall'elevata dimensionalità, nonché della capacità di astrazione e di generalizzazione.

Nemmeno i creatori dei modelli di linguaggio di grandi dimensioni conoscono questi meccanismi che si producono all'interno delle reti neurali.

Sam Altman, creatore di Chat GPT e fondatore di OpenAI: *«questa è la cosa inquietante delle reti neurali: non hai idea di cosa stiano facendo e loro non possono dirtelo».*

Anche gli ingegneri che hanno sviluppato l'AI generativo conoscono l'input e osservano l'output, ma mancano solidi elementi di comprensione per molto di quel che accade nel mezzo. E cioè nel momento in cui la macchina crea il linguaggio.

Dario Amodei, CEO di Anthropic, ammette che un'intelligenza artificiale *«non si organizza per essere vista dagli umani, più di quanto le cellule del nostro corpo o il cervello umano siano progettati per essere analizzati da noi, con i microscopi. Si sono evoluti per funzionare, non necessariamente per essere comprensibili».*

E sempre Amodei aggiunge: *«non puoi capire cosa possono effettivamente fare i modelli di intelligenza artificiale all'avanguardia, a meno che non sia tu stesso a creare modelli potenti, da solo».*

Il postulato di Amodei ha come corollario che solo un costruttore di intelligenze artificiali può avventurarsi a fare previsioni. La sua azienda, nella pagina dedicata alla sicurezza nel sito aziendale, aggiunge: *«nessuno sa come addestrare sistemi di intelligenza artificiale molto potenti affinché siano solidamente utili, onesti e innocui».*

Dovremmo ammettere che il *divario prometeico*, così definito dal filosofo Gunther Anders, vada allargandosi sempre più.

Assistiamo a un crescente scollamento tra la nostra capacità tecnologica di creare e controllare tecnologie e la nostra capacità di comprenderne e gestirne le conseguenze. Un divario etico, epistemologico.

Questa inspiegabilità fonda una cosa che potremmo ipotizzare come un'autonomia

della macchina del tutto basica, ma comunque un'autonomia.

Se non sappiamo come produca, come crei, significa che la macchina fa da sé, crea da sé.

La macchina trova una sua strada per fornire un output.

Tutto ciò prescinde dalla sequenza lineare input-output. Tra l'ingresso dei dati e l'uscita dei dati esiste un passaggio intermedio che – al momento – non comprendiamo.

Sostanzialmente cadono due presupposti importanti: la spiegabilità e la prevedibilità.

Ritengo, soprattutto per un magistrato, sia necessario indagare il processo che si determina all'interno di una macchina, per capire di chi sia la responsabilità di quanto accade. Per indagare il nesso di causalità tra un input e il corrispondente output.

Un'altra considerazione. L'AI non è una tecnologia perché crea linguaggio e il linguaggio crea la realtà.

Noi modelliamo, creiamo, tecnologia e però la tecnologia modella, ricrea, noi altri.

E ri-crea noi altri come individui e come società.

I social network, che rappresentano una tecnologia molto semplice e meno dirompente dell'AI, hanno già stravolto il dibattito pubblico e mostrato come si possano manipolare le elezioni di grandi democrazie.

Oggi, grazie all'AI generativa, siamo arrivati a un costo marginale di produzione dei contenuti pari allo zero, il che significa che chiunque può inondare le società, gli Stati nazionali, le democrazie di contenuti malevoli, manipolatori su larga scala.

Il pericolo dell'AI potrebbe essere il pericolo di chi utilizza l'AI, senza arrivare a una visione apocalittica, alla Terminator.

Chiudo con una considerazione.

La macchina è stupida. Lo ripetiamo e forse è corretto dirlo. Sebbene Geoff Hinton che ha inventato l'AI moderna, dica che

il modo in cui i modelli di linguaggio comprendono è un diverso modo di comprendere, di interpretare.

La macchina può essere stupida ma la relazione con l'essere umano può qualificarla in altro modo.

Nel momento in cui la persona si relaziona con un bot conversazionale, che magari ha le fattezze di un umano in una videocall, potrebbe attribuire alla macchina la qualifica di intelligente, anche se la macchina intelligente non è.

Tra l'essere umano e la macchina conta la relazione che si instaura.

E la relazione tra un individuo e una macchina è una relazione per così dire intima, segreta. Che prende corpo all'interno di una conversazione, di una chat.

L'uomo e la macchina dialogano in uno spazio tutto loro.

Questa condizione assottiglia la distanza tra il soggetto e la cosa, fino a renderla irrisoria. Una camera di eco, una bolla di filtraggio per usare la terminologia di Eli Pariser, in cui potrebbe presto risuonare una sola voce.

Ecco, nella cornice di questa relazione possono prodursi degli effetti sui pensieri e sui comportamenti.

Anzi potremmo cominciare a ipotizzare la nascita di una nuova modalità di creazione delle idee. Per utilizzare un prefisso molto caro alle aziende tecnologiche americane che parlano dell'AI come di un copilota, potremmo ipotizzare che siamo di fronte alla nascita del co-pensiero. Questa è la nostra Londra della fine del 700. Per riprendere Landes, «*le innovazioni tecnologiche non sono tutto*» ma potrebbero essere già molto per noi.

NICOLA ZAMPERINI

3. Intelligenza artificiale e digitalizzazione fra Costituzione, amministrazione e giustizia*

Soltanto il sapere che esita conta.

Questo è ciò che, più di ogni altra cosa, manca al computer: l'esitazione.

ELIAS CANETTI, *Un regno di matite*

I libri, un tempo autorevoli, hanno smesso sempre più di essere lettere agli amici, e non si trovano più sui tavoli da lavoro e sui comodini dei loro lettori ma sono caduti nell'atemporalità degli archivi: perciò il movimento umanistico ha perso buona parte dello slancio di un tempo. Sempre più raramente gli archivisti discendono alle antichità testuali per cercare definizioni più vecchie di voci moderne. Forse accade di quando in quando che in tali ricerche, nei morti scantinati della cultura, i documenti che da lungo tempo non vengono più letti inizino a risplendere come se lontani lampi rilucessero sopra di loro.

PETER SLOTERDIJK, *Regole per il parco umano*

SOMMARIO: **Parte I.** Principi e regole nell'IA. La necessità di mettere a fuoco dei principi per governare il nuovo potere informatico. – **1.** Una premessa su principi e regole. – **2.** L'essenza del nuovo potere informatico. – **3.** Il ruolo dell'amministrazione. – **4.** I valori ai quali ispirare organizzazione ed attività amministrativa e le prospettive della progettazione giuridica. – **5.** Una nuova norma costituzionale per principi. – **Parte II.** Le varie dimensioni dell'IA. – **6.** Implicazioni filosofiche del tema. – **7.** Le caratteristiche dell'era antropomorfica della tecnica: effetti sulla società e l'economia. – **8.** Le architetture politico-istituzionali. – **9.** Conoscenza, dolore, giudizio. – **10.** Costituzionalismo ed I.A. – **11.** Amministrazione e giustizia.

* La presente relazione è la rielaborazione di molteplici interventi effettuati dall'autore sul tema per l'Associazione Bachelet "Giustizia e Intelligenza artificiale" del 2018, per Giustizia Insieme "La magistratura e l'indipendenza" del 2024 (visionabili su Radio Radicale) e per un convegno di formazione dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato tenutosi nel maggio del 2021 in piena pandemia, alla presenza dell'indimenticabile Presidente Franco Frattini al quale questo studio è dedicato.

Parte I Principi e regole nell'IA. La necessità di mettere a fuoco dei principi per governare il nuovo potere informatico.

1. Una premessa su principi e regole.

La forma del diritto nell'età post-moderna non è circoscrivibile alla fattispecie.

La fattispecie è in crisi, come ha notato Natalino Irti.

Il diritto costituzionale moderno, incentrato sui diritti fondamentali, è costruito per principi.

Le regole sono poste dalla legislazione ordinaria ed ambiscono ad essere una disciplina esclusiva di ogni caso.

La prevedibilità – weberiana – del diritto è data tuttavia pur sempre dall'intelaiatura di regole che lo costituiscono.

La Costituzione essendo formulata per principi e contenendo anche regole puntuali dalle quali possono ricavarsi altri principi, ha arricchito lo strumentario a disposizione del giurista proprio con i principi, immediatamente giustiziabili, per la scomparsa della nota distinzione fra norme programmatiche e norme precettive della Carta fondamentale.

I principi sono definibili inoltre non solo in base alla costituzione e non solamente in virtù di disciplina expressa, potendosene ipotizzare una vigenza implicita (il principio di uguaglianza è espresso dall'art. 3 Cost., la regola di ragionevolezza nell'uso

del potere è implicita nello stesso articolo) ma anche in base a regole dell'ordinamento giuridico, quali principi generali del medesimo anche essi vigenti talvolta in forma implicita.

I principi poi recepiscono valori, ossia sistemi di preferenze intersoggettive.

Lo scivolamento verso l'indeterminato è inevitabile nella costruzione del diritto per principi tanto che essa viene talvolta associata ad una sorta di neo-giusnaturalismo.

Nei processi di informatizzazione è evidente un aperto giuoco, un campo problematico, se non conflittuale, fra valori umanistici posti a tutela della persona umana e ricavabili sin d'ora dai testi costituzionali (dal patrimonio costituzionale europeo si potrebbe dire) e legislativi (emergenti dal diritto vivente) e regole delle nuove organizzazioni dei poteri privati e pubblici in forma digitale(emergenti dalla natura delle cose, dallo stesso sviluppo tecnologico, dalla contrattualistica e dalla lex mercatoria).

Anche la rivoluzione informatica si gioca nel tradizionale rapporto fra principi e regole.

2. L'essenza del nuovo potere informatico.

È stato detto con efficacia che esso consiste nell'enunciare la verità, si traduce in una nuova aletheia algoritmica: il potere di dire, con sempre maggiore pervasività immediatezza e precisione, lo stato teoricamente esatto delle cose.

Una tecnologia dell'integrale che assiste l'uomo in ogni attività con effetto disciplinatore e con una stimolazione artificiale ed ininterrotta del reale.

Un'istanza di orientamento, attimo per attimo, della vita, una mano invisibile automatizzata.

Una tecnologia suggestiva che può diventare ingiuntiva e coercitiva.

Essa è basata sull'idea di un uomo aumentato da una mente più rapida efficace ed affidabile di quella naturale.

Sull'idea di una frammentazione specialistica estrema ; l'uomo potrà affinare le sue capacità solo in associazione a macchine capace di svolgere meglio compiti sempre più specifici.

Sull'idea, in ultimo, di un'autonomizzazione dell'attività della macchina capace di sviluppare azioni in modo indipendente e trascendente .

A questi sviluppi si collegano, al contempo, prospettive di crisi (se non di estinzione) del politico e visioni di controllo integrale della società in base a criteri essenzialmente utilitaristici.

Tecno-scienza e tecno-economia, neoliberismo estremista e prospettive evolutive dell'intelligenza artificiale si prospettano come intrecciate in un destino che mette a rischio la capacità dell'uomo di decidere liberamente della propria vita.

I temi e le prospettive differenziano coloro i quali puntano su una intelligenza artificiale di tipo generale (che pone problemi politici di tenuta della democrazia e di inedita relazione fra sapere e potere) e coloro i quali ritengono che vi siano ora e forse per sempre divari incolmabili fra i linguaggi che non potranno condurre a questo approdo analogo alla Teoria del Tutto in fisica.

Vi sono anche discussioni sul rapporto fra diritto privato e diritto pubblico in questa sfera ritenendosi da parte dei più che l'evoluzione tecnologica possa essere favorita dall'esistenza di tutele brevettuali e da parte di altri che invece si sia di fronte ad un settore che necessita di ricerca di base e di nuovi investimenti pubblici (nella direzione di un rafforzamento della competitività europea su queste direttrici).

Il tema dell'open source è al centro di queste tensioni (con le relative trasformazioni del mercato editoriale ad es. della sagistica e della poesia).

3. Il ruolo dell'amministrazione.

L'amministrazione può essere sia fattore di oppressione che di liberazione in questo quadro.

È un attore del processo che ne massimizza i pericoli potendo nel contempo, se rettamente utilizzata, anche garantire la permanenza dell'umanesimo e dei principi costituzionali di una società decente.

L'intelligenza artificiale è un problema di diritto amministrativo, ben noto alla giurisprudenza amministrativa, e sulla base di tali acquisizioni, si dovrebbe tentare un esercizio di ri-scrittura dell'art. 97 Cost. portando il problema al livello costituzionale che gli spetta in modo che l'amministrazione possa orientare la sua azione, nella direttiva del digitale, al rispetto della dignità umana ed alla massimizzazione della trasparenza (evitando di squilibrare i poteri a favore dell'esecutivo con un eccesso di concetratazione del dominio sull'AI negli apparati dello Stato connotati da segreto che certo se ne devono avvalere ma in un sistema che non conferisce a tale evenienza una centralità non emendabile come purtroppo può avvenire specie in tempi di conflitti bellici).

Si dovrebbe anche, in termini procedurali, esprimere una regola costituzionale di azione, da calarsi nella legislazione ordinaria, capace di assicurare il controllo sociale ed il monitoraggio costante dei processi di intelligenza artificiale e di garantire conoscenza agli organi democratico costituzio-

nali sugli impatti sociali e giuridici dei medesimi processi.

In questa articolazione sintetica di proposte è già visibile, esemplificativamente, una distinzione fra livello dei principi e livello delle regole che deve essere mantenuta ben presente nella futura progettazione giuridica del nuovo diritto amministrativo digitale.

Non convincono in particolare prospettive ricostruttive incentrate solo sulla consueta grammatica dei diritti fondamentali e che si propongano di risolvere tutto costruendo nuovi diritti e nuove forme di tutela , magari essenzialmente al fine di salvaguardare la vita privata ossia l'ormai impossibile sopravvivenza dell'utopia dell'uomo liberale e solitario, geloso custode della propria privacy (problema indubbiamente esistente ma marginale rispetto alle prospettive di trasformazione integrale delle tecniche di controllo sociale indotte dall'intelligenza artificiale).

I campi strategici nei quali sarà essenziale avere un elevato livello di affidabilità sono il nucleare, l'aviazione, il controllo della catena alimentare, ma anche la sanità, la giustizia e la scuola tutti settori dell'amministrazione nei quali sarà essenziale programmare e controllare adeguatamente l'uso di tali tecniche.

4. I valori ai quali ispirare organizzazione ed attività amministrativa e le prospettive della progettazione giuridica.

Si tratta di valori etici ricavabili già dalla documentazione comunitaria disponibile sul tema (per esempio dalle Guide Lines stese dal gruppo di esperti ad alto livello nominato dalla Commissione europea) e

che possono declinarsi nel senso di rispetto dell'autonomia della persona umana, prevenzione del danno da A.I., giustizia ed equità nell'uso dell'A.I. , trasparenza dei criteri della decisione algoritmica.

Va ricordato che, di recente, un'importante sentenza del Consiglio di Stato (Cds VI 2270 del 2019, seguita poi da altre tanto che si può seguire una "saga" giurisprudenziale in tema decisione amministrativa algoritmica) in tema di uso degli algoritmi nelle procedure di mobilità scolastica, indotte dall'applicazione della riforma sulla c.d. Buona Scuola , ha ricostruito il quadro dei principi applicabili , anche ricavabili dalla legge n. 241 del 1990, principi non certo derogabili per il fatto che l'amministrazione faccia ricorso al modulo organizzativo della decisione algoritmica.

Si tratta di valori e principi, già in buona parte desumibili dal quadro normativo esistente, volti a rendere umano-centrica l'Intelligenza Artificiale e, per quanto qui interessa, il suo uso da parte delle pubbliche amministrazioni (ivi comprese le società in mano pubblica) che deve condurre ad una A.I. "affidabile" .

Una A.I. affidabile non deve essere solo completamente conforme alla legge esistente ma comporta anche la costruzione di una progettazione giuridica specifica.

È infatti evidente che il codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005) non è sufficiente allo scopo avendo lo scopo di costruire una cittadinanza digitale intesa come insieme dei diritti di cittadinanza digitale fra cui occorre ricordare i diritti all'identità e al domicilio digitale, alla fruizione di servizi pubblici online e mobile oriented, a partecipare effettivamente al procedimento amministrativo per via elettronica e a effettuare pagamenti online, tutte posizioni giuridiche riconducibili a figure già esistenti nel nostro ordinamento e

riviste per adattarle alle nuove tecniche informatiche ma non decisive per contrastare l'eventualità della nascita di una società del massimo controllo.

