

Note sul processo come algoritmo*

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il lavoro qui presentato accentra la sua attenzione sulla questione dei metodi di soluzione dei problemi, con particolare riguardo alle metodologie svolte in ambito giuridico ed a quelle che informano il sapere matematico. Si constata che sussiste nell'alveo della cultura giuridica moderna una tensione a ricondurre il problema da risolvere nel campo del calcolo, sì da prendere a modello le metodologie proprie alle scienze cosiddette esatte. In questa prospettiva il processo giuridico tende a risolversi in un algoritmo applicativo della legge. Di converso si sofferma l'attenzione sulla constatazione che da più parti, non ultimo nel dettato costituzionale, si induca a considerare il processo il luogo del contraddittorio fondato sul metodo dialettico, sì da considerare il processo non solo il luogo in cui le parti dialogano sul tema controverso, ma anche il luogo ove, per mezzo del contributo delle parti, venga posta la regola per la soluzione del problema. Due prospettive

contrapposte, l'una dialettica, l'altra logico-deduttiva, che offrono due diversi sviluppi al tema del processo. In conclusione si ritiene che, proprio avuto riguardo allo sviluppo d'una società pluralista, in metodo dialettico possa offrire delle soluzioni non chiuse all'interno di un sistema ipotetico, fondato nel presente caso sulla sacralità della legge, bensì aperte alle diverse istanze che promanano dalla realtà sociale.

PAROLE CHIAVE

ALGORITMO;
APPLICAZIONE AUTOMATICA DELLA LEGGE;
GEOMETRIA LEGALE; INFORMATICA GIURIDICA;
INTERPRETAZIONE GIURIDICA; PROCESSO;
RETORICA GIURIDICA.

SOMMARIO: 1 SULLA DETERMINAZIONE DI SIGNIFICATO DEI TERMINI DEL TITOLO; 2 IL PROCESSO QUALE ATTUAZIONE DELLA LEGGE?; 3 SULL'ATTUAZIONE AUTOMATICA DELLA LEGGE; 4 SULLE RADICI DELLA APPLICAZIONE MECCANICISTICA DELLA LEGGE; 5 TEORIA ED IDEOLOGIA DEL DIRITTO; 6 L'INDIVIDUO VIRTUALE; 7 PER UN RITORNO ALL'INTERPRETAZIONE.

1. SULLA DETERMINAZIONE DI SIGNIFICATO DEI TERMINI DEL TITOLO.

Assumiamo, all'interno di questo particolare universo di discorso, essere il processo un itinerario di risoluzione di un problema posto

dalla vita quotidiana; il processo giuridico si palesa, pertanto, come l'itinerario di soluzione giuridica di un problema.

In proposito rileviamo, sulla scorta delle indicazioni tratte da Fazzalari¹, che "il processo è il modello elettivo delle attività giurisdizionali"; al fine di circoscrivere il discorso, rico-

* Il presente scritto riproduce la lezione tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Salento il 23 novembre 2009. La pubblicazione dell'intervento è occasione per ringraziare il Preside della Facoltà di Giurisprudenza, il professore Raffaele De Giorgi, per il cortese invito e, con l'Amplissimo, il dottore Giovanni Pellerino per la cortese disponibilità dimostratami durante il soggiorno a Lecce.

¹ Cfr. E. Fazzalari, *sub voce* *Processo (teoria generale)*, in *Nuovissimo digesto italiano*. La voce è apparsa nel 1976.

nosciamo che il processo ed il procedimento appaiono specie di un genere comune, ma fra i due sussiste una profonda differenza; acciòché si palesi un processo, e non un mero procedimento, non basta che sussista una generica partecipazione del privato alla formazione del provvedimento; infatti, per Fazzalari, “occorre qualcosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento. La quale consiste non solo e non tanto in ciò che alla fase preparatoria del provvedimento partecipino anche gl’interessati, cioè, di norma, i destinatari degli effetti di esso, quanto e soprattutto in ciò che, nel processo, i poteri, le facoltà, i doveri attraverso il cui esercizio si attua questa partecipazione, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da attuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni”. Stante all’insigne processualista, “alla struttura corrisponde lo svolgimento dialettico del processo: la simmetria delle posizioni soggettive, la loro mutua implicazione, la loro sostanziale parità si traducono, per ciascuno dei partecipanti, nella possibilità d’interloquire non episodicamente, e soprattutto, di esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di controlli, di relazioni e di scelte, e nella necessità di subire i controlli e le relazioni altrui”².

Tali concetti sono ripresi, fra i vari luoghi³, dallo stesso autore un decennio dopo, nel momento in cui ribadisce che il processo si caratterizza per la “struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, «il contraddittorio»”⁴.

