
RENATO BORRUSO

DISCREZIONALITÀ E AUTONOMIA DEL GIUDICE: IL CONTRIBUTO DELL'INFORMATICA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. L'innesto del tema in oggetto sulla informatica giuridica. — 2. Computer, algoritmo, interpretazione. — 3. Interrogativi risultanti dal confronto legge-algoritmo. — 4. Il conflitto storico (conclusosi con l'illuminismo) tra legislatore e giudici sul tema dell'interpretazione della legge. — 5. Le conseguenze del pensiero illuminista. L'interpretazione della legge come attività « politica ». Le operazioni principali che l'interpretazione comporta. — 6. La tripartizione dei Poteri di matrice illuminista e il « diritto vivente » di oggi. Autonomia o solo indipendenza della Magistratura? (art. 104 Cost.). — 7. Il potere interpretativo pone il giudice al di sopra delle leggi alle quali, invece, l'art. 101 Cost. lo dice soggetto? Le leggi di interpretazione autentica. — 8. I rimedi informatici per uscire dall'« impasse »: a) la legge-software (S.E.L.); b) la formalizzazione dei testi legislativi mediante l'uso degli operatori logici booleani e l'adozione di thesauri. — 9. La discrezionalità del magistrato nell'accertamento dei fatti. Il principio del libero convincimento nella valutazione delle prove. Elezione popolare dei giudici? — 10. La giurimetria. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. — 11. La trasparenza informatica dell'amministrazione della Giustizia come quarto possibile rimedio ai pericoli della discrezionalità. — 12. Poteri discrezionali del giudice e Stato di diritto.

1. L'INNESTO DEL TEMA IN OGGETTO SULLA INFORMATICA GIURIDICA.

L'aver dedicato una notevole parte della mia vita a realizzare il Centro Elettronico di Documentazione della Corte di Cassazione e il sistema di information retrieval Italgire-Find che, fin dal 1971, permise ai magistrati italiani di fare ricerche telematiche di legislazione, di giurisprudenza e di dottrina vi indurrebbe a prevedere che non voglia lasciarmi sfuggire oggi l'ennesima occasione per ribadire l'importanza, l'originalità, l'irrinunciabilità di servirsi di tale sistema.

Vi sorprenderà, quindi, che io ora vi parli sì dell'informatica come supporto all'applicazione del diritto, ma da un angolo visuale completamente nuovo, quale quello del rapporto tra legge,

* Il presente scritto riproduce la relazione svolta al Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura

su « Discrezionalità e autonomia del giudice » e tenutosi a Roma il 12 Dicembre 2001.

giudice e computer, che costituisce, a mio avviso il tema fondamentale di tutta l'informatica giuridica (come evincesi dal mio libretto, intitolato appunto « La legge, il giudice, il computer », edito da Giuffrè nel 1998), un tema in cui ampiamente campeggia il problema della *discrezionalità* e *autonomia del magistrato*.

2. COMPUTER, ALGORITMO, INTERPRETAZIONE.

Per comprendere la connessione intima, d'ordine filosofico prima ancora che pratico, tra legge, giudice e computer, cominciamo col ricordare che il computer non è autonomo (nel senso etimologico della parola) perché — come è ovvio — non detta legge a se stesso, ma si limita ad applicare tutte e soltanto le istruzioni (alias i comandi) che gli sono state impartite dall'uomo attraverso il programma (cioè attraverso il software) e che costituiscono lo svolgimento delle regole da applicare per far raggiungere, a una persona come anche ad un computer, un determinato risultato, regole che il legislatore chiama « idee e principi sui quali è fondato il programma » (come nell'art. della l. n. 633/1941 sul diritto d'autore così come modificato dall'art. 1 della legge n. 518/1992) e che invece, nel linguaggio matematico e informatico si chiamano « algoritmo » (italianizzazione del nome del padre dell'algebra, vissuto circa mille anni or sono a Bagdad e che si chiamava Al Kuwaritzmi).

Ciò spiega la celebre definizione del computer come « automa algoritmico universale ».

Che cos'è un algoritmo? È l'insieme delle regole (matematiche ovvero convenzionali) generali ed astratte, formulabili « ex ante », analitiche, complete, inequivoche, applicando le quali alla lettera, anche uno sprovveduto arriva infallibilmente al risultato esatto. L'algoritmo, quindi, si caratterizza per il linguaggio in cui è formulato, che deve essere così rigoroso da non aver bisogno di alcuna interpretazione (al di fuori di quella strettamente letterale) per poter essere applicato.