La riforma del codice dell'amministrazione digitale potrebbe incentrarsi sulla costituzione di un'autorità indipendente capace di seguire i processi produttivi e di innovazione tecnologica nel campo dell'IA, unitamente ai Ministeri di settore, nei quali comunque andrebbero costituiti appositi comitati tecnici e organi di programmazione.

L'Autorità avrebbe il compito di seguire le dinamiche di mercato i comitati tecnici di settore di elaborare le politiche di uso pubblico dell'A.I.

Il mercato è il motore della trasformazione ma i processi che in esso si svolgono andranno attentamente seguiti.

In una prima fase occorrerà rivolgersi alla soft law magari elaborando carte etiche dei produttori e dei prestatori di servizi di A.I. e solo secondariamente, in dipendenza delle concrete prove sul campo, sarà possibile elaborare regole specifiche garantistiche rispetto ai fini umanistici ma concepite secondo il principio di proporzionalità che in materia impone di non bloccare lo sviluppo tecnologico.

Si suggerisce intanto – dati i lunghi tempi del processo di innovazione normativa – di partire immediatamente arricchendo l'art. 97 Cost. con una norma del tipo di quella proposta in connessione alla riforma dell'art. 81 Cost. (con il sintetico comma che recita: "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico") , magari considerando anche di accompagnarla con un ddl di riforma del codice dell'amministrazione digitale.

5. Una nuova norma costituzionale per principi.

A quali principi dovremmo fare riferimento?

Si tratta di principi già enucleati dalla giurisprudenza e dalla dottrina e ricavabili dal quadro giuridico comunitario (sia a livello di hard law che di soft law).

Essi possono così indicarsi: trasparenza, egualianza, autodeterminazione, riserva di umanità.

Naturalmente sono impliciti in molte delle Carte costituzionali vigenti e sono direttamente collegabili alla dignità umana nel suo rapporto con la macchina.

Ciascuno di questi principi è collegato alla concretezza dello sviluppo tecnologico e mira ad ovviare ad i pericoli connessi al suo pieno dispiegarsi senza limitarlo irragionevolmente-

La trasparenza implica conoscibilità delle ragioni delle scelte algoritmiche, l'egualianza degli utilizzatori si garantisce con l'educazione e operando attivamente per il superamento del digital divide ed un uso responsabile della tecnica (richiede una norma promozionale ed implica massive politiche pubbliche), l'autodeterminazione indica il bene giuridico in gioco ed esposto a lesione e mira a limitare lo squilibrio del rapporto sapere potere al fine di salvaguardare la dignità umana dai pericoli di servitù volontaria e di passivizzazione di massa e la stessa possibilità della vita democratica, la riserva di umanità serve a mantenere salda l'idea che la macchina è uno strumento ed è l'uomo che deve, in ultima analisi, sempre poterla governare, sicché in ogni processo decisionale (pubblico o privato) l'ultima parola deve spettare all'uomo.

Parte II

Le varie dimensioni dell'IA

6. Implicazioni filosofiche del tema.

Ma occorre andare per gradi nell'analisi, disvelando le implicazioni filosofico-giuridiche, quelle costituzionali, quelle amministrative e poi quelle processuali e giustiziali del tema (la c.d. giustizia predittiva che mette in questione lo stesso ruolo e la stessa permanenza del giudice).

Solo a partire da una corretta impostazione concettuale potrà governarsi "il fascino discreto della tecnologia".

Una tecnologia dal successo finora ineluttabile e che tuttavia fa anche promesse che non mantiene.

Come Bobbio diceva della democrazia e delle sue molte promesse non mantenute.

Il tema è stato di recente toccato da Vanni Codeluppi nel libretto "I sette tradimenti del digitale" dove ha mostrato come si è partiti dall'ideologia californiana della beat generation e dalla fioritura fra i campus universitari fra Berkeley e Stanford che idealizzavano il superamento della società dei consumi mediante una visione incentrata sull'autosufficienza (*self reliance*) , mito americano per eccellenza per finire nell'approdare ad un nuovo modello economico capitalistico, di tipo postfordista, che ha la rete come modello e teorizza (in apparenza) il superamento delle gerarchie ma creando – o rischiando di creare – nuove dipendenze.

In questo quadro emerge il "prezzo della connessione" (Nick Couldry ed Ulises A. Mejias Il prezzo della connessione. Come i

dati colonizzano la nostra vita e se ne appropriano per fare soldi Bologna 2022) con cessione dei dati in cambio dei servizi, un vero e proprio colonialismo dei dati (che non mira al corpo delle persone ma alle loro menti).

Modelli rigidamente definiti dalle aziende che gestiscono le piattaforme forniscono set informativi destinati a produrre valore economico e ad orientare i consumi di massa in una dimensione mai vista prima.

Inoltre un'altra promessa (oltre quella della self reliance) è quella del *do it yourself* : il personal computer è proprio questo e gli smartphone sono la sua evoluzione che rende accessibile al consumatore – anche con una piacevolezza estetica che mette in miniatura tutte le vetrine del mondo (Codeluppi ha studiato i processi di vetrinizzazione delle città e del commercio legati al capitalismo sin dalle sue origini dalla fine del Settecento e fino al Novecento) rendendole disponibili ma, nel contempo, separa e frammenta il mondo e rende le sue interconnessioni – garantite dalla tecnologia – problematiche e causa di fragilità sociale ed istituzionale (specie in epoca di risorgenti conflitti che mostrano inedite valenze violente dell'uso del web).

La terza promessa è la *disintermediazione*, quella per cui tutto è gratis.

Ciò avviene non solo nel campo del giornalismo (tutti produttori di notizie ; tutti giornalisti ma senza verifica dei fatti; il cd. citizen journalism) ma in tutti campi (dalla finanza alla sanità) in cui si possa stabilire un accesso ai servizi non mediato da organizzazioni o specifiche figure professionali con le relative deontologie.

I comunicatori prendono il posto dei critici letterari militanti, i blog il posto dei giornali, le piattaforme quello delle televisioni e del cinema: nelle vetrine digitali domina il gioco influencer/follower che polariz-

za l'opinione pubblica facendole assumere aspetti che Habermas non aveva previsto di logica binaria e di aut aut che corrode le democrazie dal loro interno aprendole a possibili infinite e non controllabili manipolazioni (J Habermas Storia e critica dell'opinione pubblica, Bari di recente 2020; ora riletto dal suo stesso autore in Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa , Milano 2023).

Nel mercato nasce il “prosumer” (si pensi a certe case produttrici di mobili che stimolano l'automontaggio, alle banche che chiudono gli sportelli e invitano a usare la banca digitale alle pompe di benzina dove domina il self service; alla chiusura delle agenzie di viaggio in favore della bigliettazione in rete ; alla trasformazione degli alberghi in B&B ; alla gentrificazione dei centri storici) : tutti insieme produttori e consumatori al servizio di una rete impersonale ed inaccessibile o accessibile con molta difficoltà e dispendio di tempo (nuova asimmetria contrattuale).

Altra caratteristica di questo mondo a venire è *la pretesa sempre crescente di trasparenza sui dati personali* : con l'idea che solo chi ha da rimproverarsi qualcosa se ne preoccupa; con ciò non muore la privacy solamente ma deperisce il sogno della solitudine dell'uomo liberale e la sua intimità (tranne che per pochi che si riconoscono come upper class vivendo in mondo fatto di case isolate, decentrate, immense e per lo più vuote, non traboccanti di oggetti, i segni della ricchezza vera essendo pur sempre solitudine, vuoto, decentramento); tramonta per le masse la stessa distinzione fra sfera privata e sfera pubblica (fra bourgeois e citoyen) che è costitutiva della modernità e del costituzionalismo.

La vita diviene vita esposta, il comportamento - che un tempo era considerato di cattivo gusto - di illuminare il retroscena

oggi è considerato normale se non ottimale (si pensi alle fotografie e video sulla vita reale diffusi in rete, tentazione alla quale non resistono – nota Codeluppi – nemmeno i delinquenti che ritraggono le scene dei loro crimini mostrandone l'efferatezza a scopo di terrore o anche per solo sadico ed insensibile divertimento).

Il mondo diviene letteralmente osceno (dal latino obscenus che sta sulla scena ma non dovrebbe) e quindi l'oscenità si normalizza.

Se per le masse vale e deve sempre più valere l'idea che se si vuole nascondere qualcosa “basta non farla”; al contrario, per i circuiti del potere aziendale o politico effettivo, la segretezza resta una necessità e basti pensare da una parte al ruolo del segreto nelle cause antitrust a tutela di volta in volta dei segreti aziendali o dell'attività dell'autorità o, pr altro verso, alla crescente influenza dei servizi segreti nella sfera pubblica (ai quali vengono anche delegate attività diplomatiche senza che questo sollevi ormai obiezioni; così aprendosi un nuovo capitolo della diplomazia segreta post Assange).

Si tratta del capitalismo della sorveglianza : un modello economico che spreme la nostra intimità per promuovere prodotti usando anche l'azione delle macchine e che domani – secondo alcuni – può condurre a società posthitleriane (totalitarie in modo soft).

Alle macchine ed alla tecnica si assegna poi una funzione salvifica, per la loro funzione veritativa ma anche immaginativa, che si spinge alla creazione artistica o poetica fino alla immaginazione di avatar e di uomini o donne ideali digitali con i quali intrattenere relazioni virtuali (e si pensi al film Lei di Spike Jonze con Joaquin Phoenix, film del 2013).

Il mondo virtuale si sostituisce al mondo reale aumentando i rischi di svuotamento della vita con un mondo “tecnicamente falso” (così Raffaele Simone Presi nella rete. La mente ai tempi del web, Milano 2012, citato sempre da Codeluppi nella sua lunga disamina che stiamo ripercorrendo).

Ed infine nel metaverso sono possibili vite alternative, affascinanti come quelle dei romanzi ma in definitiva con la nascita di un mondo di simulacri in cui le immagini si sostituiscono ai concetti e la filosofia rischia l'estinzione.

Questa è una dimensione filosofica della “grande trasformazione” in corso che si è avuta l’occasione di battezzare “nuova oggettività” (Sergio Foà e Giancarlo Montedoro Dialogo sulla nuova oggettività Napoli 2024) per il dominio – che comporta – della tecnica e delle nuove dimensioni organizzative sulla nuda vita (su questa trasformazione cfr. anche le riflessioni profonde e complete di Umberto Galimberti L’etica del viandante Milano 2023) È in gioco la vecchia questione della tecnica (che domina dal tempo di Bacon e fino ad Heidegger) ma con modalità inedite che vanno comprese a fondo.

Il rapporto fra Technè e Logos, originariamente un rapporto in cui il Logos produce la Technè, diviene poi un rapporto in cui la Technè usa il Logos (con le macchine computazionali), per finire ora in un rapporto (con l’IA) in cui Technè è Logos, senza mediazione.

Una società dominata dalla tecnica che si è fatta Logos.

Come si è detto il digitale è socialmente percepito come una potenza aleatica.

Ha il compito – socialmente atteso – di enunciare il vero.

In sostanza l’IA tende ad assumere – rispetto alla società nel suo insieme – una funzione “oracolare”.

Ad es. profilando i candidati ad un posto di lavoro, sulla base di studi delle scienze comportamentali unanimemente riconosciuti può individuarsi il soggetto più idoneo a svolgere funzioni dirigenziali in un’azienda molto competitiva.

L’IA può consigliarci la dieta più adatta, identificare un tumore della pelle, surrogare la polizia con la tecno-sorveglianza.

Si tratta di un dispositivo per avere un responso il più possibile esatto sullo stato delle cose.

L’informatica nel suo sviluppo attuale è schiettamente “antropomorfista”.

Lo scopo è superare i nostri limiti corporali e mentali.

Usando la mimesi.

E l’uomo è un animale mimetico affermano tutti gli studi di R. Girard.

Stiamo quindi entrando nell’era della tecnica antropomorfica.

7. Le caratteristiche dell’era antropomorfica della tecnica: effetti sulla società e l’economia.

La prima caratteristica è quella per cui la tecnica portata dall’IA è una forma di antropomorfismo aumentato.

Nella nuova era le macchine integrano le attività umane, aumentando le capacità cognitive dell’uomo.

La seconda caratteristica è quella per cui questo antropomorfismo aumentato si presenta per ora frammentario.

Ossia l’evoluzione tecnologica avviene – come sempre è avvenuto – per obiettivi specifici e settoriali.

La terza caratteristica è che si tratta di un antropomorfismo intrapredente.

Agisce, una volta creato, in modo autonomo.

I campi applicativi sono molteplici e largamente indeterminati: rapporto dell'uomo con il corpo, organizzazione sanitaria, rapporto con gli altri nelle relazioni affettive e di lavoro, psicologia, ambiente, relazioni industria –natura, ma anche progettazione di città , reti di trasporto, spazi professionali attività finanziarie e bancarie, finanza pubblica, giustizia, mondo militare, aviazione civile.

Siamo di fronte ad una tecnologia settoriale ma tendente all'integralità, quando non all'universalità.

Il potere dell'IA è un potere ingiuntivo.

Può assumere un aspetto incentivante (come il diritto promozionale della spinta gentile ad es. la dieta connessa all'accesso ai servizi sanitari gratuiti).

Può avere un aspetto prescrittivo (quando i contratti fissano le condizioni per un prestito bancario poi gestito digitalmente o nel caso di un finanziamento pubblico l'IA seleziona le domande di agevolazione).

Può avere un aspetto coercitivo : nel caso si affidi alle macchine con complessi programmi tesi anche a monitorare gli andamenti del mercato l'imposizione di ritmi di lavoro.

Ciò induce un salto antropologico l'artefatto ingiunge all'umano ciò che va fatto.

Ma quali effetti si hanno in modo più specifico sull'economia per lo sviluppo della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale?

In breve può dirsi che si intensificano i cicli di rotazione del capitale, tra aziende, con effetti nei rapporti fra le stesse aziende e le persone, e delle persone fra loro.

L'uso delle piattaforme cambia il volto del mercato.

Se l'IA profila i clienti si avvicinano la progettazione del prodotto e la sua commercializzazione.

Si riducono i c.d. "periodi di latenza" degli investimenti, cresce a dismisura la pressione concorrenziale.

Torna di attualità la lezione schumpeteriana : il capitalismo è connotato da cicli di innovazione perenne.

Ma anche di "disruption" ossia di innovazione distruttiva.

Ciò in un processo economico di adattabilità continua.

Ciò produce anche visioni contraddittorie di questa evoluzione: che fanno rie emergere la questione del senso e del fine della storia (come accade quando si scopre qualcosa di cui non si comprendono i meccanismi di funzionamento e gli effetti e le implicazioni anche sociali):

- 1) Secondo una prima visione ciò rappresenta un progresso (una sorta di mito del compimento l'*Homo Deus* di Harari per semplificare l'ideologia in questione).
- 2) Secondo un'altra opposta visione ciò accelera una tendenza apocalittica della storia (sullo sfondo vi sono analisi critiche della tecnica vista in chiave apocalittica e si ricordino L'uomo è antiquato di G. Anders – Torino, 2007 – e la visione di De Martino La fine del mondo – Contributo all'analisi delle apocalissi culturali, Torino 1977 tutti libri pre rivoluzione informatica ma utili per capire anche questa fase della tecnica).
- 3) Secondo altra più laica impostazione la tecnica e la sua evoluzione sono i fattori decisivi dello sviluppo economico capitalistico (S. ORTINO, *Struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, 2010 e P. CIOCCA, *L'instabilità dell'economia. Prospettive di analisi storica*, Torino, 1997).

Le sfide geopolitiche in corso e le guerre incideranno sull'evoluzione tecnologica, sia nel senso di incentivare gli investimenti su tali tecniche sia nel senso di usarle per ragioni di dominio.

Le pandemie possibili nel mondo globale e le crisi climatiche fanno sì che la rivoluzione green ed ambientale e lo spazio della tutela della salute (One Health) siano i terreni di politiche integrate, che si serviranno della digitalizzazione come ulteriore vettore.

In questo quadro è essenziale il meccanismo di cooperazione fra mercato e Stato ed il partenariato pubblico privato può considerarsi un istituto giuridico paradigmatico di nuove forme organizzative dell'impresa post-fordista.

La società capitalistica futura si presenta come società algoritmica (così Marta Fasan in *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale*. Nuove prospettive interpretative¹ in DPCE online): l'impresa algoritmica attraversa e scomponete l'asse pubblico/privato .

8. Le architetture politico-istituzionali.

A fronte di questa rivoluzione ci si può chiedere se il paradigma social-liberista sia sufficiente.