2 Le citazioni sono tratte da *ibidem*, p. 1068 e p. 1072.

3 Cfr., fra gli altri, F. Gentile, *La controversia alle radici dell’esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987, p. 151 (con contributi di C. Argiroffi; P. Barcellona; G. Capozzi; A. Carrino; A. Catania; F. M. De Sanctis; V. E. Cantelmo; P. Stanzione; G. Marino; L. Orsi) e F. Cavalla, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in *Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Padova, 1998, p. 41 (con contributi di M. Taruffo; B. Montanari; G. Fiandaca; P. Comanducci-R. Guastini; G. Pecorella; M. Jori; A. Pintore; D. Zolo; A. Margara; V. Albano; L. Alfieri; P. Borsellino; G. Incorvati; L. Ferrajoli; V. Villa; M. Fracanzani; M. A. Cattaneo; G. Insolera; P. Pittaro; G. Melis).

4 E. Fazzalari, *sub voce Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*. La voce è apparsa nel 1986.

Possiamo definire il secondo termine presente nel titolo, l’algoritmo, anch’esso come un procedimento volto alla soluzione di un problema sorto nella vita quotidiana; in particolare possiamo ritenere l’algoritmo un insieme ordinato, in sequenza, di tutte le regole precise, inequivocabili, analitiche, generali, astratte, formulate *ex ante* al caso da risolvere e senza alcun riferimento a questo, la cui scrupolosa e letterale applicazione pone infallibilmente in grado di conseguire il risultato voluto (il quale appare, proprio perché ottenuto con l’applicazione corretta delle regole racchiuse nell’algoritmo, valido)⁵.

Se, per un verso, il processo e l’algoritmo appaiono accumulati dal medesimo intento di porre una soluzione ad un problema ed in questo paiono specie dello stesso genere, per altro, pare, che gli stessi divergano profondamente per ciò che concerne il metodo con cui tale soluzione viene perseguita: la struttura dialettica del processo si oppone al divenire logico-deduttivo dell’algoritmo.

Che il processo si definisca per la presenza del contraddittorio inserito all’interno d’una struttura dialettica, la quale, viceversa, non informa l’algoritmo, non ci permette ancora di risolvere il problema del rapporto fra i due termini presenti nel titolo attraverso una reciproca esclusione, giustificata dal fatto che l’algoritmo non rimanda all’incedere dialettico. Questa constatazione ci permette soltanto di riconoscere come il metodo utilizzato per giungere alla soluzione non sia comune fra il processo giuridico, così come viene tratteggiato dal Fazzalari qui richiamato, e l’algoritmo; mentre comune rimane l’intento di fondo, ovvero la ricerca della soluzione.

Una drastica e, forse, aprioristica presa di posizione volta ad escludere una possibile relazione fra il processo e l’algoritmo ci viene, fra l’altro, inibita proprio dalla definizione dell’incedere dialettico, che, come noto, appartiene alla speculazione platonica: “per il fatto

5 Sull’argomento cfr. *in primis* R. Borruso – C. Tiberi, *L’informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Milano, 2001. In merito alle definizioni dell’algoritmo mi permetto di rimandare, soprattutto per il riferimento a fonti matematiche, al mio *Questioni sull’informatica giuridica*, Torino, 2003.

che non si è abituati a condurre una ricerca mediante la suddivisione per specie, gli uomini riconducono immediatamente al medesimo punto ritenendole simili cose che sono tanto diverse tra loro, e, insieme, fanno anche tutto l'opposto, suddividendone altre non secondo specie; bisognerebbe invece, appena ci si accorge della partecipazione fra loro di molte realtà, non cessare di esaminarle prima di aver colto in questa partecipazione tutte le differenze, quante esse siano che si fondino sulle specie, e d'altra parte, quando vengono ravvisate in una molteplicità le svariatissime dissomiglianze ivi presenti, non dovrebbe essere possibile distogliarsene sconcertati prima di aver raccolto, nella determinazione dell'essere corrispondente di un genere dato, tutto ciò che è congenere, racchiudendolo in una sola somiglianza"⁶.

Convieni, pertanto, indagare ancora intorno al rapporto fra i due termini e non chiudere qui la nostra riflessione; infatti, la questione non può venire ancora risolta riconoscendo la contraddittorietà d'una comune presenza (o, meglio, d'un sovrapporsi) di processo ed algoritmo se, in autorevole dottrina, possiamo leggere che "difficilmente si possono ritenere esaustive le comuni definizioni della giurisdizione, che anzi in certo qual modo, in quanto presuppongono un sistema chiuso, sono la negazione della giurisdizione, e comunque ne sminuiscono la portata. La dimostrazione più evidente è data dalla definizione della giurisdizione come attuazione della legge [...]. Il fatto è che nella riferita definizione la legge è concepita come una volontà esaustiva di tutta la realtà, un esterno comando, che è in rapporto meramente formale con la giurisdizione, la quale si limita appunto ad attuare quel comando. È come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare gioco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra l'applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire"⁷.