Voi ricorderete tutti il famoso brocardo *in claris non fit interpretatio*. E dell'assoluta inequivocità delle istruzioni dategli il computer non potrebbe certo fare a meno, considerato che — come è ovvio — esso non ha quel retroterra di cultura, di sensibilità, di buon senso che sono indispensabili per l'interpretazione non letterale di un qualsiasi discorso (legge compresa) e che rendono l'interpretazione attività intellettuale creativa, integratrice e, in ultima analisi, *discrezionale*, potendo portare a risultati diversi e opinabili a seconda dei punti di vista, dei sentimenti, della c.d. « Weltanschauung » (o « universo mentale » che dir si voglia) di chi la compie, cioè di variabili tutte soggettive, anche quando ampiamente motivate e largamente condivise.

3. INTERROGATIVI RISULTANTI DAL CONFRONTO LEGGE-ALGORITMO.

La nozione di algoritmo provoca, per quel che ora ci riguarda, cinque domande fondamentali:

- 1) le nostre leggi costituiscono un algoritmo?
- 2) posto che almeno la più gran parte di esse non lo sono, è augurabile, secondo il nostro modo odierno di sentire, che lo diventino, togliendo al giudice il *potere discrezionale* di interpretarle a suo piacimento, cioè motivando sì, ma pur sempre in un'ottica soggettiva?
- 3) posto che la conversione della legge in algoritmo sia augurabile, quali ostacoli sono da superare perché ciò diventi possibile?
- 4) se è vero che un certo numero — quantunque piccolo — di « norme-algoritmo » vi sono già oggi, perché non farle applicare subito dal computer a situazioni di fatto (Tatbestanden) già accertate dal giudice di merito?
- 5) quali potrebbero essere le conseguenze sociali e politiche della presa di coscienza che la maggior parte delle norme del nostro ordinamento non può essere applicata dal computer perché non costituisce un algoritmo e, quindi, deve essere integrata — e talvolta addirittura corretta — ad opera del giudice?

4. IL CONFLITTO STORICO (CONCLUSOSI CON L'ILLUMINISMO) TRA LEGISLATORE E GIUDICI SUL TEMA DELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE.

Per favorire una risposta ragionata a questi cinque interrogativi credo opportuno sottolineare che:

a) alla legge manca sovente l'inequivocità e l'analiticità, tanto che molto spesso anche ai giuristi non riesce facile interpretarla coordinandola con altre norme: anche tra di essi (anche tra di noi!) sorgono in proposito tesi contrastanti e la certezza del diritto viene così gravemente compromessa sicché la legge non è più uguale per tutti. Ma questi sono punti di differenza fisiologica tra algoritmo e legge o sono i difetti che la legge non dovrebbe avere?

b) come l'Uomo non è per il Sabato ma il Sabato è per l'Uomo, così l'interpretazione della legge da parte di soggetti diversi dal legislatore (e quindi anche da parte dei giudici) non può essere concepita come uno strumento per conferire loro un potere di autonomia, bensì soltanto come una ineluttabile necessità, un semplice servizio, da svolgere in mancanza (almeno fino a prima dell'avvento del computer) di un altro qualsiasi espediente per l'applicazione concreta della legge. Ciò spiega perché, sin dai tempi più remoti, si sia voluta la *legge scritta*, cioè una legge che, — rivelata da Dio o sancita dagli uomini, — potesse essere applicata in ma-

niera uniforme nel tempo e nello spazio essendo, almeno da un punto di vista ideale, completa, inequivoca, universale, autosufficiente, spersonalizzata.

La legge scritta viene fatta applicare dagli uomini solo per l'impossibilità pratica di farla applicare altrimenti, ma rimanendo indiscusso che il giudice non vi debba aggiungere nulla di suo, che egli debba limitarsi a svolgere puri e semplici sillogismi e, quindi, un'attività mentale limitata all'uso della pura logica. Nel libro del Deuteronomio (4, 1-2, 6-8) si legge: « Mosè parlò al popolo dicendo: « Ora, dunque, Israele, ascolta le leggi che io vi do: non aggiungerete nulla a ciò che io vi comando e non ne toglierete nulla... ».

E dopo Mosè, tutti i grandi legislatori hanno visto con sospetto i giudici, hanno imposto loro l'applicazione letterale delle loro leggi proibendo ogni sorta di interpretazione.