In altri termini se l'ordoliberismo ossia l'economia sociale di mercato (dottrina che ha insistito più sulla tutela del mercato che sui diritti sociali) non sia da mettere in soffitta o da ripensare profondamente.

Come abbiamo visto si aprono grandi opportunità ma vi sono pericoli, non fronteggiabili solo con maggiori dosi di "etica" e con "regolamentazioni".

Autorità e libertà è lo schema che da Montesquieu governa la nostra architettura politico-istituzionale.

Al centro di questo sistema è il Consiglio di Stato (lo ha evidenziato di recente V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Libertà ed Autorità*, vol. I e II; Napoli 2021, 2023).

Inevitabilmente la protezione dei dati personali e la difesa della vita privata sono al centro del problema della libertà nell'epoca dei Big Data, ma possiamo senz'altro affermare che sia in questione anche qualcosa di più profondo, una perenne tentazione dell'uomo di assoggettarsi a forme di servitù volontaria, in definitiva, il diritto all'autodeterminazione dei singoli e delle collettività umane.

La stessa concezione del "politico" viene a trasformarsi in questo quadro.

Sono le grandi imprese multinazionali i loro progettisti ed ingegneri informatici a costruire i modelli sociali dominanti e quindi il tema delle garanzie si arricchisce di nuove dimensioni.

La separazione dei poteri delle nostre costituzioni novecentesche è stata pensata per garantire gli esseri umani dagli abusi dei poteri pubblici e del politico ; si tratta di

¹ Questa nuova categorizzazione del contemporaneo modello di società – ricorda M. Fasan – è così espressa in M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 333 ss.; A. PAJNO et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 206-207.

In particolare, gli autori sostengono che il successo delle tecnologie di AI e la diffusione della loro applicazione rappresentano un passaggio evolutivo dalla «società dell'informazione» alla «società dell'algoritmo».

Essi, infatti, constatano come l'Intelligenza Artificiale dimostri di avere la stessa portata dirompente che aveva caratterizzato l'avvento della rete Internet negli anni '90, fenomeno per cui, allora, numerose categorie giuridiche preesistenti vennero poste in discussione. Tuttavia, nello svolgere queste considerazioni gli autori ricordano come ad oggi l'AI continui ancora ad essere lontana dalla sua fase di piena maturità tecnologica. Per meglio contestualizzare tali riflessioni cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven-Londra, 2006, 219 ss

una costruzione volta a limitare la sovranità concentrata negli Stati.

Quelle in formazione nel mercato sono nuove sovranità che necessitano di un nuovo inquadramento.

A parte il loro modo di presentarsi come agenti di neutralità, pure piattaforme che non rispondono dei contenuti che veicolano (anche perché giustamente è impossibile o estremamente difficile o complesso – per la loro quantità – controllarli tutti); ossia privati che garantiscono un pubblico servizio e vanno esenti dalla responsabilità classica degli editori o dei venditori (secondo il noto principio del Buon Samaritano di cui – negli Stati Uniti – v'è traccia nella Sezione 230 del Communications Decency Act del 1996 e secondo il regime degli hosting provider delle direttive e-commerce in sede europea) va qui rimarcato che il loro ruolo sistematico non è affatto neutrale viene potenziato dall'IA e che esse costituiscono, in buona sostanza, dei nuovi poteri pubblici ossia – come è stato nel secolo scorso per partiti e sindacati che Giannini ascriveva al pubblico potere - dei poteri privati in attesa di divenire – in qualche modo – pubblici o di rilevanza pubblicistica.

L'affermazione va spiegata.

L'informatica nei suoi recenti sviluppi può essere traguardata come scienza della classificazione di tutte le attività umane e scienza della previsione (tendente ad assumere un carattere sociale oracolare).

Ciò comporta – per il momento a fini commerciali, ma domani sempre più anche a fini politici e di adozione di scelte pubbliche – una stimolazione artificiale ed ininterrotta del reale.

Le Big Tech sono soggetti capaci di orientamento e modellizzazione della vita collettiva importanti quanto gli Stati (se non di più in alcuni mondi vitali).

Si parla di “data driven society”.

Sul piano costituzionale ciò condiziona profondamente la nozione di “politico” ereditata dal Novecento.

L'art. 49 della Carta affidava ai partiti politici la funzione (gramsciana) di Moderno Principe.

Oggi ai partiti resi sempre più deboli anche dalla frammentazione sociale indotta dalla Rete e dalla nuova opinione pubblica post-habermasiana, polarizzata e conflittuale, irrazionale e persino violenta nel discorso pubblico semplificato, si affiancano altri soggetti privati determinanti.

Si può ipotizzare facilmente che vi possano essere spazi di incertezza decisionale per i più vari problemi della complessità contemporanea.

Orbene è facile ipotizzare che tale decisione possa essere assunta o ausiliata da un'organizzazione modellata da macchine intelligenti.

Non dominio di una generale superintelligenza (dalla quale siamo ancora lontani) ma ridefinizione degli orientamenti umani di massa secondo la logica che Sloterdijk ha chiamato la logica del parco umano in Regole per il parco umano. Una replica alla lettera di Heidegger sull'umanismo, visionabile in rete nel blog Pensare la fede²). Una logica che richiede un diritto dell'età post-eroica.

² Per Heidegger – dice Sloterdijk – la parola umanismo deve essere abbandonata ... “supposto che il reale compito del pensiero, che nella tradizione umanistica o metafisica sembrava già risolto, debba invece venire nuovamente esperito nella sua iniziale semplicità e ineludibilità. Più esattamente: a che scopo celebrare di nuovo l'uomo e l'immagine filosofica e canonica che ha di sé nell'umanismo come la soluzione, quando nella catastrofe del presente si è visto che è l'uomo stesso il problema, con i suoi sistemi di autoesaltazione e di autochiarificazione metafisica?”. L'umanismo – nella sua figura antica, in quella cristiana come in quella illuminista – viene riconosciuto da Heidegger come la causa agente di un non pensare che dura da duemila anni. A esso viene rimproverato di aver impedito l'emergere della vera domanda sull'essenza dell'uomo con le sue frettose

9. Conoscenza, dolore, giudizio.

indicazioni sull'essenza umana, solo in apparenza evidenti e indiscutibili. Heidegger spiega che nella sua opera, da Essere e tempo in poi, si pensa contro l'umanismo, non perché questo abbia sopravvalutato l'umanità, ma perché non l'ha apprezzata abbastanza.

Ma cosa vuol dire dare il giusto valore all'essenza dell'uomo? Significa innanzitutto rinunciare alla sua abituale, falsa sottovalutazione. La domanda sull'essenza dell'uomo è sulla strada giusta soltanto quando prende distanza dall'esercizio più vecchio, ostinato e rovinoso della metafisica europea, quello di definire l'uomo come *animai rationate*. In questa interpretazione dell'essenza umana, l'uomo viene compreso a partire dall'*animalitas* ampliata con aggiunte spirituali. Contro di ciò si ribella l'analisi esistenzial-ontologica di Heidegger, poiché per lui l'essenza dell'uomo non può certo venir espressa in una prospettiva zoologica o biologica, nemmeno se a questa viene regolarmente aggiunto un fattore spirituale o trascendente. Quando filosoficamente si fonda un discorso sulla dignità dell'uomo, lo si fonda sul fatto che proprio l'uomo è chiamato dall'essere e, come piace dire al filosofo pastorale Heidegger, è chiamato alla sua custodia.

Perciò gli uomini hanno il linguaggio ma, secondo Heidegger, lo posseggono in prima istanza non solo per comprendersi l'un l'altro e per addomesticarsi a vicenda in queste comprensioni: "piuttosto il linguaggio è la casa dell'essere, abitando la quale l'uomo e-siste, appartenendo alla verità dell'essere e custodendola. Così, nella determinazione dell'umanità dell'uomo come e-sistenza, ciò che importa è allora che l'essenziale non sia l'uomo, ma l'essere come estaticità dell'e-sistenza"...

"Rimane del tutto oscuro, dal punto di vista di queste confuse comunioni, come si potrebbe costituire una società di vicini dell'essere. Certo dev'essere concepita, fino a quando non si mostri qualcosa di più comprensibile, come una chiesa invisibile di singoli dispersi, ognuno dei quali a suo modo ascolta l'inaudito e aspetta le parole in cui diventa udibile ciò che il linguaggio stesso impone di dire a colui che parla".

Una chiesa invisibile di singoli dispersi. Un linguaggio reticolare diremmo oggi, fra monadi che non si incontrano in una società in cui le forme di addomesticamento (diremmo umanisticamente di educazione) si stanno riscrivendo.

"Per Heidegger – continua il saggio – il mondo storico dell'Europa (NDA : novecentesca) è il teatro degli umanismi militanti; essa diventa il campo di battaglia in cui la soggettività umana porta a compimento la presa di potere su tutto l'ente, con conseguenze di portata destinale. In questa prospettiva l'umanismo si propone come il complice naturale di tutti gli orrori, anche solo possibili, che si possono perpetrare in nome del benessere umano. Secondo Heidegger, anche nella titanomachia tragica della metà del secolo si affrontarono, tra bolscevismo, fascismo e americanismo, nulla più che tre varianti dello stesso potere antropocentrico, tre candidature per una signoria del mondo umanitariamente addolcita.

Da queste emerse il fascismo poiché fece vedere più apertamente dei suoi concorrenti il suo disprezzo dei valori inhibitori di pace ed educazione. Difatti il fascismo è la metafisica della disinibizione,

Veniamo ad alcuni temi sociologici e gnoseologici.

Ossia relativi al modo in cui ormai conosciamo ed al modo in cui la società conosce.

e forse anche una figura disinibente della metafisica. Dal punto di vista di Heidegger il fascismo era la sintesi di umanismo e bestialismo e cioè la paradossale coincidenza di inibizione e disinibizione".

Di qui la domanda di Sloterdijk: "Che cosa addomesticata ancora l'uomo quando l'umanismo, come scuola dell'addomesticamento dell'uomo, fallisce? Che cosa addomesticata l'uomo quando finora i suoi sforzi di autoaddomesticamento hanno condotto principalmente solo alla presa di potere su tutto l'ente? Che cosa addomesticata l'uomo quando, dopo tutti gli esperimenti condotti finora con l'educazione del genere umano, non si è ancora chiarito chi o che cosa e a che fine educa gli educatori? O forse la domanda sulla cura e la formazione dell'uomo non si può più porre in modo competente nell'ambito delle semplici teorie dell'addomesticamento e dell'educazione?".

Verrebbe di rispondere noi: la macchina!

E qui conta anche questa riflessione di Sloterdijk sulla scorta di Heidegger:

"Si giungerà certo in futuro a prendere in mano il gioco attivamente e a formulare un codice delle antropotecniche. Un tale codice potrebbe modificare retroattivamente anche il significato dell'umanismo classico, poiché con esso verrebbe mostrato e messo in conto che la *humanitas* riguarda non solo l'amicizia dell'uomo con l'uomo ma implica già da sempre, e sempre più esplicitamente, che l'uomo rappresenti per l'uomo la più alta forma di potere."

Questa questione dell'antropotecnica formativa è implicata nello sviluppo della tecnologia digitale e dell'IA (passaggio cruciale quanto la scrittura): se non se ne avverte la profondità se ne rimane schiavi.

Concludiamo con le parole amare di Sloterdijk:

"I libri, un tempo autorevoli, hanno smesso sempre più di essere lettere agli amici, e non si trovano più sui tavoli da lavoro e sui comodini dei loro lettori ma sono caduti nell'atemporalità degli archivi: perciò il movimento umanistico ha perso buona parte dello slancio di un tempo. Sempre più raramente gli archivisti discendono alle antichità testuali per cercare definizioni più vecchie di voci moderne. Forse accade di quando in quando che in tali ricerche, nei morti scantinati della cultura, i documenti che da lungo tempo non vengono più letti inizino a risplendere come se lontani lampi rilucessero sopra di loro".

L'I.A. (o A.I. nell'acronimo anglosassone) è un sistema di conoscenza riduzionistico³.

Esso è un sistema di mimesi parziale della mente.

Può mimare le esperienze sensoriali e argomentare e usare metodi induttivi o dedutivi sulla base di codici matematici binari.

Non prova dolore.

La mente umana è un sistema aperto, epigenetico, reagisce con l'ambiente, decade ed è consapevole di decadere, assimila e muta, partecipa dell'universale metamorfismo, è contraddittoria, empatica e soffrente.

L'I.A. prefigura – come è stato detto – una società senza dolore.

Ben diversa era la situazione dell'Ottocento.

Hegel il filosofo della dialettica, lucidamente ha fatto emergere i nessi fra conoscenza e dolore nella Fenomenologia dello Spirito, La coscienza infelice è il movimento dello Spirito⁴. L'attraversamento della con-

traddizione è la condizione dell'emancipazione.

La storia dell'Occidente trionfante è tutta in questo passaggio.

Ora la storia occidentale ha avviato un movimento al contrario, sterilizzando il dolore⁵.

Il modello di ragione strumentale criticato dai francofortesi, la razionalità calcolante universale, il metodo quantitativo delle scienze economiche applicato ad ogni decisione pubblica come parametro della sua legittimità (tanto è il portato dell'art.1 della legge n. 241 del 1990 e della logica di risultato del codice dei contratti pubblici)⁶ sono certo metodi di governo del reale necessari ma possono tramutarsi in una messa a rischio per il pluralismo costituzionale solidaristico (art. 2 Cost.) se ed in quanto la logica economica tenda a prevalere indiscriminatamente sulla tutela di altri beni non economici e non monetizzabili⁷.

Va poi notato che la garanzia di esattezza che è insista nella ragione calcolante e nell'I.A. non è verità nel senso della metafi-

³ Byung Chul Han La società senza dolore. Torino 2021. La paura del dolore è così pervasiva e diffusa da spingerci a rinunciare persino alla libertà pur di non doverlo affrontare. Il rischio, secondo Han, è chiuderci in una rassicurante finta sicurezza che si trasforma in una gabbia, perché è solo attraverso il dolore che ci si apre al mondo. E l'attuale pandemia, argomenta il filosofo tedesco-coreano, con la cautela di cui ha ammattato le nostre vite, è sintomo di una condizione che la precede: il rifiuto collettivo della nostra fragilità. Una rimozione che dobbiamo imparare a superare.

⁴ La coscienza infelice può essere considerata il concetto chiave della Fenomenologia dello Spirito , perché solo tramite essa si giunge dialetticamente alla conciliazione e alla fusione tra il finito e l'infinito.

La coscienza infelice rappresenta la coscienza in quella tappa del suo lungo percorso in cui, non sapendo ancora di essere tutta la realtà, vede se stessa come divisa in conflitti e differenze. L'unico modo per uscire da questa scissione è il riconoscimento di essere, appunto, la realtà nel suo insieme.

Il dolore è un passaggio necessario della conoscenza: essa è senso del limite, coscienza del nostro difettare, della caducità, della fragilità umana. Questo è il nucleo dell'umanesimo al di là degli orrori che ha prodotto lucidamente criticati da Heidegger e da Schmitt (profeti della decadenza del capitalismo liberale

nell'epoca del suo trionfo anche per vendicarsi della loro sconfitta storica, della sconfitta dell'ideologia nazista alla quale avevano aderito, con atteggiamento che E. Carrère definirebbe vagamente ucronico, ossia di ribellione alla storia come è stata , come è accaduta, come non può ormai non essere, nel passato. Cfr. E. CARRÈRE, *Ucronia*, Milano 2024.

⁵ Il bombing indiscriminato e violento, con le immagini trasmesse dai media che rappresentano il Nemico come un non uomo sono significative. La cancellazione dell'umanità del nemico è un passo estremo della disumanizzazione ha mostrato E Vittorini in Uomini e no.

⁶ L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da *criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza*, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

⁷ Sandel parla di limiti morali del mercato. Cfr. M. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Milano, 2015.

sica concreta di cui ha pur sempre bisogno il soggetto moderno⁸.

Di fronte ad un mondo ridotto ad universo di sola amministrazione dotata di estrema esattezza viene messo a rischio anche il soggetto moderno, cartesiano, basato sul cogito, essendo il pensiero delegato alle macchine ed essendo facilmente innescabili processi di passivizzazione di massa.

Le Chiese possono essere percorse dalla tentazione di sposare talvolta con sorprendente entusiasmo l'I.A. piuttosto che di limitarne l'aspetto antiumano (il Papa ha nettamente criticato l'uomo come "cibo per l'algoritmo") intravedendo talvolta la possibilità di una nuova forma di predicazione, solamente da orientare.⁹

⁸ M. CACCIARI, *Metafisica concreta*, Milano, 2024, argomenta sulla permanente necessità della riflessione sull'impossibile anche per lo sviluppo della scienza.