6 Politico, 285 (citiamo avvalendoci della traduzione di Attilio Zardo in Platone, *Opere complete. Cratilo, Teeteto, Sofista, Politico*, Roma-Bari, 1987, p. 295).

7 S. Satta, *sub voce Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*.

La citazione tratta dall'opera di Salvatore Satta, ci permette di cogliere, per lo meno in ambito dottrinale, la presenza di due prospettive; per un verso la tendenza a cogliere il processo (per dirla con Fazzalari, il "modello elettivo dell'attività giurisdizionale") come luogo fondato ed indirizzato dalla dialettica fra le parti, per altro, invece, quale puro momento attuativo della legge, ovvero, richiamando la definizione di algoritmo, meccanismo logico-deduttivo atto alla soluzione di problemi (e ciò nonostante il preciso e forte richiamo al contraddittorio ora contenuto inequivocabilmente, a seguito della legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, nel testo dell'articolo 111 della Costituzione italiana).

2. IL PROCESSO QUALE ATTUAZIONE DELLA LEGGE?

Sussiste, pertanto, all'interno della cultura giuridica una tendenza ad indicare nella legge il fulcro intorno al quale si dispiega l'itinerario processuale, sicché le parti risulterebbero ad essa, quanto meno, complementari.

Se la giurisdizione si risolvesse nell'applicazione della legge, allora l'algoritmo ritroverebbe non solo legittimità, ma addirittura centralità all'interno del processo e la struttura dialettica risulterebbe non solo residuale, ma di fatto esiziale per il corretto svolgimento del processo.

Per incidens va osservato come, all'interno di questa prospettiva, che taluni definirebbero *legolatrica*⁸, e che, di fatto, come vedremo in seguito, si coagula intorno all'idea del sillogismo giudiziario, le parti, le protagoniste del contraddittorio, comparirebbero soltanto nella premessa minore del sillogismo; questo è, infatti, informato dalla premessa maggiore, nella quale si racchiude la *legge*. L'azione delle parti trova così la sua qualificazione giuridica nello sviluppo del sillogismo, fondato dalla premessa maggiore, per tramite della formale sussunzione della fattispecie con-

8 Cfr. il contributo di Paolo Moro, *Il giurista telematico. Informatica giuridica ed etica della mediazione*, nel volume da egli curato *Etica Informatica Diritto*, Milano, 2008 (con contributi di M. Cossutta; P. Heritier; F. Macioce; G. Marzotto, A. Montanari; F. Puppo; C. Sarra; R. Scudieri).

creta in quella astratta; la legge che illumina i fatti della vita quotidiana e che, come un centro di forza centripeta, attira i fatti della vita a sé offrendoli quella giuridicità, che nel loro concreto svolgersi, sarebbe sconosciuta all'insieme dei quotidiani accadimenti.

Sicché, si badi bene, la soluzione giuridica di un problema posto dalla vita quotidiana sarebbe già sussistente prima del suo verificarsi e sussisterebbe anche in assenza del suo verificarsi, perché la soluzione è, seguendo le indicazioni critiche di Satta, per questa prospettiva largamente dominante nella cultura giuridica moderna, racchiusa nell'articolo di legge. Si tratta solo di applicarlo.

Ritengo che si posseggano, a questo punto, sia pur rapsodicamente disposti, tutti gli elementi per poter cogliere la portata di un'affermazione solo in modo apparente paradossale. Su una *Appendice della Enciclopedia del diritto* possiamo leggere: "senza nulla togliere all'importanza dell'informatica giuridica documentaria, il tema più importante dell'informatica giuridica deve, a nostro avviso, essere considerato quello dell'applicabilità automatica della legge"⁹.

3. SULL'ATTUAZIONE AUTOMATICA DELLA LEGGE

La questione qui sollevata è spinosa; come l'autore stesso sottolinea, siamo nel campo dell'utopia, nell'ambito dell'affascinante connubio tra progresso tecnologico e svolgersi dei fatti politici e giuridici, il cui approccio problematico ha visto sbocciare *antiutopie* come 1984 e Fahrenheit 451.

È bene quindi procedere con ordine al fine di comprendere se e come certa tecnica possa essere posta al servizio dei fatti politici e giuridici; la tecnica inerente ai sistemi informatici si sviluppa per mezzo di algoritmi e, pertanto, il nostro discorso viene integrato da una nuova espressione: la *legge-algoritmo*¹⁰.

⁹ Così Renato Borruso, *sub voce* *Informatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto. Appendice*, p. 654, La voce è apparsa nel 1997.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 658.