La legge scritta, quindi, è concepita *contro il giudice*, per ridurre al minimo il potere, non per aumentarlo: e ciò da Giustiniano a San Francesco, a Federico il grande di Prussia, all'Illuminismo, che, con il giusrazionalismo, proprio su questo orientamento basò la tripartizione dei poteri nello Stato costituzionale.

Scriva il Filangieri:

« Il Re vuole che tutto si decida secondo un 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 proscriotta, l'autorità dei dottori bandita dal Foro e il magistrato costretto a esporre le ragioni della sentenza ». (Nello stesso senso L.A. Muratori)¹.

Proprio per questo al giudice viene fatta indossare la toga e sul suo scranno vengono scritte due sole parole: **LA LEGGE**, perché egli si senta — e il pubblico lo consideri — « spersonalizzato »: *non un mediatore* tra la legge astratta e la sua concreta applicazione, ma la legge stessa che parla direttamente attraverso di lui, *come se si trattasse di svolgere un'equazione algebrica, senza alternative, senza incertezze tra l'errore e l'esattezza* secondo un percorso mentale assolutamente obbligato: un fatto cioè di *pura scienza, non di coscienza* che vi rimane — e deve rimanervi — totalmente estranea.

(Nella formulazione dell'art. 101 della Costituzione l'On. Bettiol propose di aggiungere alla frase « I giudici sono soggetti soltanto alla legge » l'inciso « che interpretano *secondo coscienza* » Ma la proposta fu respinta).

¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione*

della giustizia in *La scienza della legislazione*, Livorno, 1826, pag. 350.

5. LE CONSEGUENZE DEL PENSIERO ILLUMINISTA. L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE COME ATTIVITÀ «POLITICA».

Da qui tre conseguenze:

a) fu ritenuto, dall'Illuminismo io poi, che, per diventare magistrati, fosse sufficiente dimostrare, con il superamento di un esame, di aver studiato le leggi di diritto positivo, come se si trattasse di una qualsiasi altra scienza esatta, senza alcuna indagine sui valori etici di cui il candidato sia portatore. E a ciò si deve anche, da Napoleone in poi, la supervalutazione della preparazione civilistica del magistrato sul rilievo che il diritto civile sia più scientifico di quello penale;

b) si teorizzò e si predicò la scissione tra diritto e politica, come se quest'ultima costituisse sempre un pericolo di infezione per una corretta applicazione del diritto, senza considerare che c'è una politica sporca (sinonimo di sopruso e di faziosità), ma c'è anche una politica nobile, portatrice di valori ideali e che di quest'ultima non si può fare a meno quando si vuol interpretare la legge perché proprio nella legge trovano soluzione i conflitti che la politica crea, sicché, in un certo senso, può dirsi che la legge sia figlia della politica. È inevitabile che ognuno di noi abbia un orientamento politico;

c) si commise l'errore di non considerare che interpretare una legge comporta una serie di operazioni mentali *non* algoritmizzabili, quale quella di *dare un significato concreto a concetti astratti* (dire — ad esempio — cosa debba intendersi per « lavoro » (gli ebrei, a proposito del divieto di lavorare il sabato, dopo millenni non vi sono ancora riusciti) o per « osceno » o per « opera d'arte »), *far emergere i sottintesi* (chiarire — ad esempio — se la difesa della Patria, che l'art. 52 della nostra Costituzione considera un sacro dovere di tutti i cittadini, debba intendersi riferibile solo a quella militare ovvero anche a quella economica o sanitaria), *risolvere le ambiguità della grammatica e della sintassi* (il citato art. 52 si riferisce solo ai cittadini maschi o anche alle cittadine?

Secondo l'art. 85 c.p. « è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere »: la congiunzione « e » qui si deve intendere — informaticamente parlando — come AND o come OR? Art. 8 l. 184/83 (Adozione dei minorenni) « Sono dichiarati in stato di adottabilità i minori in situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori... »: *e = AND ovvero OR?* In italiano il significato della congiunzione « e », come, del resto, il significato della punteggiatura, è ambiguo. Quando — ad esempio — in una frase si susseguono più elementi del pensiero, l'ultimo va collegato solo a quello che immediatamente lo precede o anche a tutti gli altri? (Si pensi all'ambiguità dell'art. 111 della Costituzione nel punto in cui stabilisce che « contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale ... è sempre ammesso ricorso per cassazione » L'inciso concernente la libertà personale può essere riferito anche alle sentenze?).