⁹ *Call for an AI Ethics*, accordo promosso dalla Pontificia Accademia per la Vita in materia di etica, diritti ed educazione, con l'obiettivo di promuovere un approccio moralmente responsabile alla progettazione, allo sviluppo e all'implementazione dell'intelligenza artificiale. Quattro anni fa questo accordo fu sottoscritto in Città del Vaticano da Microsoft, Ibm, Fao e governo italiano. Qui l'aspetto positivo è l'afflato umanistico, ma il dato da guardare con distanza critica può essere la promozione di un'I.A. – attraverso il diretto contatto con le Big Tech – eticamente o religiosamente orientata in senso occidentale (come fu per la costruzione dello Stato) e torna la visionaria lettera sull'umanismo di Heidegger.

L'attenzione della Chiesa può risolversi in una "predica inutile", un esercizio di retorica o un espediente propagandistico. Oppure possiamo laicamente, vale a dire usando la nostra ragione, interrogarci sulla direzione indicata dal Papa e, ultimo esempio, riflettere su quanto da lui scritto nell'esortazione apostolica "Laudate Deum": «L'intelligenza artificiale e i recenti sviluppi tecnologici si basano sull'idea di un essere umano senza limiti, le cui capacità e possibilità si potrebbero estendere all'infinito grazie alla tecnologia. Così, il paradigma tecnocratico si nutre mostruosamente di sé stesso». La coscienza del limite è il punto di incontro di coscienza laica e cattolica. E l'ecumenismo – scevro di ogni carattere teologico politico – va coltivato nella costruzione di un'I.A. eticamente responsabile.

Egual tentazione predicatoria attraversa – anche più nettamente – il mondo islamico. Specie nelle sue declinazioni teologico-politiche.

Il primo ministro della Malesia, Anwar Ibrahim, dichiara che ci

vuole un'intelligenza artificiale conforme ai dettami dell'islam. Lo riporta l'agenzia missionaria Asia News, riferendo le sue parole nel corso del Festival Turath Islami (il festival dell'eredità islamica, che si è svolto dal 26 maggio al 2 giugno). «Il settore dell'intelligenza artificiale non deve essere completamente utilizzato secondo il modello occidentale, ma vi devono essere applicati i valori del "turath islam"» (eredità intellettuale dell'epoca d'oro dell'islam).

Il premier malese è stato molto sul vago nel descrivere come dovrebbe essere un'intelligenza artificiale islamica. «Le competenze e il progresso dell'IA nel Paese devono essere riempiti con i tesori della conoscenza e l'eredità dell'islam, da utilizzare come un corpus in modo che lo sviluppo della tecnologia vada di pari passo con l'adab islamico e l'akhlak – ha detto, facendo riferimento alla moralità e alle pratiche islamiche – Sono molto preoccupato che i valori incorporati nella tecnologia facciano riferimento al pensiero occidentale (...) A causa di ciò, sento che la tradizione intellettuale islamica deve essere inclusa in modo che l'applicazione dell'intelligenza artificiale nei Paesi musulmani non si allontani dal sistema e dai valori morali islamici».

Maggiore equilibrio mostrano le raccomandazioni e le conclusioni del XXXIV Convegno Internazionale Islamico del Cairo organizzato dal Consiglio Superiore per gli Affari Islamici nel 2023, segnaliamo:

Utilizzare l'intelligenza artificiale come uno strumento e non come un fine, come un valore aggiunto e non come la sostituzione dell'intelligenza umana;

Sostenere lo sviluppo intellettuale e morale come argine e correzione rispetto alle derive e all'abuso dell'intelligenza artificiale;

Rafforzare l'importanza del ruolo della famiglia per accompagnare le nuove generazioni all'uso saggio e proficuo dei social media; Aggiornare la funzione e il valore della frequentazione dei luoghi di culto, tramite la creazione di centri culturali e di luoghi di formazione sul Sacro Corano che tengano conto delle esigenze del contesto attuale;

Collaborare tra Istituzioni religiose e culturali sull'utilizzo consapevole dell'intelligenza artificiale per promuovere il messaggio equilibrato di moderazione contro le ideologie estremiste evitando che queste forze possano pretendere di conquistare e strumentalizzare la comunicazione virtuale.

L'ebraismo è più prometeico, da sempre riflette sulla creazione umana (la creazione divina essendo un ritrarsi di Dio dal mondo) : basti pensare al racconto del Golem.

Disse Ravà: se volessero, i giusti potrebbero creare un mondo, come è detto: "sono le vostre colpe che vi separano dal vostro Dio" (Isaia 59, 2). Ravà creò un uomo (Golem), e lo inviò a Rabbi Zerà. Rabbi Zerà parlava (rivolgendosi) al Golem e il Golem non rispondeva. Disse Rabbi Zerà al Golem: tu appartieni ai haverim (coloro che usano il Sefer Yezirà per creare nuovi esseri)? Torna alla tua polvere" (Sanhedrin 65b).

In Halakhà troviamo diverse sheelot (domande) sulla possibilità di creare un Golem. Le risposte a questa domanda sono state generalmente positive e si sono appoggiate al verso (già citato

Il discorso su confessioni religiose ed I.A. è di estrema complessità ed ambivalenza ed è tutto da costruire qui se ne può solo accennare ma è il campo nel quale l'illusione "woke" della neutralità ideologica di questa tecnologia è destinata a naufragare.

È evidente che di fronte a novità così dirompenti non si deve e non si può smettere di pensare a tutte le loro implicazioni.

Occorre non consegnare alle macchine il compito di pensare e parlare.

La critica va svolta non sulla tecnica ma sul suo lato oscuro e richiede coraggio civile.

Vale la lezione di Foucault : sapere è potere.

Sempre nell'uso della tecnica e del sapere che la muove sono implitici determinati rapporti di potere da disvelare.

Per mantenere una possibilità di giudizio, la cognizione gaddiana del dolore.

Soffermiamoci un attimo sul rapporto fra tecno-economia e tecno-scienza.

I luoghi della ricerca sull'I.A. sono le grandi aziende multinazionali.

nel caso di Ravà) "sono le vostre colpe che vi separano dal vostro Dio" (Isaia 59, 2), cioè le colpe dell'uomo impediscono alla forza creatrice divina che è nell'uomo di manifestarsi, a meno che non sia un sapiente esperto nell'applicazione di quanto scritto nel Libro della Creazione (Sefer yetzirà). El'azar Ben Zimrà si oppone all'idea che sia possibile creare un Gòlem, ma la sua rimane una posizione minoritaria, Ammesso che sia realmente possibile creare un Gòlem, la domanda ulteriore che si pongono i Maestri è se sia desiderabile o meno farlo: non sarà questo un modo per volere competere con la potenza di Dio? Abbiamo due posizioni contrapposte: permettere ai Zaddikim (I giusti) che sanno fare uso delle teorie linguistiche dell'alfabeto della creazione e ripetere ciò che Dio ha fatto, è una prova di quanto sia importante il ruolo dello Zaddik (Il Giusto). Chi era contrario alla creazione di un Gòlem lo faceva per evitare che il Gòlem e chi lo aveva creato potesse divenire oggetto di idolatria. Tutte le religioni ci ricordano il senso del limite. Tutte le religioni hanno la tentazione di superarlo e cercano come possono di combatterla.

Pensiamo a Sam Altman ed alla sua Open AI¹⁰.

A fronte di questi sviluppi è evidente il rischio di crisi della ricerca di base.

Ben diversa è stata la ricerca nei tempi d'oro della fisica moderna fino alla scoperta della bomba atomica, essa si svolgeva nell'alveo dell'intervento statale (la guerra enfatizzava tale circostanza).

L'indipendenza degli scienziati è a rischio in un ambiente solo privato ed orientato al profitto (ammesso che in passato non vi fossero rischi analoghi che invece c'erano ma venivano dagli Stati).

Oggi essendo il sapere tecnico concentrato nel mercato le amministrazioni devono procurarselo mediante i contratti di appalto e i partenariati pubblico privati. La ricerca dipende molto da come sono stipulati i capitolati di appalto e concepiti i par-

¹⁰ Altman coltiva l'I.A. generale.

«Non c'è, ad oggi, una vera definizione di intelligenza artificiale generale. È più un concetto teorico che pratico. Secondo Open AI, l'acronimo AGI sta a intendere un sistema automatizzato che possa svolgere compiti di valore molto meglio degli esseri umani. (...) A parlare per primo di intelligenza artificiale generale è stato nel 1997 Mark Gubrud, fisico e professore dell'università della Carolina del Nord. Poi nel 2022 è stato reintrodotto da due imprenditori che investono sull'AI, Shane Legg e Ben Goertzel. Si intende con questo termine una intelligenza artificiale che possa essere in grado di elaborare le informazioni come un cervello umano, o addirittura superarne le capacità. Può svolgere gli stessi compiti – con la stessa qualità – e può imparare a fare qualsiasi cosa che un umano può fare. Può comprendere contesti ed emozioni, adattarsi a nuove situazioni e ambienti. Per creare una tecnologia di questo tipo serve un tipo di apprendimento che sia "aperto" e continuo. Proprio come succede a un bambino, che poi continua a imparare da ragazzo e anche da adulto. Non esiste, al momento, un sistema di intelligenza artificiale di questo tipo. Questo concetto è piuttosto l'ambizione verso cui tendono i più sofisticati centri di ricerca». Altman si propone di raccogliere da 5000 a 7000 miliardi di dollari per questo scopo. Sono facilmente ipotizzabili gli step di questo progetto.

Primo step : immagazzinare tutto lo scibile umano, secondo step aumentare la velocità di risposta dell'I.A., terzo step connettere l'I.A. con macchine capaci di lavorare. Finalità la liberazione dell'uomo dalla gravosità del lavoro.

tenariati se i in spirito “concorrenziale” o “conviviale”.

Dobbiamo elaborare una teoria critica della tecnica dell’I.A. all’altezza dei pericoli che determina per l’autodeterminazione del singolo e della collettività.

Gli esiti della post-modernità dipendono da questo.

Avremo la fine del Moderno od un neo moderno?

Un neo moderno che conserverà tracce di umanesimo o un neo moderno dominato dalla ragione strumentale e dal mercato?

Centrale nell’evoluzione sarà la questione del giudizio.

H. Arendt ritiene che il giudizio sia la più politica delle facoltà umane.

Ella era consapevole che il pensiero non è mai mondo di ogni macchia.

Il pensiero può essere immondo (è il pensiero del totalitarismo lo è).

Ma il pensiero riscatta anche.

La manifestazione del vento del pensiero è la sua capacità di distinguere il giusto dall’ingiusto, il bello dal brutto¹¹.

Il pensiero non è la conoscenza ma questa umana capacità discernimento.

Ciò evita la catastrofe, quando le cose vanno a rotoli.

Ciò può preservare la democrazia.

10. Costituzionalismo ed I.A.

Chi scrive concorda con l’autore che ha osservato che “l’avvento del XXI secolo e dell’era digitale” apre “una nuova fase per il costituzionalismo, perché esso si trova di fronte ad un nuovo potere sovrano”.¹²

La fenomenologia moderna della sovranità non ha più i caratteri necessariamente privati (dello Stato patrimoniale) o pubblici (dello Stato assoluto e dei suoi derivati temperamenti liberali); ma è un nuovo tipo di potere che si presenta ora in veste privata ora in veste pubblica.

Si tratta del potere della tecnica – indagato dalla filosofia e dal pensiero religioso come si è visto – “vero e proprio paradigma di liberazione della persona e di innovazione sociale”.

Il sovrano del XXI secolo – superiorem non recognoscens – assume le vesti delle tecnologie emergenti ed in particolare dei mezzi tecnici dell’informazione e della comunicazione.

Il mondo dell’ICT (Information and Communication Technology) si occupa del governo degli strumenti che utilizziamo per acquisire, conservare, modificare, comunicare la nostra rappresentazione del mondo: diviene esso stesso uno strumento egemonico, costruisce narrazioni che orientano l’opinione pubblica, forgiano o indeboliscono le democrazie, sono senza mediazione il nuovo potere.

Occorre essere consapevoli che la rivoluzione o trasformazione digitale è una

¹¹ H. ARENDT, *La Banalità del male*, Milano, 2023 e spec. *La vita della mente*, Bologna, 1987 ove si trova la nota riflessione secondo la quale «La manifestazione del lieve vento del pensiero non è assolutamente la conoscenza, ma l’attitudine a discernere il bene dal male, la bellezza del mondo dalle sue brutture, e quindi voglio sperare che pensare possa far tornare alle persone la forza di saper prevenire terribili catastrofi in questi rari momenti in cui sopraggiunge la resa dei conti».

¹² A. SIMONCINI, *L’amministrazione digitale algoritmica. Il Quadro costituzionale*, in AAVV, *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D. Urania Galletta, Torino, 2020.

situazione cognitiva ed antropologica generativa di una nuova forma di potere.

Gli ingegneri che governano i processi di produzione delle Big Tech sono costruttori di modelli sociali ma essi non sono soggetti ad alcuna forma di controllo democratico e di responsabilità.

Gli azionisti ed i manager di queste aziende sono quelli che Alessandro Volpi ha chiamato i padroni del mondo invero con riferimento ai fondi finanziari speculativi ma notando che tali fondi investono massicciamente nelle aziende del Big Tech (e ben a ragione trattandosi delle aziende di frontiera dell'ultima rivoluzione tecnologica del capitalismo).¹³

Tommaso Edoardo Frosini ha osservato: «ritengo che le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandersi verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico».

Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo. È questo il compito, ovvero la sfida che spetta al costituzionalismo nel Ventunesimo secolo: fare convivere, in perfetta armonia, le libertà dell'individuo con la tecnologia.”¹⁴

L'autore con acume ha quindi declinato, sulla scorta della strada indicata anche da Stefano Rodotà,¹⁵ una serie di indispensabili diritti del nuovo costituzionalismo: il diritto di accesso, il diritto alla libertà di espressione, il diritto alla privacy ed il diritto all'oblio.

Siamo sul terreno “classico” della tutela della dignità umana che percepisce la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo come, prevalentemente, incentrata sull'uso individuale della tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto.

Si è parlato altresì di un «nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto» (Rodotà cit. in nota 15).

Fino a giungere tuttavia a percepire che l'evoluzione tecnologica mette in questione anche la democrazia.

Con chiarezza affermando che gli studiosi di scienze sociali appaiono divisi tra coloro che sostengono come e perché Internet può rafforzare la democrazia e gli oppositori, che vedono in Internet una minaccia per la tenuta democratica degli Stati. Altrimenti, c'è stato chi, addirittura, ha imputato a internet la responsabilità di avere destabilizzato il sistema rappresentativo e avere favorito l'avvento del populismo (digitale). Piaccia oppure no, siamo in presenza di una nuova forma di democrazia, che ha già ricevuto diverse denominazioni: de-

¹³ A. VOLPI, *I padroni del mondo*, Bari Roma, 2024.

¹⁴ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Rivista di diritto di internet* reperibile in Rete.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma Bari, 2012.

mocrazia "elettronica" (ma questo termine definisce lo strumento e non l'agente); "virtuale" (ma in tal modo l'indicazione politica ne risulta indebolita); "continua" (per il suo carattere di referendum perenne); ovvero ancora "nuova democrazia di massa" (con riferimento all'antica democrazia diretta). La questione di fondo può essere così formulata: l'impatto politico delle tecnologie informatiche su quei fragili sistemi complessi che sono le democrazie contemporanee favorirebbe la costruzione di un'agorà o di un totalitarismo elettronici?

Ciò che va osservato è che i nuovi poteri privati sono più potenti degli Stati e che quindi il costituzionalismo nato dal trauma della degenerazione totalitaria del primo Novecento nel continente europeo - essendosi posto il solo problema di come limitare il potere dello Stato e rispetto all'evoluzione economica in atto - appare fuori centro.

Questi poteri privati sono privati però solo formalmente essendo di fatto ormai gestori di infrastrutture collettive indispensabili alla vita contemporanea.

Si è già visto nella storia dell'Occidente.

Basti pensare alle Compagnie delle Indie che furono associazioni nazionali di mercanti europei impegnati nei commerci con le cd. Indie orientali, ovvero i territori dell'Africa orient. e dell'Asia, e le Indie occidentali, ossia l'Africa occid. e l'America. Le compagnie furono fondate tra la fine del 16° e l'inizio del 17° sec., per iniziativa di privati, o per decisione dei governi, e godettero di privilegi commerciali, fiscali e spesso anche politici. Nei primi decenni l'espansione territoriale delle compagnie riguardò zone costiere limitate in cui creare le basi commerciali. Il trasporto di beni dall'Asia in Europa consisteva inizialmente in beni prevalentemente di lusso (come spezie e preziosi), poi di maggiore consumo (come i tessuti).