Senza soffermarci in ulteriori preamboli¹¹, una *legge-algoritmo* risulta operativa, ovvero porta alla soluzione di un problema, se applicata automaticamente. Dobbiamo pertanto interrogarci sulla collocazione di questo particolare modo di applicare la legge all'interno della cultura giuridica. In particolare, al di là dei richiami già effettuati, va indagato il rapporto fra queste istanze, volte all'automatismo nell'applicazione della legge, ed il mondo del diritto. Va anticipato che il rapporto che si può intravedere fra questi due poli appare, se non ottimale, certamente ben consolidato.

A riprova di ciò richiamiamo un classico della cultura giuridica contemporanea: *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, corso di lezioni tenuto da Norberto Bobbio nell'anno accademico 1960-1961 e raccolto da Nello Morra¹².

Nel paragrafo 57 del Capo IV (*La funzione interpretativa della giurisprudenza*) possiamo leggere: "la concezione giuspositivistica della scienza giuridica è stata accusata di *formalismo* [...] siamo di fronte a quello che abbiamo definito *formalismo scientifico*: il giuspositivismo ha una concezione formalistica della scienza giuridica in quanto nell'interpretazione dà assoluta prevalenza alle forme, cioè ai concetti giuridici astratti e alle deduzioni puramente logiche che si possono fare in base ad essi, a scapito della realtà sociale che sta dietro a tali forme, dei conflitti d'interesse che il diritto regola, e che dovrebbero (secondo gli avversari del positivismo giuridico) guidare il giurista nella sua attività interpretativa"¹³.

A tale proposito va rilevato come la teoria da Bobbio definita dell'*interpretazione logica o meccanicistica del diritto* sia, per lo stesso, una delle sei concezioni fondamentali su cui si basa il positivismo giuridico (solo in modo sfumato si fa qui presente che l'autore utilizza il termine diritto e non legge, o, meglio, intende diritto *per* legge).

¹¹ Per un approfondimento delle questioni concernenti il rapporto fra informatica e diritto, nonché per specifici ragguagli tecnici sui termini qui utilizzati si rimanda, fra le altre, alle opere di Borruso qui citate.

¹² Verrà citata l'edizione Tornio, 1979.

¹³ *Ibidem*, p. 261.

Certo, questa specifica concezione presenta per Bobbio dei problemi; infatti, a differenza di altre (le teoria *coattiva*, quella *legislativa* e quella *imperativa*) la critica alla teoria dell'interpretazione logica o meccanicistica del diritto (parimenti a quelle alle teorie della *coerenza* e della *completezza* dell'ordinamento giuridico) è fondata.

Osserviamo il perché di tale consistenza: per Bobbio "l'interpretazione del diritto fatta dal giudice non consiste mai nella semplice applicazione della legge in base a un procedimento puramente logico: anche se non se ne accorge, per giungere alla decisione egli deve sempre introdurre valutazioni personali, fare delle scelte, che non sono vincolate dallo schema logico che egli deve applicare"¹⁴.

Ci permettiamo di rilevare che è proprio a causa di queste constatazioni che tale teoria è sorta, meglio, al fine di evitare il perdurare di una situazione di incertezza si è prodotta tale particolare teorizzazione (la quale non è descrittiva, bensì prescrittiva). La constatazione empirica della sua non applicazione, non inficia affatto l'aspirazione contenuta nella teoria (l'applicazione meccanica della legge), anzi, la rende ancora più necessaria.

4. SULLE RADICI DELLA APPLICAZIONE MECCANICISTICA DELLA LEGGE

Questa teoria, la quale mi pare possa logicamente derivare dalla teoria *legislativa del diritto*, le cui critiche, a detta di Bobbio, non sono fondate, ha radici antichissime e radici altrettanto antiche ha, quindi, la sua attuale riproposizione nei termini di *legge-algoritmo*.

Pur non avanzando alcuna pretesa di completezza¹⁵ proviamo a abbozzare un itinerario ricostruttivo.

Nella lettera dedicatoria a William Cavendish, scritta nel 1646 da Thomas Hobbes per la seconda edizione del *De cive*, leggiamo: "se

¹⁴ *Ibidem*, pp. 284-285.

¹⁵ Fra le sparse note che seguiranno, fra gli altri, non compaiono né il Jeremy Bentham dell'*Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. it. Torino, 1998 (ma 1789), né l'Austin della *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, trad. it. Bologna, 1995 (ma 1832), che hanno influenzato non poco la fondazione del positivismo giuridico.

la ragione delle azioni umane fosse conosciuta con la stessa certezza con cui conosciamo la ragione delle grandezze nelle figure, l'ambizione e l'avidità, la cui potenza si sostiene sulle false opinioni del volgo circa il diritto e il torto, sarebbero disarmate, e la gente umana godrebbe di una pace tanto costante, che non sembra si dovrebbe più combattere"¹⁶.

Pare fuori dubbio che Hobbes abbia ripreso le sue massime dal *Maestro* del pensiero scientifico moderno, Galileo Galilei, che nel suo *Il Saggiatore* sottolineava, nel 1623, che il libro della natura è scritto in lingua matematica, e i caratteri sono triangoli, cerchi ed altre figure geometriche, senza i quali mezzi è impossibile intendere le parole umane¹⁷. E di fatti, quasi di rimando, Hobbes nel *Leviathan*, I, V, scrive: "per mezzo delle parole l'uomo è capace di ridurre le conseguenze che trova in regole generali, chiamate teoremi o aforismi, che è dunque capace di ragionare o di calcolare non solo sui numeri ma in tutti gli altri generi di cose che siano suscettibili di essere addizionate o sottratte l'una dall'altra. Questo privilegio è tuttavia bilanciato da un altro - è significativo constatare come già nell'aprile del 1651 si possano cogliere i prodromi del positivismo logico - : quello dell'assurdità a cui non è soggetta altra creatura vivente ad eccezione dell'uomo. E fra gli uomini vi sono esposti più di chiunque altro coloro che professano la filosofia. È infatti verissimo quello che Cicerone dice di loro in qualche luogo, che non ci può essere niente di tanto assurdo da non essere rintracciabile nei libri dei filosofi. E la ragione è evidente: nessuno di loro comincia il ragionamento partendo dalla definizione o dalle spiegazioni dei nomi che è in procinto di usare. Tale metodo è stato usato soltanto nella geometria le cui conclusioni sono perciò diventate indiscutibili"¹⁸.

Se questa è l'impostazione di fondo allora appare conseguente l'affermazione di Leibniz, per il quale, nello studio *Sulla scienza universale o calcolo filosofico* del 1695, "quando sorgeranno delle controversie, non vi sarà maggior bisogno di

¹⁶ Citiamo dalla edizione curata da Tito Magri, Roma, 1992, p. 65.

¹⁷ Cfr. l'edizione curata Libero Sosio, Milano, 1965

¹⁸ Citiamo dalla edizione curata da Arrigo Pacchi e Agostino Lupoli, Roma-Bari, 1989, p. 37.

discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che essi prendano la penna in mano, si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente (chiamando se loro piace un amico): calcoliamo¹⁹.

È all'interno di questo quadro concettuale che giungiamo, nel secolo dei Lumi, passando per il Muratori censore *Dei difetti della giurisprudenza*, apparso nel 1742²⁰, al celeberrimo passo del Beccaria, per il quale "in ogni delitto si deve fare del giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza, non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge"²¹.

Al quale fa eco, nell'illuminismo partenopeo, Filangieri, che, commentando il *dispaccio* reale di Ferdinando IV di Borbone del 23 settembre 1774, sottolinea: "nei governi dispotici gli uomini comandano; nei governi moderati comandano le leggi [...]. L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge. Vediamone ora i mezzi. Il re vuole che tutto si decida secondo un

19 Ora in *Scritti di logica*, Bologna, 1968, p. 237 (l'edizione è curata da F. Barone); va rilevato che Leibniz fu acceso sostenitore dell'opportunità di rivolgersi al pensiero razionale per porre fine alle diatribe in materia religiosa e politica, da prima *purificando* il linguaggio ordinario, fonte di confusione in campi come la giustizia o la religione, ove accorrono *idee chiare* e, successivamente, attraverso la rappresentazione dei rapporti sociali in termini matematici, costruendo un'algebra capace non solo di porre una computazione universale, ma anche di ordinare gli universi di discorso politici e giuridici. Cfr. in argomento anche i contributi di Leibniz *Principi ed esempi della scienza generale* e *Storia ed elogio della lingua caratteristica universale che sia al tempo stesso arte dello scoprire e del giudicare* entrambi riproposti al lettore nella citata raccolta *Scritti di logica*. È cosa nota come l'opera di Leibniz influenzò il pensiero di Christian Wolff e con esso tutto il Settecento giuridico tedesco.

20 Cfr. l'edizione curata da Gianluigi Barni, Milano, 1958.

21 Il passo è tratto dal capitolo quarto de *Dei delitti e delle pene*, uscito anonimo a Livorno nel luglio del 1764 (già l'anno successivo, con il titolo di *Traité des delits et des peines*, viene editato in Francia). Citiamo dalla edizione curata da Giuseppe Armani, Milano, 1987, p. 15.

testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi: che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e il magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini che il sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio"²².

Al di là degli esiti pratici del *dispaccio* reale, il quale venne ritirato nel 1791²³, risulta estremamente interessate ai fini del discorso sul rapporto fra processo ed algoritmo, rilevare come Beccaria *voglia fare del giudice un sillogismo*, ovvero *trasformare* l'organo giurisdizionale in un meccanismo di soluzione (giuridica) automatica di problemi posti nella vita quotidiana; il sillogismo perfetto, infatti, poste le premesse, si svolge automaticamente²⁴.