Si trattava di un'altra fase della globalizzazione, ma è evidente che la traiettoria è stata la medesima : le compagnie delle Indie sono passate da essere organizzazioni imprenditoriali solo private a divenire enti di rilevanza pubblicistica anche dotati di poteri fiscali e privilegi amministrativi vari .

I partiti ed i sindacati nel secondo Novecento, nel costituzionalismo classico di seconda generazione, hanno saputo temperare la frammentazione del potere statuale derivate dalla loro esistenza vedendosi riconosciuti dei poteri di rilevanza generale o pubblica, dalla conformazione delle relazioni industriali alla formazione dell'indirizzo politico.

In questo senso nell'analisi di Frosini la democrazia di Internet rafforza la democrazia rappresentativa e la rivitalizza.¹⁶

Si può sperare di andare nella stessa direzione ma con la consapevolezza che la strada è irta di difficoltà.

Una strada potrebbe essere anche la conformazione dell'impresa ai sensi dell'art. 41 comma 3 Cost. che è una norma cruciale anche nella transizione ecologica.

Le politiche dovrebbero andare nel solco della Dichiarazione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione europea "sui

¹⁶ Una nuova democrazia di massa, come è stata chiaramente definita , distinta e distante dai regimi di massa della prima metà del Novecento, in cui l'individuo singolo rimaneva in una soggezione psicologica recettiva e passiva con un totale obnubilamento delle libertà personali. Quelle stesse libertà che invece si esaltano e valorizzano nella nuova democrazia di massa.

Che non è tuttavia una destinazione fatale e irreversibile della società odierna. Essa è soltanto una direttiva di marcia dell'umanità, segnata dall'impronta della civiltà tecnologica che le imprime il procedimento. [...] In essa si realizza con apparente paradosso una nuova forma di libertà individuale, un accrescimento della socialità umana che si è allargata sull'ampio orizzonte del nuovo circuito delle informazioni, un potenziamento, dunque, dell'energia intellettuale e operativa del singolo vivente nella comunità.

diritti e i principi digitali per il decennio digitale” (2012/c 23/01).

Con l’accelerazione della trasformazione digitale è giunto il momento che l’UE specifichi come si dovrebbero applicare nell’ambiente digitale i suoi valori e diritti fondamentali applicabili offline. La trasformazione digitale non dovrebbe comportare la regressione dei diritti. Ciò che è illegale offline è illegale online. La presente dichiarazione non pregiudica le «politiche offline», come l’accesso offline ai servizi pubblici principali”.

Ma – naturalmente – questo documento che è un’ottima cosa perché mostra di essere consapevole dei rischi di una rivoluzione digitale incontrollata è anche condizionato dal fatto che l’UE non è un’entità politica in senso proprio, ma una Unione di Stati sovrani dotata di competenze tassative che tendono a pensarsi sempre più come generali nello spirito di una costituzione in fieri, ma che ancora non lo sono.

Al centro delle politiche dell’Unione sono il rispetto dei diritti fondamentali quali la protezione dei dati, il diritto al rispetto della vita privata, la non discriminazione e la parità di genere, nonché di principi quali la protezione dei consumatori, la neutralità tecnologica e della rete, l’affidabilità e l’inclusività. Inoltre non si trascura un’esigenza di maggiore protezione dei diritti degli utenti nell’ambiente digitale, nonché dei diritti dei lavoratori e del diritto alla disconnessione (l’informatica può divenire una gabbia da cui non si esce e può avere effetti escludenti per le generazioni più anziane).

Il modello tenuto presente è un modello di trasformazione digitale destinato a rafforzare la dimensione umana dell’ecosistema digitale e imperniato sul mercato unico digitale.

Gli Stati membri variamente chiedono un modello di trasformazione digitale in cui

la tecnologia contribuisca a rispondere alla necessità di lottare contro i cambiamenti climatici e proteggere l’ambiente.

Insomma fino ad ora la disciplina europea¹⁷ – assolutamente meritoria e di avanguardia a fronte dell’inerzia di altri sistemi – è risultata e risulta pesantemente condizionata dall’essere l’Unione una Unione economica e non politica.

Anche se nei documenti più recenti è evidente lo sforzo di usare le competenze unionali anche al fine di risolvere problemi di vera e propria natura costituzionale.

Si afferma infatti che v’è anche un problema di “sovranità digitale” al considerando 6 della dichiarazione citata :

“Il modello dell’UE per la trasformazione digitale delle nostre società e della nostra economia comprende in particolare la sovranità digitale in modo aperto, il rispetto dei diritti fondamentali, lo Stato di diritto e la democrazia, l’inclusione, l’accessibilità, l’uguaglianza, la sostenibilità, la resilienza, la sicurezza, il miglioramento della qualità della vita, la disponibilità di servizi e il rispetto dei diritti e delle aspirazioni di ognuno. Dovrebbe contribuire alla costruzione di un’economia e una società dinamiche, eque ed efficienti in La dichiarazione si pone inoltre l’obiettivo di guidare i responsabili politici nella riflessione sulla loro visione della trasformazione digitale: una trasformazione digitale che mette al centro le persone; che sostiene la solidarietà e l’inclusione, tramite la connettività, l’istruzione, la formazione e le competenze digitali, condizioni di lavoro giuste ed eque nonché l’accesso a servizi pubblici digitali online.

¹⁷ Su cui il testo, fondamentale per chiarezza espositiva e mirabile sintesi, di L. Torchia Lo Stato digitale, Una introduzione Bologna, 2023 che lo scrivente è stato lieto di presentare in un convegno torinese.

Essa ribadisce l'importanza della libertà di scelta nelle interazioni con gli algoritmi e i sistemi di intelligenza artificiale e in un ambiente digitale equo; promuove la partecipazione allo spazio pubblico digitale; cerca di aumentare la sicurezza e la protezione e conferisce maggiore autonomia e responsabilità nell'ambiente digitale, in particolare per i bambini e i giovani, garantendo nel contempo il rispetto della vita privata e il controllo individuale sui dati; infine promuove la sostenibilità.”

La dichiarazione va nella giusta direzione ma l'UE ha poteri solo sull'economia e gli Stati sono più deboli delle imprese da regolare.

11. Amministrazione e giustizia.

Si tralasciano volutamente i temi della giurimetria e della giustizia predittiva e della decisione robotica - lemma utilizzato da Massimo Luciani¹⁸ (temi interessanti

che meritano tuttavia considerazioni a sé stanti) - e ci si concentra – prima di parlare brevemente dell'impatto dell'algoritmo sull'amministrazione e sulla giustizia amministrativa che ne deve sindacare l'azione – sul tema relativo alla costruzione di una digitalizzazione della giustizia ed ai suoi effetti sull'indipendenza della magistratura; profili un po' trascurati solitamente dalla dottrina.

È evidente che la digitalizzazione implica l'esercizio di competenze amministrative volte a dotare i giudici dell'hardware e del software necessari a modernizzare il proprio operato mediante il ricorso ad un ambiente digitale, ritenuto più efficiente.

Qui possono esservi due strade : una accentrata (provvede il Ministero) un'altra decentrata (provvedono i singoli uffici magari a livello di Corti di appello; per la giustizia amministrativa è più facile optare per il modello accentratato).

Entrambi i modelli hanno controindicazioni: nel modello accentratato l'uniformità della tecnologia di supporto e la sua efficienza sarebbe meglio garantita ma il supporto tecnologico fornito dal Ministero entrerebbe nelle camere di consiglio (mediante la consultazione del responso fornito dall'I.A. ministeriale) contribuendo in qualche modo alla formazione della decisione (sia pure in ausilio) con il risultato di spostare la separazione classica dei poteri ed iniziando a mostrare la permeabilità del processo da parte dell'organizzazione amministrativa (non è un fenomeno nuovo si pensi alla rilevanza delle tabelle di composizione degli uffici giudiziari, formate in via amministrativa da Consigli giudiziari e CSM e destinate a rendere effettivo il principio

¹⁸ M. Luciani La decisione giudiziaria robotica AIC n. 3 del 2018, saggio che affronta la questione anche nella delicata e decisiva prospettiva dell'interesse all'oggettività della giustizia che sembrerebbe far propendere per l'uso massivo della robotica che viene scartata dall'illustre autore con queste considerazioni da integralmente sottoscrivere: “mettere in pratica l'idea estrema del robotgiudice ha in definitiva più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione, sicché quando chiediamo che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità matematica (ammesso – e nient'affatto concesso – che il robot possa essere infallibile). Forse il problema che l'idea della decisione robotica intenderebbe risolvere potrebbe essere rimosso se, da un lato, noi elevassimo pretese meno estreme (difficilmente compatibili, del resto, con un mondo fisico segnato dalla perdita delle credenze deterministiche, nel quale “tutti e sempre ci troviamo - nei confronti di tutte o quasi tutte le cose - in condizioni d'incertezza”) nei confronti del giudice e, dall'altro, questi recuperasse una cultura della giurisdizione che ne cogliesse la funzione servente (ma non per questo meno importante)

rispetto alla legislazione (e quindi alla decisione democratica).

costituzionale processuale del giudice naturale e della precostituzione del giudice).

Nel modello decentrato il giudice rimarrebbe il motore delle procedure amministrative, vi sarebbero meno rischi per la separazione dei poteri, ma si avrebbero forti rischi di diseguaglianze territoriali e di localismi.

Certo il sistema di I.A. a servizio delle magistrature implica la redazione di un progetto, lo svolgimento di una gara, l'uso di una tecnologia legittimamente validata in base al diritto unionale (regolamento UE 2024 /1689).

La giustizia è attività ove l'uso dell'I.A. è definito ad alto rischio.

I sistemi di IA identificati come ad alto rischio comprendono la tecnologia di IA utilizzata in:

- 1) infrastrutture critiche (ad esempio i trasporti), che potrebbero mettere a rischio la vita e la salute dei cittadini;
- 2) formazione scolastica o professionale, che può determinare l'accesso all'istruzione e al corso professionale della vita di una persona (ad esempio il punteggio degli esami);
- 3) componenti di sicurezza dei prodotti (ad es. applicazione dell'IA nella chirurgia assistita da robot);
- 4) occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo (ad esempio software di selezione dei CV per le procedure di assunzione);
- 5) servizi pubblici e privati essenziali (ad esempio il credit scoring che nega ai cittadini la possibilità di ottenere un prestito);
- 6) attività di contrasto che possono interferire con i diritti fondamentali delle persone (ad esempio valutazione dell'affidabilità delle prove);
- 7) gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere (ad esempio

esame automatizzato delle domande di visto);

- 8) amministrazione della giustizia e processi democratici (ad esempio soluzioni di IA per la ricerca di decisioni giudiziarie).

I sistemi di IA ad alto rischio sono soggetti a obblighi rigorosi prima di poter essere immessi sul mercato:

- 1) adeguati sistemi di valutazione e mitigazione dei rischi;
- 2) alta qualità delle serie di dati che alimentano il sistema per ridurre al minimo i rischi e i risultati discriminatori;
- 3) registrazione dell'attività per garantire la tracciabilità dei risultati;
- 4) documentazione dettagliata che fornisca tutte le informazioni necessarie sul sistema e sul suo scopo affinché le autorità ne valutino la conformità;
- 5) informazioni chiare e adeguate per l'operatore;
- 6) adeguate misure di sorveglianza umana per ridurre al minimo i rischi;
- 7) alto livello di robustezza, sicurezza e precisione.¹⁹

Vanno elaborate strategie pubblicistiche ed amministrativistiche per la gestione dei processi di digitalizzazione del processo nella responsabilità del Ministro della Giustizia e del Presidente del Consiglio e del Sottosegretario delegato ; dovrebbero essere coinvolti gli organi di autogoverno ed il Parlamento per la strategicità del tema e la sua inevitabile incidenza sul futuro assetto

¹⁹ La legge sull'IA è entrata in vigore il 1 agosto 2024 e sarà pienamente applicabile due anni dopo, con alcune eccezioni: i divieti entreranno in vigore dopo sei mesi, le norme di governance e gli obblighi per i modelli di IA per uso generale diventeranno applicabili dopo 12 mesi e le norme per i sistemi di IA – integrati in prodotti regolamentati – si applicheranno dopo 36 mesi.

della separazione dei poteri e la stessa idea che abbiamo dello Stato di diritto.

Più dissodato è il tema dell'uso dell'algoritmo nel diritto amministrativo ; tema noto come quello della decisione algoritmica.

La giurisprudenza (ad es. CdS VI n. 880 del 2020) ha enucleato alcuni principi:

- 1) conoscibilità delle ragioni della decisione (con il tema della black box che – attualmente – deve essere risolto nel dialogo fra giuristi e programmatore caso per caso²⁰);
- 2) La non esclusività della decisione algoritmica (principio della necessità dell'intervento umano²¹);
- 3) La non discriminazione algoritmica (il rispetto del principio di uguaglianza formale e sostanziale²²).

C'è sempre il tema dell'indagine sulla sovrapponibilità fra regola giuridica da applicarsi dalla P.A. e formula tecnica.

C'è il tema del rapporto con il procedimento amministrativo e la legge n 241 del 1990 le cui garanzie risultano formalmente ma non sostanzialmente superate quando si tratta di usare la tecnologia da parte dell'amministrazione.

Tutto il dibattito successivo si è incentrato sull'algoritmo fra atti vincolati e di-

screzionali (essendo problematica l'utilizzazione di algoritmi per queste attività), atti normativi (non algoritmici) ed atti generali (che ben potrebbero esserlo; a ben vedere in via generale l'algoritmo potendo qualificarsi così²³).

L'utilizzo di procedure “robotizzate” non può [...] essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa”, e che pertanto l'applicazione della regola algoritmica «deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. n. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.».

L'impiego degli algoritmi da parte della P.A. deve in ogni caso collocarsi nell'alveo del giusto procedimento amministrativo, incentrato innanzitutto sulla piena tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, e declinarlo nella forma del giusto procedimento tecnologico (technological due process).

A fronte della digitalizzazione dell'attività amministrativa, l'individuazione e l'applicazione dei principi di legalità algoritmica sono dunque funzionali a preservare e ad adeguare le norme procedurali che attuano le garanzie classiche dello Stato di diritto, affiancando alla rule of law una nuova rule of technology parametrata sullo statuto costituzionale della pubblica amministrazione.

Un'ultima notazione derivante dall'esperienza giudiziaria concreta: nel diritto antitrust talvolta emerge il divario di conoscenza fra Autorità di regolazione e soggetti regolati a vantaggio di questi ultimi²⁴.

²⁰ In black box models, deep networks of artificial neurons disperse data and decision-making across tens of thousands of neurons, resulting in a complexity that may be just as difficult to understand as that of the human brain. In short, the internal mechanisms and contributing factors of block box AI remain unknown.

²¹ L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Ciò sulla base del testo dell'art. 22 del GPD che recita nel testo inglese: The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.

²² Considerando 71 del reg. n. 679 /2016.

²³ Così R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 139.

²⁴ Si riporta parte della sentenza CdS VI n. 448 de 2023 sul

Ancora sapere e potere a confronto.
È questa la partita.

A FRANCO FRATTINI - GIANCARLO MONTEDORO

fenomeno dell'obsolescenza programmata degli smartphone:
“...Dagli esiti della disposta consulenza (relazione originaria e integrazione) è emersa, sostanzialmente, l'impossibilità di portare a termine gli accertamenti richiesti, sia per l'indisponibilità di alcuni dati tecnici essenziali, sia per l'intrinseca difficoltà dell'attività da svolgere.

Afferma, infatti, il CTU che:

a) “Analizzare il comportamento degli smartphone in modo non estemporaneo richiederebbe attività che non possono essere svolte nell'ambito della consulenza richiesta. In primo luogo, bisognerebbe poter esaminare il codice del sistema operativo e/o la documentazione di progetto quanto meno per le sezioni relative alla gestione energetica del dispositivo, onde verificare le modalità secondo le quali vengono gestite le tematiche in oggetto. In secondo luogo, per effettuare valutazioni sul funzionamento complessivo dei cellulari (HW + SW) bisognerebbe effettuare campagne sistematiche di test e di misura su popolazioni di prodotti che abbiano una sufficiente significatività statistica, sia come numero di dispositivi, sia per il tempo dedicato al test, sia per rappresentare la variabilità delle condizioni d'uso”.

b) “In generale, le procedure di test e validazione di un qualunque software possono servire a identificare e localizzare difetti, ma non ad escluderne la presenza”;

c) “Le prestazioni e lo stato di stress di un dispositivo sono fortemente influenzati dalle modalità di utilizzo dell'utente e da come il dispositivo viene conservato e manutenuto. Le prestazioni e la vita utile del dispositivo, quindi, non dipendono unicamente dall'HW e dal SW fornito dal produttore”.