Certo né Beccaria, né Filangieri avevano, come si suol dire, sotto mano una premessa maggiore preconstituita all'accadimento concreto rappresentato nella premessa minore, ovvero quella *legge* la quale di lì a poco informerà il mondo del diritto. La promulgazione del *Code civil* si compie, come noto, nel 1804. Le posizioni dei due illuministi, ed in particolare quella di Beccaria, più che descrittive di uno stato di fatto, appaiono piuttosto degli auspici, delle indicazioni sulla retta gestione delle cose giuridiche. Quest'ultima si palesa come possibile con l'istituzionalizzazione della *legge*, compiuta, per l'appunto, dalla codificazione napoleonica.

In questo contesto possiamo a pieno apprezzare la constatazione del Mourlon, sorta in seno alla *école de l'exégèse*, per il quale "per

22 Così nelle *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, citiamo dalla riproduzione parziale in P. Comanducci (a cura di), *Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978, pp. 173-174.

23 Cfr. in argomento G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Il foro italiano", XCIV (1969), V-1, cc. 112 e segg.

24 Su tale questione rimando al classico scontro fra l'Alfredo Rocco de *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 5 e segg. e il Guido Calogero de *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, pp. 46 e segg.

il giureconsulto, per l'avvocato, per il giurista, un solo diritto esiste, il diritto positivo [...]. Lo si definisce: l'insieme delle leggi che il legislatore ha promulgato per regolare i rapporti tra di loro [...]. *Dura lex sed lex*: il buon magistrato umilia la propria ragione davanti a quella della legge; poiché egli è istituito per giudicare secondo essa e non per giudicarla. Nulla è al di sopra della legge. L'eluderne le disposizioni sotto il pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricarle. In giurisprudenza non c'è, non vi può essere ragione più ragionevole, equità più equa della ragione o dell'equità della legge"²⁵.

Sicché allora comprendiamo come mai, per certa prospettiva dottrina, il tema più importante dell'informatica giuridica sia proprio quello dell'applicazione automatica della legge, ovvero rendere il processo un algoritmo²⁶.

5. TEORIA ED IDEOLOGIA DEL DIRITTO

Come già rilevato, la teoria sopra richiamata e brevemente schematizzata si fonda sul protocollo per il quale il diritto è la legge e, pertanto, la giurisdizione, come ebbe a sottolineare criticamente il Satta qui richiamato, in questa prospettiva è mera attuazione della legge. Un'attuazione che non può che avvenire automaticamente. All'interno di questo contesto trova credibilità, ovvero legittimità vuoi la legge-algoritmo, vuoi, al fine di darle attuazione, il processo-algoritmo.

Queste teorizzazioni, sorte nel mondo del diritto e per il diritto, ritrovano ulteriore sostegno intrecciandosi con altre istanze culturali che abbracciano orizzonti ben più vasti e che hanno plasmato un certo modo di rappresentare il mondo. La scienza ed il metodo galileiano e cartesiano hanno accompagnato, come osservato, il sorgere del formalismo giuridico, il positivismo logico lo ha incoronato come unica forma di pensiero giuridico *sensato*, in quanto basato su proposizioni rappresentanti giudizi analitici o sintetici.

²⁵ Il passo è riportato in J. Bonnetcase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924, p. 150; citiamo dalla trad. it. proposta da N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 97.

²⁶ Che poi è lo stesso che dire *fare del giudice un sillogismo*. Cfr. ancora R. Borruso, *sub voce Informatica giuridica*, cit., pp. 654 e segg.

Non è possibile in questa sede specificare oltre tali argomenti, ciò non di meno appare pertinente una riflessione; è sufficiente questa sorta di auto-evidenza logica per trasformare queste intuizioni, queste perorazioni, queste denunce nella *ideologia* della più potente macchina politica (lo stato) che la storia dell'umanità ha mai conosciuto?

Probabilmente no, forse c'è qualcosa d'altro che ha favorito e determinato questo incredibile successo (*incredibile* perché tali teorie hanno successo, vedi il richiamo alla recente voce di Renato Borruso, ancora oggi, quando le condizioni che hanno determinato il loro sviluppo e la loro affermazione sono ormai tramontate da quasi un secolo; *incredibile* perché ciò che è chiaramente storicizzato riesce ancora oggi ad imporsi come realtà astorica ed immutabile, transepocale)²⁷.

6. L'INDIVIDUO VIRTUALE

Il *mos geometricus*, perorato già chiaramente da Grozio nel 1625 con il suo *De iure belli ac pacis*, non può che portare alla costituzione, anche in ambito giuridico, d'un sapere virtuale (frutto del ragionamento per modelli)²⁸. La legge supposta come generale ed astratta deve presupporre destinatari parimenti generali ed astratti, gli individui dello stato di

²⁷ Sulle cause che hanno determinato il sorgere delle teorie proprie al positivismo giuridico e sulle ragioni del loro tramonto cfr., fra i molti, M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986 e N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978. Nell'ambito della cultura giuridica italiana la crisi della concezione positivista del diritto e dello stato viene magistralmente colta da Santi Romano nella sua opera *L'ordinamento giuridico*, apparsa nel 1918.

²⁸ I prodromi della modernità e virtualità ad essa intrinseca sono facilmente individuabili nel *Defensor pacis* di Marsilio da Padova, cfr. la trad. it. curata da Cesare Vasoli, Torino, 1960.

Non appare di secondaria importanza far cenno che l'aggettivo *virtuale* non viene qui utilizzato nell'accezione derivata dal medievale *virtualis* ed impiegata nel lessico della scolastica quale sinonimo di potenziale, piuttosto nel significato, proprio alla scienza moderna, che qualifica entità le quali, pur non ritrovando alcun corrispondente nella realtà, vengono in ogni caso ipotizzate ed utilizzate al fine di compiere delle operazioni sulla realtà; infatti, l'individuo dello stato di natura è ipotizzato in funzione della fondazione della compagine statale ed è pertanto virtuale, non in potenza.

natura, per l'appunto, di uno stato di natura che si ipotizza in funzione della protezione del *proprium*, in cui, come acutamente osserva Pietro Grossi, il *me* si confonde con il *mio*²⁹.

L'operazione d'astrazione del diritto e della persona umana giunge all'acme con due provvedimenti legislativi epocali: 1791 la legge *La Chapelier*, che determina l'abolizione immediata di ogni formazione sociale intermedia fra lo stato e la persona (con particolare riguardo ai ceti); 1804 ultimazione della promulgazione del *Code Napoléon*, caratterizzato vuoi dalla legge generale ed astratta, che regola ogni recondito meandro della vita civile, e vuoi dalle *credenze* sulla unitarietà delle fonti, sulla completezza e coerenza dell'opera del legislatore, sul suo essere l'esclusivo faro di regolamentazione sociale.

Ciò che qui più preme rilevare è che l'individuo astrattamente uguale viene posto di fronte alla legge astratta e generale, perché l'uguaglianza non si può amministrare che per mezzo dell'astrattezza. Infatti, se tutti gli individui sono uguali, essi devono essere operati per mezzo di procedimenti formali. Staccarsi da procedure formali implica valutare in maniera diseguale l'individuo, riportarlo ad una condizione non geometrica ma reale: implica riconoscerlo per quello che è, nella sua realtà, nel suo essere sociale (...*un pover uom tu sei...*, riconosce Giosuè Carducci nel 1887 *Davanti a San Guido*).

Ma il punto di riferimento a cui tende l'individuo astratto, l'*home* delle *Dichiarazioni*, le quali fondano teoreticamente la codificazione e, frutto di queste, il sorgere compiuto del positivismo giuridico, altri non è che il *proprietario*, il borghese, l'assoluto protagonista dello stato monoclasse, del *dispotismo legale*, che, con atto formale, rende uguale il proprietario al proletario, il padrone al diseredato, il risparmiatore all'istituto di credito.

Si crea pertanto una realtà virtuale³⁰, regolata ed informata dal Codice civile, che, come ben sottolinea Irti, assurge al rango di norma costituzionale³¹.

A questa realtà virtuale, che cela la concreta con-

29 Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 96 e segg.

30 In argomento cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001.

31 Cfr. *L'età delle decodificazione*, cit., pp. 6 e segg.

dizione sociale di disuguaglianza, ben si sposa il rigore logico della scienza formalistica, che occulta l'essere del diritto, così rappresentato ed utilizzato, strumento di dominio di una classe sull'altra.

È stato sottolineato come in questo ambito politico-culturale "alla fine di un lungo periodo di pace e stabilità nella vita sociale, si poteva avere l'impressione che [... tale costruzione teorica ...] rispondesse alle esigenze più profondamente sentite dai giuristi del tempo i quali concentravano il loro interesse sulla struttura logica e formale del diritto prescindendo, tanto dal contenuto economico e sociologico, che pareva allora solidamente determinato da quella struttura, quanto dai fini etici e politici intorno ai quali sembrava che gli studiosi fossero sostanzialmente d'accordo"³².

7. PER UN RITORNO ALL'INTERPRETAZIONE.

L'epopea del diritto borghese, del diritto dello stato monoclasse, dispiegatasi dal 1804, all'apparire del *Code Napoléon*, inizia la sua china discendente già sessantacinque anni dopo, nel 1869 con la *Gewerbe Ordnung* per la Confederazione germanica, antesignana della celebre legge bismarkiana del 15 giugno 1883 sulla assicurazione obbligatoria per malattia ai lavoratori; ciò non di meno ha talmente determinato i pre-concetti giuridici da apparire eterna, dal porsi cioè come una realtà transepocale o, il che è sotto questo profilo la stessa cosa, come il compimento del processo inarrestabile del umano progresso³³.