Nella relazione integrativa il perito rileva, inoltre, quanto segue:

1) “Il sistema operativo di uno smartphone è memorizzato sul dispositivo come codice eseguibile e come tale non direttamente comprensibile in alcun modo da un essere umano: si tratta di una sequenza di 0 e 1 comprensibile solo al microprocessore del dispositivo”;

2) “Il codice eseguibile è ottenuto tramite un complesso processo di traduzione ed assemblaggio di vari pezzi del software complessivo (usiamo in questo caso dei termini generici per evitare inutili tecnicismi) a partire dal codice sorgente del sistema operativo. Il codice sorgente non è disponibile nei dispositivi in commercio. Il processo di traduzione ed assemblaggio è svolto dal produttore e porta al rilascio del codice eseguibile che noi usiamo e installiamo (le nuove versioni) sui nostri dispositivi durante gli aggiornamenti”;

3) “Per questi motivi, per studiare il comportamento del sistema operativo -OMISSIS-, il CTU e il suo ausiliario dovrebbero fare una richiesta alla casa madre, peraltro non solo del codice sorgente, ma anche di tutta la documentazione associata”;

4) “Ammesso e non concesso che -OMISSIS- acconsenta a fornire al CTU e al suo ausiliario il codice sorgente e la documentazione di uno dei suoi prodotti di maggior successo (una intellectual property di inestimabile valore), si tratterebbe presumibilmente di centinaia di migliaia se non milioni di pagine di documentazione e linee di codice sorgente da analizzare”;

5) “Anche ammesso che il CTU e il suo ausiliario avessero il

tempo di esaminare questa mole di informazioni, andrebbe comunque provato che il codice eseguibile installato sui dispositivi sia effettivamente derivato direttamente dal codice sorgente ricevuto, o da uno dei suoi aggiornamenti, operazione che richiederebbe una ulteriore quantità di lavoro assolutamente proibitiva”.

«Il CTU e il suo ausiliario ritengono pertanto che la richiesta di “acquisire e analizzare il sistema operativo” sia impraticabile».

Nella successiva sentenza Cds VI n. 6006 del 2023 sono state fornite all'Autorità alcune coordinate di conformazione dell'azione amministrativa dimensionate alla natura globale del fenomeno da contrastare che richiede il necessario coinvolgimento della Commissione europea.

4. AI e giustizia penale*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L’AI in funzione di supporto all’argomentazione giuridica. – 3. L’uso gregario dell’AI nei giudizi prognostici. – 3.1. Rischi di manipolazione. – 3.2. Problema dell’opacità del processo decisionale (c.d. *black box*). – 3.3. Effetto traslazione del giudizio – 3.4. Macchine e pregiudizio. – 3.5. Il problema *Group to individual*. – 3.6. Questioni di *privacy*. – 4. Riepilogo. – 5. Il *Judge-bot*. – 6. La cifra “umana” del giudizio non (ancora) surrogabile dalla macchina.

1. Premesse.

Se ne può pensare bene o male, ma l’intelligenza artificiale (di seguito, AI) ha già mostrato una sua utilità, perché ci costringe a rivedere le nostre priorità e le nostre credenze sul “diritto che vorremmo”, sottoponendole ad un robusto vaglio critico.

Secondo la visione tradizionale, l’indipendenza del giudice serve a garantire l’eguaglianza della legge (*in action*) per tutti.

Infatti, la prima garanzia di “eguaglianza per tutti della legge” è che questa sia applicata da un giudice (oltre che competente) indipendente e quindi imparziale.

L’indipendenza del giudice va poi intesa come libertà da ideologie politiche, ma anche da trappole conoscitive o *biases*.

Infine, il precedente creato dal giudice indipendente deve potersi stabilizzare per diventare diritto, senza essere scavalcato da altri precedenti, formati da giudici meno competenti o meno indipendenti.

Se questi sono gli scopi da perseguire, invero sacrosanti, va riconosciuto che l’AI nel diritto (anche penale) promette qualche appetibile vantaggio.

Infatti, l’AI può: accrescere la prevedibilità delle decisioni; accelerare il processo di uniformazione del diritto (chissà, vuoi anche, in una prospettiva di più lungo termine, a livello globale); per quel che qui interessa, schermare rispetto al rischio di

atteggiamenti di parte (l’AI nemmeno è iscritta a correnti di magistratura); evitare (in misura maggiore degli umani; vd. *infra*) errori, *biases*, faziosità¹, oltre, ovviamente, a conseguire gli obiettivi di questo e di futuri PNRR con enorme risparmio di costi.

Insomma, non ci sarebbe ragione di temere l’avvento dell’AI se – e sottolineo “se” – ritenessimo ancora valida in termini assoluti la vecchia ambizione del “giudice bocca della legge”.

Incarnando una razionalità penalistica pura (e cioè meramente cognitiva), l’AI esaudirebbe i sogni più sfrenati del penalista vetero-illuminista.

Si obietta, di solito: restano ancora dei problemi da risolvere.

Questo è vero, ma – come dirò di seguito – molti di essi possono essere ridimensionati già solo guardandoli in una luce diversa.

Prima di entrare *in medias res*, occorre però definire il campo della discussione.

* Testo rielaborato dell’intervento al Convegno “La magistratura e l’indipendenza”, Roma, 12 aprile 2024.

¹ In questa prospettiva si è ipotizzato, con lucida consequenzialità, che non avrebbe più ragion d’essere la figura del pubblico ministero e in genere il processo accusatorio, poiché l’AI supererebbe il problema della parzialità del giudice. NIEVAFENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, 2019, or. 2018 cit., 139 s.

Nella prima parte del discorso mi occupo però della prospettiva *soft*, in cui la macchina si affianca Giudice-Uomo, senza sostituirlo.

2. L'AI in funzione di supporto all'argomentazione giuridica.

Vieppiù a fronte dei carichi di lavoro che affliggono il sistema della giustizia (piaga difficilmente sanabile), perché dolersi di un più massiccio ingresso della tecnologia nelle sue aule?

Per i magistrati, sarebbe un sollievo non soltanto commissionare all'AI ricerche sul materiale legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, ma farle anche stendere *abstract*, sinossi delle posizioni a favore e contrarie; porle specifici quesiti giuridici; farle ideare soluzioni (argomentate e) eventualmente multiple.

Insomma, farle scrivere bozze di sentenze da perfezionare (o soltanto da firmare).

Immagino che questa sia una prospettiva concreta² e, per quanto dirò dopo, facile da realizzare sul piano tecnico. Basterebbe elaborare programmi che attingano ad infor-

mazioni in circuiti chiusi: che cioè abbiano accesso soltanto a banche dati qualificate di legislazione, giurisprudenza, dottrina (Leggi di Italia, CED, DeJure ecc.).

Un siffatto uso basico dell'AI consentirebbe un notevole risparmio di tempo, da dedicare allo studio di questioni complesse.

Analoghi algoritmi si renderebbero disponibili, com'è chiaro, anche per l'avvocatura cui permetterebbero di prendere meglio le misure giuridiche sul caso concreto, accrescendone le *chance* di successo.

Le attitudini "euristiche", la velocità nell'elaborazione dei dati, le capacità sintattiche e soprattutto semantiche della macchina, ormai decisamente performanti (vd. *infra*), farebbero il resto.

Ovviamente, però, non è tutt'oro quello che luccica.

Hai voglia ad avvertire che l'AI sarebbe solo di supporto al Giudice-Uomo. In realtà, così come la tecnologia ha diversamente modellato altri domini della conoscenza e la nostra stessa vita sociale (modificando pure l'immagine che abbiamo di noi stessi), molto presto produrrebbe mutazioni anche in ambito giuridico.

Un rischio da subito evidenziato è stato l'«effetto gregge»³, ovvero il pericolo che il giudice si conformi al dato statistico, che sarebbe nelle condizioni di più agevolmente reperire (tramite l'algoritmo) e conoscere, con conseguente effetto di deresponsabilizzazione. In effetti, la possibilità che si sviluppi, e molto velocemente, un atteggiamento di stampo "difensivistico" è difficilmente scongiurabile. In fondo, anche il più supponente dei giudici sa di disporre di un *expertise* che, per quanto ampio,

² Pochi giorni dopo il presente incontro di oggi è stato divulgato uno schema di disegno di legge delega governativo il cui art. 14 (Utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria) allo stato recita: 1. I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. Il Ministero della giustizia disciplina l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli uffici giudiziari ordinari. Per le altre giurisdizioni l'impiego è disciplinato in conformità ai rispettivi ordinamenti. 2. È sempre riservata al magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento.

³ GARAPON-LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, il Mulino, 2021; or. 2018, 184 s.

resta risibile rispetto a quello che con un addestramento di mesi/giorni si farebbe una macchina con un modello potente. Perché, allora, questo Giudice-Uomo dovrebbe correre il rischio di contrapporre il proprio punto di vista a quello della macchina?

Diciamolo pure, nella prospettiva della “sterilizzazione” del giudizio, l’effetto-gregge rappresenta non un problema, bensì “il” vantaggio: l’idea dell’indipendenza del giudice dal proprio personale sistema di valori significa conformazione e quindi, in questa prospettiva, quanto più grande ed omogeneo è il gregge, tanto meglio è.

È però facile intuire il prezzo del sacrificio richiesto da *questo* spirito maligno in cambio del suo dono⁴.

Già nel medio tempo, assisteremmo ad un graduale appiattimento delle dimensioni del diritto⁵.

Concetti giuridici, istituti, categorie, precedenti giurisprudenziali sarebbero posti a un identico livello e diverrebbero tutti “fatti” monodimensionali, con lo stesso peso specifico.

Alla caratura qualitativa, critica, del diritto si sostituirebbe quella quantitativa («*quantitas, non auctoritas facit legem*»)⁶ con conseguente strisciante trasformazione delle categorie giuridiche nonché, in definitiva, del modo di fare e di pensare al diritto⁷.

⁴ Scoperta allusione al titolo di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, 1996; or. 1985.

⁵ È più o meno questo il senso delle riflessioni di GARAPON-LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., p. 250 ss. Per un affresco delle possibili ricadute, a diversi livelli, sul diritto, G.M. FLICK - C. FLICK, *L'algoritmo d'oro e la torre di Babele*, Baldini e Castoldi, 2022; ZACCARIA, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Mucchi, 2023, in part. 34 ss.

⁶ GARAPON-LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 175.

⁷ Tanto nel ragionamento giuridico che controlla l’intero procedimento, quanto nella decisione robotica, cioè un insopprimibile aspetto di soggettività, che è legato alla storicità

Non troppo tardi cambierebbe, in definitiva, il modello stesso di diritto⁸.

Ciò detto, va pure riconosciuto che questa mutazione è cominciata da tempo, non per capriccio ma per le note ragioni legate alla domanda di giustizia. È quindi difficile pensare che la direzione di marcia possa essere invertita.

A tale *trend* del Servizio-Giustizia tocca rassegnarsi, così come ci si dovrà probabilmente rassegnare all’accelerazione dei suoi tempi, conseguente alla prima o poi inevitabile “esternalizzazione” del ragionamento giudiziario.

3. L’uso gregario dell’AI nei giudizi prognostici.

V’è poi un uso minimalista, ancora più “gregario” dell’AI: quello in cui la macchina non maneggia (direttamente) il diritto, ma affianca l’uomo nello svolgimento di alcuni giudizi, quelli prognostici, come, nel penale, la valutazione sulla pericolosità sociale⁹.

dell’uomo, che interpreta e programma. Solo che nel primo caso tale soggettività è esplicitata e manifesta, nel secondo invece essa è celata nei meccanismi di programmazione» ZACCARIA, *La responsabilità*, cit., 36). Spersonalizzazione, tuttavia, potenzialmente foriera di effetti anche significativi.

⁸ Altro e diverso problema è che la facilità nel raccogliere le decisioni di un dato giudice-uomo (monocratico) potrebbe rappresentare la condizione fattuale per un successivo uso scorretto o controllo delle informazioni. D’altronde, per un verso, già esistono negli USA siti (come *Ross Intelligence*) i quali consentono di predire le decisioni dei giudici-uomini sulla base dei loro orientamenti politici e delle loro caratteristiche personologiche, allo scopo di orientare il *forum shopping*, mentre in Francia analoga piattaforma (*Predictive*) è stata vietata (ne riferisce anche ZACCARIA, *La responsabilità del giudice*, cit., 30 s., il quale evidenzia il rischio che il diritto una dimensione di mercato). Per altro verso, forme di profilazione si renderanno possibili per altra strada, in virtù dei famigerati *test* all’ingresso della magistratura (che pare siano, piuttosto, *test* di personalità).

⁹ *En passant*, ci si è già spinti ad ipotizzare applicazioni in tema di colpa incosciente. Sul punto, D. Perrone, *La prognosi postuma*

Sino a poco tempo fa l'attenzione della dottrina si concentrava essenzialmente su questo utilizzo (più agevole da accettare, anche sul piano psicologico), sicché sul punto è più semplice stilare l'elenco dei vantaggi e degli svantaggi¹⁰, tentandone un bilancio.

3.1. Rischi di manipolazione.

1. Un'obiezione ad un uso, ai fini precisi, delle macchine è il rischio che l'AI possa essere manipolata fraudolentemente perché conduca a soluzioni preconfezionate.

Lo scenario più verosimile è quello in cui un "architetto delle scelte giuridiche" orienti, in modo indiretto ed opaco, le opzioni dell'operatore del diritto in direzioni gradite a lui (o a chi lo comanda), lasciandogli l'illusione della libera scelta. Si tratterebbe di qualcosa di simile a quel che accade con le "spintarelle gentili"¹¹ che riceviamo da internet in tema di acquisti, grazie alla profilazione che dei nostri gusti e della nostra personalità le macchine fanno, raccogliendo i dati che incautamente regaliamo loro per lo più, ma non solo attraverso l'uso dei *social network* (per non citare macro-casi come, ovviamente, al metodo usato da Cambridge Analytica nella campagna elettorale di Trump).

Si tratta, però, di aspetti inerenti alla, peraltro eventuale, patologia del sistema.

E, d'altro canto, nell'ottica della comparazione, non andrebbe trascurato che esistono anche (molte) forme di condizionamento indiretto delle decisioni del giudice-uomo.

Pure i giudici in carne ed ossa sono naturalmente corrompibili (e per essi è più difficile immaginare efficaci sistemi di sicurezza). Anzi, in linea di massima, lo sono più delle macchine, che ad oggi non risultano narcisiste, né avide, né supponenti, né carrieriste ecc., come invece, purtroppo, di tanto in tanto accade a qualche esemplare della specie *homo iuridicus*.

I giudici in carne ed ossa sono parimenti fallibili. Gli uomini, compresi quelli che operano nel campo del diritto, hanno infatti un'innata predisposizione per il pensiero causale che li induce a sovra-interpretazioni, ovvero a vedere nessi causali anche ove ci siano semplici probabilità statistiche e addirittura nei casi in cui tali probabilità siano basse o addirittura inesistenti, come dimostrato – ormai parecchi anni fa – dalla diffusione del pensiero magico anche tra quei magistrati propensi ad autorizzare le c.d. cure compassionevoli, contro qualunque evidenza scientifica.

Le macchine, invece, eccellono nella estrazione di *pattern* di dati e garantiscono un dominio della statistica incomparabilmente migliore di quello umano. Dovrebbero quindi commettere meno errori. Su questo essenziale aspetto tornerò a breve, a proposito dei *biases*.

3.2. Problema dell'opacità del processo decisionale (c.d. *black box*).

Sappiamo che il *machine learning* si caratterizza per la sua capacità di autonomo apprendimento e rielaborazione dei dati. Di conseguenza, diviene impossibile per gli

tra distorsioni cognitive e software predittivi, Giappichelli, 2022.

¹⁰ Io stessa ci provai in Di GIOVINE, *Il Judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 951 ss., che richiamo perché ne ho tratto, anche testualmente alcune, delle considerazioni a seguire.

¹¹ THALER – SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2024 (or. 2008), che tuttavia si cala nella cornice teorica del c.d. paternalismo soft "a fin di bene".

stessi programmatore interrogare la macchina attraverso processi di *reverse engineering*.

Ma, allora, se il processo decisionale resta indecifrabile, come garantirne la c.d. *accountability*?