Sicché pare che la fine della storia del diritto sia segnata dalla unicità della fonte giuridica, incarnata dall'organo statuale legislativo, dall'equazione fra diritto e legge, che implica la *riduzione* del primo alla seconda, e, per ciò che a noi qui più preme, dalla applicazione meccanica del diritto, il che equivale a porre l'equazione fra processo ed

32 Così R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXXI (1952), n. 1, p. 182. L'autore si riferisce nel testo esplicitamente ai kelseniani *Hauptprobleme* apparsi nel 1911. In materia cfr. anche il contributo di M. Reale, *Le basi filosofiche dell'interpretazione*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIII (1966), n. 1, pp. 222-223.

33 Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 189 e segg.

algoritmo, con conseguente *riduzione* del processo ad un meccanismo applicativo di algoritmi.

La realtà appare ben altra se osservata senza le lenti dell'ideologia; il moto illumistico-borghese, il quale fuori di dubbio ha svolto un importante ruolo storico nel mondo occidentale (ma, per l'appunto, *nella* sua storia), ha preteso di cristallizzarsi in una sempre eterna teoria/ideologia del diritto, che il sorgere dello stato pluriclasse ha spazzato dalla realtà storica, per relegarla, per l'appunto nella storia. Ciò non di meno, istanze riconducibili all'idea di interpretazione meccanicistica della disposizione legislativa, che si dipartono, come rilevato all'inizio, da una concezione *logolatrca* dei rapporti sociali, riaffiorano costantemente, quasi fossero, come si diceva sopra, istanze eterne. La prospettiva di incontro fra l'informatica giuridica e la giurisdizione proposta da Renato Borruso e qui richiamata, ne è epifenomeno.

Lungo altri itinerari può dirigersi l'incedere dei giuristi consapevoli dei problemi legati ai potenziali conflitti in società pluraliste agli albori del terzo millennio; i giuristi, problematicamente consapevoli del *riduzionismo* operato negli ultimi duecento anni, possono porsi non già più come *servi legum*, ma attivi protagonisti dell'opera di ordinamento sociale, come le istanze critiche al formalismo hanno già a cavaliere fra Otto e Novecento testimoniato, sollecitando la riappropriazione e l'utilizzo dell'*interpretazione* quale fonte di un diritto non più racchiuso negli angusti spazi della statualità, ma aperto alle istanze che promanano dalla vita sociale. Il processo diviene in questo contesto il momento elettivo per la formazione ed applicazione del diritto e non già mero luogo di attuazione di comandi alla società eteronomi.

Nell'ambito proprio al dire ed al contraddire, che si determina con l'ausilio della retorica forense, si manifesta l'esperienza giuridica connotata da una duplice ricerca: per un verso l'individuazione del problema, colto in tutte le sue sfaccettature e non semplificato attraverso l'esaltazione di alcuni suoi elementi, ipoteticamente e generalmente ritenuti essenziali; per altro l'identificazione di una concreta regola comune che possa, e non in via astratta e generale, dirimere la controversia. La soluzione giuridica del pro-

blema si palesa, pertanto, affrontando lo stesso in tutta la sua complessità, inibendo l'istinto alla *semplificazione* che è intrinseco al metodo moderno di dominio sulla realtà, problematicizzandolo sin alle sue più profonde radici senza però isolarlo, ma ricollegarlo al contesto sociale che gli è proprio e ciò proprio al fine di giungere all'indicazione di regole che possano nel contempo sia risolvere il concreto e contingente problema, sia affermarsi come norme giuridiche nel contesto sociale ove operano.

All'interno di una visione del diritto caratterizzata dall'esperire proprio a tutte le parti del processo, la giuridicità promana da *basso* e non è, pertanto, appannaggio esclusivo del sovrano che la fa discendere dall'*alto* con la posizione della (sacrale) legge. Qui, come ammoniva il Satta sopra richiamato, la giurisdizione non è applicazione della legge e, più propriamente, ricerca della regola giuridica propria alle parti ed al contesto sociale in cui le stesse (ed il problema fra di loro sorto) si collocano.

Ecco allora che, riconoscendo l'intrinseca natura politica della giurisdizione, possiamo fare proprie le parole di Pietro Grossi, quando afferma di temere "l'inquinamento – ché sarebbe tale – di una nozione dell'interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beotamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro istillato nel cervello"³⁴.

MARCO COSSUTTA, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste, ove dirige il corso di master in primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione organizzato in collaborazione con il CERMEG*. Professore supplente di Informatica giuridica presso lo studio giuridico patavino, è autore di numerose pubblicazioni in ambito informatico-giuridico fra le quali si richiama la monografia *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino, 2003.

³⁴ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 163.