Il tema esplose nella realtà giudiziaria americana, a proposito del celeberrimo caso COMPAS.

L'imputato era stato condannato dal Tribunale del Wisconsin ad una pena elevata in considerazione della sua elevata pericolosità sociale. Ricorse alla Suprema Corte sostenendo che i criteri di previsione dell'algoritmo non erano noti al pubblico, e nemmeno ai giudici. La Suprema Corte gli diede torto¹², sostenendo che l'imputato aveva accesso al manuale di utilizzo del *software* che, in uno con i suoi dati, poteva consentire un controllo sulla prognosi elaborata. Forse consapevole della debolezza della sua risposta, introdusse però importanti puntualizzazioni sull'uso – giammai esclusivo – di COMPAS¹³ (anche se ciò non sedò le polemiche).

Ebbene, la potenziale violazione del *fair trail* è un aspetto senza dubbio preoccupante.

Tuttavia, per un verso, gli informatici stanno profondendo molte energie per passare dalle *black* alle *white boxes* e già il Regolamento europeo contiene prescrizioni che limitano il ricorso a prodotti informatici ispezionabili dall'interno, oltre che robusti e sicuri.

Per altro verso, il problema è mitigato dalla eccezionale capacità di comunicare, e quindi di motivare, che sta mostrando la macchina e che consente, attraverso il meccanismo della “giustificazione”, una “falsificazione giuridica” e quindi un controllo sull'*output*, quantomeno postumo.

GPT (*Generatively Pretrained Transformer*) di OpenAI, ad esempio (ma esistono parecchi programmi simili), garantisce nel campo della motivazione *performance* superiori a quelle di molti giudici (sicuramente delle mie).

D'altronde, non tutti i provvedimenti giudiziari umani sono motivati o lo sono adeguatamente, e quindi non tutti i provvedimenti giudiziari sono controllabili *ex post*. L'ordinamento, poi, prevede rimedi limitati o non fornisce affatto rimedi alle motivazioni giuridicamente errate o solo illogiche del giudice di Cassazione. La *black box* non è, quindi, una esclusiva dell'artificialità.

Infine e soprattutto, dovremmo prendere in seria considerazione l'ipotesi che già oggi esistano *black boxes* umane dove meno crediamo.

Si pensi proprio alla prognosi di pericolosità sociale, su cui gli uomini ci sembrano più affidabili degli algoritmi. È davvero così?

In fondo, se tale prognosi è negativa, può essere sempre contraddetta dalla successiva commissione del reato.

Ma che accade se la prognosi è positiva? Come si fa a smentirla quando porti/lasci il condannato in carcere, neutralizzandone così materialmente - prima ancora che idealmente - la capacità criminale?

Probabilmente, la capacità valutativa umana è sovrastimata e probabilmente molte più motivazioni di quanto si pensi sono mere giustificazioni affabulatorie, la cui natura non indaghiamo per paura o per pigrizia.

¹² State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, 13 Luglio 2016.

¹³ S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 4. Ampiamente e con importanti puntualizzazioni, QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. Pen.*, 2019, 1748 ss.

Più radicalmente, va presa in serio esame la possibilità che i giudici eccedano in prognosi positive di recidiva (il che non sarebbe affatto una bella cosa).

Illuminante, in questa prospettiva, è che, secondo una ricerca giornalistica citata da una dottrina penalistica¹⁴, nel New Jersey, il ricorso all'algoritmo *Public Safety Assessment* (PSA), ideato per fornire indicazioni sulla capacità criminale dei richiedenti ai giudici impegnati nell'applicazione della *parole*, avrebbe determinato un considerevole aumento del numero di persone rilasciate senza pagare alcuna cauzione, con conseguenti benefici effetti anche in termini di riequilibrio delle sperequazioni sociali.

3.3. Effetto traslazione del giudizio.

«Il problema principale è che le percentuali di rischio di recidiva possano condizionare o almeno influenzare le decisioni giudiziarie sulla colpevolezza» che, per contro, come noto, dovrebbero basarsi su una certezza al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁵.

Questo, si osserva, sarebbe un «grossolano errore giuridico»¹⁶, in cui, però, è purtroppo verosimile che si cada già oggi.

Sarebbe, inoltre, un errore non più esecrabile di quello in cui i giudici incorrano per effetto dell'ingresso (di per sé per nulla negativo) nel processo penale di nuove metodologie di indagine della pericolosità sociale, prime tra queste quelle offer-

te dal *neuro-imaging* e dalla c.d. genetica comportamentale.

Infine, anche per esso, vale il solito antidoto che consiste nell'insistere sull'importanza dell'argomentazione, *ex ante*, e della giustificazione, *ex post* (per garantire il successivo controllo sul provvedimento giudiziario).

3.4. Macchine e pregiudizio.

Veniamo così al problema – il più interessante, nella prospettiva che qui interessa – dei *biases* degli algoritmi.

Si trova spesso citato il celebre studio di una ONG del 2016 sul già menzionato COMPAS, il *software* per la previsione del recidivismo in USA, quest'ultimo incorse in pregiudizi razziali legati all'etnia afroamericana (gli afroamericani furono stimati a rischio di recidiva nella misura del doppio dei bianchi)¹⁷.

Essendo la questione di non poco conto, è opportuno introdurre qualche precisazione, distinguendo tra pregiudizio diretto e pregiudizio indiretto.

Quanto al primo, è francamente inverosimile che l'algoritmo possa avere pregiudizi diretti in misura superiore all'uomo.

Chi non conosce la blasonata letteratura di psicologia cognitiva (stiamo parlando dei premi Nobel Kahneman e Tversky) intenta a dimostrare quanto frequentemente si incorra in trappole conoscitive¹⁸?

Tali trappole – si spiega – dipendono dal sistema intuitivo di conoscenza umana

¹⁴ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in DPU, 2018, 18 s., cui si rinvia per un quadramento generale del tema.

¹⁵ NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale*, cit., 62.

¹⁶ NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale*, cit., 31 ss.

¹⁷ <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

¹⁸ Fece da «apripista» lo studio di GUTHRIE - RACHLINSKI - WISTRICH, *Blinking on the bench: how judges decide cases*, Cornell Law Faculty Publications (Paper 917), Ithaca (NY), 2007 (online: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/917>).

(veloce, ma impreciso) (c.d. Sistema 1), che spesso prevale su quello razionale (lento, dispendioso ma più affidabile) (c.d. Sistema 2), producendo errori cognitivi¹⁹.

Il sapere giuridico, nonostante sia “specializzato” e quindi foriero di/basato su un migliore *problem solving*, resta pur sempre permeabile agli errori.

Anzi, è proprio l’alta incidenza di errori giudiziari dovuti all’insoddisfacente funzionamento delle c.d. euristiche a rappresentare la premessa per argomentare a sostegno di un uso giudiziario dell’AI²⁰.

In uno studio, ormai datato, condotto su alcuni giudici esperti di due distinti tribunali israeliani, chiamati a decidere sulla richiesta di benefici da parte di detenuti²¹, gli autori dell’articolo hanno ricordato che i fautori del realismo giuridico – corrente contrapposta al formalismo giuridico – possero l’accento sui fattori psicologici, politici e sociali che influenzano i provvedimenti giudiziari.

I ricercatori testarono nella pratica la nota massima caricaturale di Frank Jerome, secondo cui “la giustizia è ciò che il giudice mangia a colazione”²², monitorandone l’inclinazione a emettere provvedimenti favorevoli all’imputato. E, in effetti, constatarono un calo progressivo (fino alla vanificazione) di tale propensione dopo le pause che scandivano la giornata lavorativa.

Ora, se davvero la giustizia dipendesse da ciò che i giudici mangiano o *non* man-

giano, come nel citato esperimento, avrebbe molto senso ricorrere all’AI.

Gli algoritmi, infatti, non soffrono la fame e nemmeno la sete, non sono nervosi quando la mattina è finito il caffè per colazione, non patiscono paturnie amorose e litigi familiari. Gli algoritmi, almeno inizialmente, non sarebbero nemmeno iscritti a correnti e non dovrebbero confrontarsi con le logiche del CSM, perché non avrebbero ambizioni di carriera e non mirerebbero a incarichi direttivi.

D’altro canto, le macchine eccellono nell’arte di estrarre *pattern* di dati (riconoscono relazioni nei dati) e a tal fine usano “scorciatoie” diverse da quelle umane.

Non sorprende infatti che il termine «scorciatoia» abbia un’accezione positiva se usato a proposito dell’algoritmo, ove indica il modo in cui questo “pensa”, elaborando quantitativi incredibili di dati statistici in poco tempo, estraendone le correlazioni (vd. *infra*) e garantendo così una conoscenza non infallibile, ma oggettiva e abbastanza affidabile²³. Ed abbia invece un’accezione negativa nella psicologia cognitiva dove, riferito all’uomo, equivale a “euristiche” (le più famose sono la disponibilità e la rappresentatività) e fa il paio con la parola “trappole” conoscitive, vale a dire, con i vittuperati *biases*.

Il pregiudizio diretto è quindi sicuramente minore, o comunque più facilmente emendabile, negli algoritmi che negli uomini.

C’è poi il pregiudizio indiretto, contenuto nelle premesse della decisione e che quindi si ritrova nelle conclusioni, poiché il consequenziale sviluppo del ragionamento non fa che riproporlo. Così, se le premesse

¹⁹ KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011; trad. it., *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012.

²⁰ Per tutti, NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale*, cit., 31 ss.

²¹ DANZINGER - LEVAV - AVNAIM - PESSO, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in *Pnas*, 2011, 6889 ss.

²² KOZINSKI, *What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making*, in *Loyola and Los Angeles Law Review*, 1993, 26, 993.

²³ CRISTIANINI, *La scorciatoia*, il Mulino, 2023.

contengono un pregiudizio razziale, anche la conclusione ne sarà evidentemente affetta.

Pure il pregiudizio indiretto sarebbe però un problema risolvibile – almeno su un piano astratto – esercitando un rigoroso controllo sulle premesse, sugli *items*.

Una corretta programmazione, in uno con le (auto-implementanti) capacità logiche della AI, le assicurerrebbe, infatti, un dominio del dato statistico rispetto a quello umano²⁴.

3.5. Il problema Group to individual.

Problemi si pongono, semmai, su un piano opposto a quello indagato dalla citata corrente di psicologia cognitiva, che è quello delle inferenze, della negazione di rilievo al dato statistico: in definitiva, sul piano della mancata interruzione della frequenza.

È la vecchia questione del difficile rapporto tra statistica ed individuo (*Group to individual*).

Sia utile mutuare esempio, portato proprio in tema di AI: «Il fatto che un giudice renda statisticamente delle decisioni di affidamento dei figli a favore della madre non

riflette necessariamente un pregiudizio nei confronti del padre, ma piuttosto l'esistenza di fattori psicosociali, economici o addirittura culturali specifici della giurisdizione in cui esercita, come la presenza o meno di servizi sociali, il fatto che il bambino vada a scuola oppure no, l'orario di lavoro di ciascun genitore, o anche semplicemente la mancanza di interesse da parte di uno dei due genitori a farsi carico del figlio piccolo»²⁵.

In effetti, credo possa affermarsi che, in generale, le madri siano più “accidenti” dei padri e che, quindi, statisticamente la decisione di affidare un figlio alla madre sarà la decisione giusta.

Tuttavia, potrebbe non essere così nel caso concreto.

Chiedo – davvero non lo so –: sarebbe la macchina in grado di surrogare il giudizio umano, verificando se *quell'affidamento a quel* dato genitore di *quel* bambino in considerazione dei suoi *concreti* bisogni ecc. sia opportuno?

Fino a che punto la macchina può concretizzare il giudizio?

In maniera analoga, penalisticamente parlando, posso rientrare in classificazioni cui sono associati alti rischi di recidiva per certi tipi di reati, in rapporto al luogo in cui vivo, alle mie condizioni socio-economiche, al mio tasso di cultura, alla mia situazione familiare, e tuttavia – nonostante le statistiche non siano a mio favore – combattere ogni spinta criminogena, in base a circostanze e motivazioni personali che sfuggono alla conoscenza dell'algoritmo e che

²⁴ Tale dominio, peraltro, consentirebbe alle macchine di sopprimere, come oggi è in voga aggiungere, “rumori” di sottofondo (concetto che attiene alla variabilità e diverso da quello di *bias*) che inquinano il giudizio determinando una dispersione causale dei dati, attuando a tal fine le tecniche di “igiene decisionale” proposte da Khneman, Sibony e Sunstein nell’ultimo loro *best-seller* (*Rumore*, Utet, 2021; or. 2021). Le macchine infatti: operano l’aggregazione di giudizi indipendenti, facendone la media e riducendo in tal modo l’aleatorietà; deliberano in solitudine e non in collegio, il che – secondo gli autori citati – aggraverebbe il rumore a causa dei fenomeni di dipendenza sociale; non si lasciano condizionare dalle informazioni che invece negli uomini producono *biases* anche se corrette; possono strutturare agevolmente i giudizi (secondo direttive o linee guida).

²⁵ BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*, 4/2018, 191 s.

quindi non ne potrebbero “raddrizzare” il giudizio in una direzione aderente al vero.

Qui, però, la funzione emendativa non è svolta dalla componente tradizionalmente razionale del giudizio, bensì spesso dall'intuito, e cioè da quel Sistema 1 di conoscenza che secondo il *mainstream* è inaffidabile e che – nella comune rappresentazione – i giudici dovrebbero tenere rigorosamente a bada.

Ecco un esempio di ciò che intendeva quando, all'inizio, affermavo che la riflessione sull'AI potrebbe indurci a rivedere alcune nostre convinzioni.

Più esplicitamente, la riflessione sull'uso dell'AI ci pone questa domanda: siamo certi che l'assetiticità del giudizio, condizione prima dell'indipendenza – in cui abbiamo finora creduto fideisticamente –, sia un obiettivo da perseguire sempre e a tutti i costi?

3.6. Questioni di *privacy*.

Un altro problema è quello della *privacy* nei casi, discussi nella letteratura anglosassone in cui, per effettuare la stima di recidivismo, l'algoritmo attinga ad informazioni in rete che rappresentino dati sensibili. Qualunque informazione finisce sul *web*, anche una volta rimossa, lascia infatti comunque tracce riconoscibili (non da un umano) dalla macchina. Suppongo però che la costruzione di sistemi chiusi (in cui cioè rifluiscano soltanto i dati presenti nel fascicolo giudiziario) potrebbe quantomeno attenuare anche tale inconveniente.

4. Riepilogo.

Sono giunta alla (parziale) conclusione che, a fronte dei molti vantaggi ed enormi risparmi di costi, i problemi che creerebbe l'uso nel diritto dell'AI artificiale non sono

dissimili da quelli che già oggi affliggono la giustizia umana.

E ho insinuato che, se c'è un aspetto sotto il quale il giudice-uomo può garantire *performance* migliori della macchina anche solo nei giudizi prognostici, questo non ha a che fare con il concetto classico di razionalità, bensì con il ruolo – oggi forse sottovalutato – dell'intelligenza emotiva e dell'intuizione in ambito giuridico.

Tale conclusione si rafforzerà nella seconda parte del discorso, in cui proverò a immaginare la nascita (non “la creazione”, per le ragioni che dirò) di un *Judge-Bot*.

5. Il Judge-bot.

Di qui in poi non parlerò più, cioè, di un algoritmo che fornisce in ausilio del giudice-uomo le informazioni che questi le chiede per la decisione e/o che istruisce il fascicolo processuale, ma farò riferimento ad un algoritmo che decida e scriva esso stesso le sentenze al posto del Giudice-Uomo.

È opinione generale (recepita dal Regolamento UE del 2024 e dallo schema di legge delega governativo italiano) che ciò non debba accadere.

Ma da che cosa deriva tanta diffidenza?

Fino a poco tempo fa, il sospetto era che le macchine sarebbero state brave ad assicurare la stabilizzazione del precedente giudiziario – obiettivo, in effetti, massimamente apprezzato e caparbiamente perseguito – ma non altrettanto ad *interromperla*: obiettivo meno lodato ma importante quanto il primo in una società in continua, velocissima evoluzione in cui il conformismo interpretativo, lungi dal rappresentare uno strumento di riduzione della complessità, rischierebbe invece di mettere a repentaglio la stessa sostenibilità del sistema giudiziario.

Oggi, il problema potrebbe essere quello opposto, e cioè che le macchine si discostino, per ragioni conoscibili solo a posteriori (o non conoscibili affatto) dalle indicazioni ricevute inizialmente.

L'AI di cui parliamo è infatti molto diversa dai vecchi calcolatori che si limitavano a processare sequenze.

Gli esperti informatici avvisano che una evenienza concreta, plausibile e niente affatto lontana coincide con i contenuti fantascientifici (e distopici) dei romanzi e dei film di genere, e che l'AI presenta incredibili analogie con il pensiero umano.

Il punto, infatti, non è più “se” gli algoritmi pensino, ma “come” pensano e quindi come deciderebbero i singoli casi giuridici.

Un autore, esperto di informatica, che ha usato come pietra di paragone della sua esposizione il pensiero profetico di Alan Turing (le cui affermazioni, contenute nel celeberrimo articolo *Learning Machines* del 1950, hanno trovato tutte attuazione), riferisce che, in una delle sue ultime interviste (nel 1951, alla BBC), il celebre matematico affermò che non bastava più chiedersi se le macchine possono pensare come noi, occorrendo piuttosto domandarsi perché mai avrebbero dovuto fermarsi una volta raggiunto quel traguardo. Quell'autore ritiene che l'interrogativo sia già attuale²⁶.

In altre parole e per gradi, siamo abituati a pensare all'AI appunto come ad una “macchina” che: non ha iniziative proprie bensì le finalità che ad esse imprimono gli informatici; viene azionata dall'uomo in base ai suoi *desiderata* e poi all'uopo spenta; non ha curiosità se non quelle inculcate da chi la compulsa; è efficiente nel dare ri-

sponde ma non è in grado di formulare le domande; non essendo “incarnata”, non è capace di emozioni.

Alcune di queste certezze si sono però infrante.

Occorre infatti muovere dal presupposto, laico e scontato in ambito scientifico, secondo cui anche noi siamo macchine e che gli ingranaggi per il funzionamento del nostro sistema emotivo risiedono nel cervello e quindi dipendono dall'interazione tra questo (corpo) ed ambiente.

Poi, dobbiamo considerare che l'AI non è quella a cui siamo abituati a pensare (il calcolatore leibnitziano), ma è il *machine learning*, che si basa su reti neurali (le quali simulano il funzionamento e i sistemi di conoscenza del nostro cervello); è quindi una AI generativa.

Unendo le due premesse, già risulta come le differenze tra umani e macchine non siano poi così grandi come suggerisce la psicologia del senso comune.

Quindi, si può aggiungere che questa nuova AI ha accesso ad un numero infinitamente superiore di dati rispetto a quelli conoscibili dall'uomo, che li processa automaticamente, come fa l'uomo, ma in modo assai più veloce e che, infine, impara dall'esperienza come l'uomo, ma a ritmi esponenzialmente più rapidi.

Ecco allora spiegato come i c.d. “modelli di linguaggio” (non solo sintattici, ma anche semantici ed anzi di semantica-pragmatica) dell'AI si siano evoluti in “modelli di mondo”.

E perché *Transformer*, un algoritmo inventato nel 2017 per imparare ad associare sequenze di simboli ad altre sequenze di simboli – c.d. funzioni di tipo *sequence to sequence* – sia eccezionalmente abile nel trovare le parole mancanti all'interno di frasi (che è il tipo di *test* oggi somministrato, in luogo di quelli a risposta multipla, per la

²⁶ CRISTIANINI, *Machina Sapiens*, il Mulino, 2024, 100. Da tale saggio saranno tratte alcune delle considerazioni che seguono.

selezione di molti concorsi e dove – inutile dirlo – l'AI raggiunge traguardi molto più elevati degli uomini).

Questa constatazione, al di là di ogni altro rilievo, abbatte la credenza comune secondo cui le macchine non pensano, emblematicamente rappresentata dal celebre esempio della “stanza cinese” di John Searle²⁷.

Infatti, l'AI è ormai in grado di decodificare non soltanto il significato delle parole (*die Bedeutung*) in una prospettiva correspondentista, bensì anche di comprenderne il senso (*der Sinn*) in una prospettiva pragmatica ed ermeneutica, enucleandolo dal contesto che – neanche a dirlo – non è soltanto testuale, ma anche fattuale.

E poi c'è l'ultimo *step*.

«Quando milioni di parametri che interagiscono, il cui effetto sul comportamento finale non siamo in grado di predire, allora la macchina sta imparando qualcosa che ci è nuovo [...]. E quando ciò risolve un problema per cui non abbiamo alcuna teoria, come vincere a Go o raccomandare un libro, è appropriato parlare di comportamento autonomo e “diretto a uno scopo” e anche di apprendimento e intelligenza²⁸.

Dunque, sebbene in un modo diverso, gli esperti ci stanno dicendo che anche le macchine sono dotate di scopi (in senso og-

gettivo, come *teloi*) e di iniziativa, nel senso che pongono in essere autonome strategie intermedie per perseguire i suddetti scopi.

Ho d'altronde poc'anzi accennato al fatto che le macchine (i vari GPT, BARD ecc.) sono state “addestrate” con modelli di linguaggio e che hanno agevolmente imparato a maneggiare la pragmatica linguistica, ad individuare, cioè, i sensi delle parole muovendo dal contesto in cui sono usate.

Ho pure ricordato che tali modelli di linguaggio si sono sviluppati in “modelli di mondo”.

Al di là di una davvero impressionante aneddotica che illumina sulle analogie tra uomo e macchina, aggiungo che GPT-4 (l'ultima versione disponibile) ha superato i *test* della teoria della mente (c.d. *test* della falsa credenza di Perne e Wimmer del 1938, anche noto come il *test* di Sally e Anne) che – incidentalmente ma non troppo – alcuni studiosi avevano messo in relazione con l'empatia (ma si tratta di ipotesi da altri criticamente valutata). Si è rivelata cioè abile nel processare il “io so che tu sai che io so ...”: una capacità fino a poco fa ritenuta squisitamente umana.

Così stando le cose, non è affatto fantasioso lo scenario in cui gli algoritmi, i quali già oggi si auto-emendano e si perfezionano continuamente da soli, senza richiedere un intervento umano, più presto che tardi tale intervento “rifiuteranno”²⁹.

«Si sa fin dai primi lavori su GPT-2 che la qualità dei documenti di addestramento conta quanto la loro quantità, e quindi i fattori limitanti sono le risorse computazionali e i dati di qualità. Per il momento ci

²⁷ SEARLE, *Menti, cervelli e programmi*, 1980, in HOFSTADTER - DENNETT, *L'io della mente*, Milano, 1985, 341 ss.

Searle chiedeva di immaginalo seduto all'interno del calcolatore, una piccola stanza con un libro contenente la versione in inglese del programma utilizzato dal computer e carta e penna.

Searle riceve scritte in cinese attraverso una finestra di ingresso, le elabora seguendo le istruzioni del programma, e produce altri simboli cinesi in uscita, in modo identico a quanto faceva il calcolatore, ma non capisce i simboli cinesi.

²⁸ La sua mancanza di comprensione dimostrerebbe che il calcolatore non può capire il cinese, poiché, come lui, è un semplice manipolatore di simboli.

²⁹ CRISTIANINI, *La scorciatoia*, cit., 75.

²⁹ Questa prospettiva al laico non sembra poi del tutto lontana da quella disegnata nel tanto citato quanto criticato N. BOSTROM, *Superintelligenza*, Bollati Boringhieri, 2023 (or. 2014).

sono ancora delle risorse da utilizzare (per esempio libri digitalizzati), ma prima o poi si raggiungerà un limite. A quel punto sarà forse di nuovo il momento di considerare nuove idee, come consentire a questi modelli di imparare direttamente dal mondo, per esempio attraverso dei sensori»³⁰. E c'è da scommettere che qualche grande azienda sia, per questo, già al lavoro.

La prospettiva, inquietante, è poi che l'intelligenza umana sia superata al raggiungimento di una “massa critica” e cioè di una soglia oltre la quale le prestazioni della macchina intelligente inizino ad accelerare, il che segnerebbe il passaggio dal compimento di piccoli sebbene continui passi, a grandi salti, ovvero a cambiamenti impredicibili³¹. E, con essi, ad una nuova accezione dell'automazione, chissà se più etero-guidabile.

Se è così, non potremmo nemmeno escludere che – a fronte dell'inarrestabile profluvio di procedimenti, stimolato anche dal progresso giuridico – non è certo una novità che i diritti siano “tiranni”, come si esprimeva Schmitt³² o “insaziabili”, secondo la meno drastica definizione di Sebok³³ –, si ceda alla pressante tentazione di ricorrere all'uso di sistemi operativi informatici, casomai dapprima per le cause facili e i settori meno sensibili, e che il *Judge-bot*, a poco a poco, cominci ad assumere iniziative proprie autodeterminandosi secondo logiche a noi incomprensibili (così come non risulta decodificabile la mossa a “Go” che, secondo una ricostruzione postuma, assicurò

all'AI la vittoria sull'allora indiscusso campione umano suo avversario nella partita). Che, cioè, si direzioni autonomamente in senso giuridico.

6. La cifra “umana” del giudizio non (ancora) surrogabile dalla macchina.

Torno allora al principio di questa seconda parte del discorso.

Da un lato, generalmente si pensa che l'algoritmo non abbia curiosità e che sia abile a dare risposte ma del tutto incapace di porre domande.

Ora, mi sembra di capire che non è del tutto così e che gli informatici non escludano affatto la possibilità di un rafforzamento ulteriore dell'iniziativa della macchina, la quale già si addestra da sola, raggiungendo gli obiettivi assegnati mediante *steps* intermedi spesso incomprensibili all'umano e quindi da lui non prevedibili³⁴.

Peraltra, nemmeno si esclude che, finiti i dati digitali a disposizione, le macchine comincino – come già detto – ad interagire direttamente con il mondo reale, «per esempio attraverso le videocamere delle *smart city* o le telefonate dei *call center* che verranno sempre di più automatizzati, e poi i sensori delle automobili autonome, e così via»³⁵.

Ciò potrebbe implementare i “modelli di mondo” fattuale anche giuridico e le finali-

³⁰ CRISTIANINI, Machina, cit., 88.

³¹ CRISTIANINI, Machina, cit., 135.

³² SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, 2008 (or. 1960).

³³ ... resa nota ai non addetti ai lavori in Italia da PINTORE, *Diritti insaziabili*, in EAD., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, 2010, 83 ss.

³⁴ Vd. anche TEGMARK, *Vita 3.0*, Cortina, 2018 (or. 2017), 329 ss.

³⁵ CRISTIANINI, Machina, cit., 137. Con un invito alla cautela nell'impiego dell'IA, nella consapevolezza delle difficoltà insite nella sua disciplina normativa, si concludono le riflessioni di D. ANDLER, *Il duplice enigma*, Einaudi, 2024, 341 ss.

tà (nel senso prima precisato) sue proprie della macchina.

Dall'altro lato, il *minus* della macchina rispetto all'uomo consiste nel fatto che essa, eccellendo nell'uso della probabilità statistica, ha un eccezionale Sistema 2 di conoscenza ma è sprovvista del Sistema 1, perché non ha intuito né emozioni (distingue le due entità soltanto per ragioni di sintesi espositiva): emozioni il cui ruolo è forse ingiustamente sottovalutato nella pratica giuridica, soprattutto quando si tratti di prendere decisioni su "casi difficili"³⁶.

In effetti, sebbene l'AI garantisca sotto molti aspetti *standard* più elevati di quella umana, il fatto di non avere un corpo e di non essere senziente – di non avere, quindi, una "comprensione incarnata"³⁷ – potrebbe essere un *handicap*, perché non le consente di maneggiare casi ad alto contenuto assiologico, soprattutto se "nuovi".

Ciò accade perché il diritto – al di là delle contrarie affermazioni – è legato a doppio filo all'etica e l'etica, a sua volta, ha una dimensione intuitiva e "sentimentale" la quale sopravvive sotto la coltre di un razionalismo a volte fasullo con cui cerchiamo di nasconderla e che usiamo per giustificare (*ex post*) quella che, in realtà, è soltanto la nostra prima reazione "incarnata".

Ovviamente, non è detto che le cose non cambino. Volendo credere a quel che ci dice la scienza (io ci credo), le emozioni non sono metafisiche ma biologiche, essendo create dal cervello, che è una macchina (stupefacente e sofisticata).

E, se è vero che l'AI generativa emula l'uomo, non possiamo escludere del tutto, sul piano astratto, che, una volta raggiunta la "massa critica", lo sviluppo delle reti neurali, generi, prima o poi, qualcosa che somiglia (?) alle emozioni anche nelle macchine.

Perché ciò accada ci vorrebbe però tempo. Che cosa fare, allora, nel mentre?

Dovremmo procedere come siamo abituati a fare, e cioè tradurre in linguaggio matematico (assegnando punteggi?) i valori di una qualche etica normativa e impartire alla macchina criteri di priorità nel caso di conflitto tra valori.

Tuttavia, quale, tra le tante etiche normative? L'offerta filosofica è ampia in proposito (tanto per fare un esempio, l'etica kantiana e quella utilitarista portano talvolta a risultati opposti nella decisione di casi analoghi).

Inoltre, conflitti di valori si inverano con frequenza decisamente maggiore di quanto ci piace pensare, non potendosi trascurare che essi (i valori) presentano sfumature qualitative e si manifestano con quantitativa intensità differenziata quando interagiscono tra loro nel confronto con la potenzialmente infinita molteplicità dei casi concreti.

Credo sia per questa ragione che la macchina incontra difficoltà ad "addestrarsi" in campo etico. E per questa ragione è prevedibile che per molto tempo non garantirà prestazioni analoghe a quelle cui ci ha abituato quando ci consiglia quale libro comprare, quando risponde alle nostre curiosità su un film o sulla civiltà dei Maja, quando legge una radiografia (sembra che, con grande disappunto dei radiologi, sia molto versata in quest'attività) o ci propone una diagnosi medica n genere.

In sintesi, come d'altronde dimostrato dal dibattito sulle auto intelligenti e, su altro piano, dai romanzi di Asimov (che sembra essersi molto divertito a scompaginare

³⁶ Di GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, il Mulino, 2022, dove sviluppo i temi di seguito accennati.

³⁷ L'espressione "comprensione incarnata" è del filosofo Vittorio Gallese. Da ultimo, V. GALLESE, U. MORELLI, *Cosa significa essere umani?*, Cortina, 2024

le tre leggi³⁸ che aveva egli stesso creato), è difficile per noi istruire l'AI a riconoscere le associazioni tra quei particolari dati che sono *valori*, operandone bilanciamenti nel caso concreto, ed è anche difficile per l'AI proseguire, poi, nel suo lavoro di apprendimento automatico.

Le macchine – vale la pena di ribadirlo – sono senza dubbio intelligenti, ma in un senso diverso dal nostro, il che potrebbe forse comportare – nei casi a forte pregnanza assiologica – esiti decisionali contro-intuitivi e forse non desiderabili.

Si è allora, infine, compiutamente delineato l'interrogativo iniziale sul diritto che ci piace e che vorremmo.

All'esito di questo percorso sembra aver trovato conferma la tesi che l'AI sta mostrando nei campi della cognizione pura capacità o potenzialità incomparabilmente superiori a quelle di un giudice-uomo ed in altri ambiti, quelli della “conoscenza incarnata”, *performance* nettamente inferiori.

In fin dei conti, probabilmente per questa ragione, essa è avvertita come insoddisfacente.

Se così fosse, dovremmo però rivedere alcune premesse, troppo rigide, del discorso giuridico razionalista e mettere in discussione che sempre emozioni, intuito e anche pregiudizio (in senso ermeneutico), quindi parzialità siano il male assoluto, da combattere ad ogni costo (anche con la AI).

Tutt'altra questione è se, per preservare il lato umano della giustizia, sia sufficien-

te chiudere le porte al *Judge-bot* come recentemente fatto dal Regolamento europeo (e dal disegno di legge nazionale), le cui scelte non dipendono da misoneismo, ma da condivisibile cautela, perché sottendono una giustificata paura di pericoli dei quali non cogliamo ancora precisamente fisionomia e spessore.

Temo però non sia possibile prevedere quali saranno gli sviluppi nel prossimo futuro. A meno di immaginare un affatto irrealistico “disarmo informatico”, non so se sia a tal fine sufficiente una regolamentazione legislativa della materia, che evoca un po’ l'improbabile gara di corsa tra una lumaca e una lepre.

Ma, forse, a questo punto non ha nemmeno più senso farsi questa domanda.

OMBRETTA DI GIOVINE

³⁸ 1. Un robot non può recare danno agli esseri umani, né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, gli esseri umani subiscano un danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, tranne nel caso che tali ordini contrastino con la Prima Legge. 3. Un robot deve salvaguardare la propria esistenza, purché ciò non contrasti con la Prima e la Seconda Legge.