Compiere tutte queste operazioni ermeneutiche² *non* comporta applicazione di regole: è ben vero che l'art. 12 delle preleggi prescrive che nell'interpretare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole e dalla intenzione del legislatore: ma qual è il « significato proprio delle parole »? e che deve intendersi per « intenzione del legislatore »?

Bisogna, dunque, avere il coraggio di riconoscere che l'interpretazione delle leggi è attività « *latu sensu* » *politica*³, anche se nel senso più elevato e nobile che a questa parola può darsi e che svolgerla comporta *più un impegno del cuore che non della mente*, coinvolge *più i sentimenti, le passioni, gli ideali che non asettici ragionamenti*.

6. LA TRIPARTIZIONE DEI POTERI DI MATRICE ILLUMINISTA E IL « DIRITTO VIVENTE » DI OGGI. AUTONOMIA O SOLO INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA? (ART. 104 COST.).

Gli illuministi, nel porre la concezione filangeriana della legge a fondamento della tripartizione dei poteri, non parlarono di « legge-algoritmo », ma è chiaro che, anche senza dirlo espressamente, concepirono la legge proprio come un algoritmo.

Le vigenti leggi, nella stragrande maggioranza dei casi, sono tutt'altro che un algoritmo: ciò significa, a ben vedere, che la tripartizione dei poteri, voluta dagli illuministi e che costituisce ancora oggi un pilastro fondamentale della nostra Costituzione, *sta sopravvivendo al suo presupposto*: il presupposto non c'è più (e forse non c'è mai stato), ma quanto da esso derivava continua a vivere — e più forte che mai — di vita propria e nessuno sembra essersene accorto o, quanto meno, nessuno sembra rimanerne scandalizzato o anche soltanto perplesso, tanto da non avvertire neppure l'improprietà della espressione « autonomia della magistratura », quantunque usata nell'art. 104 della Costituzione in endiadi con la parola « indipendenza »: la magistratura infatti, nel quadro della tripartizione dei poteri fondamentali dello Stato, non ha il potere di dettare norme a se stessa (come l'etimo di « autonomia » potrebbe indurre a credere) spettando il potere di emanare norme solo al Parlamento e talvolta anche al Governo: *indipendente certamente sì, ma non autonoma* nel senso stretto della parola.

Scrivo, in proposito Francesco Galgano:

² Quale che sia il tipo di interpretazione: estensiva, restrittiva, sistematica, analogica, storica, funzionale, evolutiva.

³ Cfr. in tal senso: J.H. VON KIRCHMAN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Giuffrè, Milano, 1964.

« Oggi, in una società in continua, incessante trasformazione, il vero interlocutore dell'operatore giuridico (e anche del teorico del diritto) è il giudice — e non la legge —, perché soltanto il giudice, con la sua opera quotidiana di adattamento del diritto ai mutamenti della realtà, può dare risposte adeguate ai problemi che si pongono ».

Condivido pienamente questa diagnosi. Dubito, però, che sarebbe stata gradita agli illuministi che sancirono la tripartizione dei poteri fondamentali dello Stato.

7. IL POTERE INTERPRETATIVO PONE IL GIUDICE AL DI SOPRA DELLE LEGGI ALLE QUALI, INVECE, L'ART. 101 COST. LO DICE SOGGETTO? LE LEGGI DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA.

Il disagio — l'imbarazzo — nel prendere atto di una siffatta diagnosi non deriva soltanto da un « excursus storico », ma anche da talune ambiguità, da taluni silenzi del testo costituzionale.

Si pensi, ad esempio, al solenne enunciato dell'art. 101 della Costituzione: « I giudici sono soggetti soltanto alla legge ». Esso ha un significato preciso e un valore fondamentale per quel che riguarda tutto ciò a cui il giudice *non* è soggetto: ma altrettanto non può dirsi — a mio parere — per quanto riguarda, invece, *ciò a cui il giudice è soggetto* se si considera che la legge è quasi sempre imperfetta e incompleta, abbinabile di integrazioni e persino di correzioni, che i criteri stabiliti dal legislatore nell'art. 12 delle preleggi sono assolutamente insufficienti e, comunque, non rendono quasi mai l'interpretazione un fatto puramente tecnico in quanto l'interpretazione richiede sempre sensibilità psicologica e sociale, buon senso, equilibrio, senso pratico, e soprattutto il senso della Giustizia e della Storia, sicché ben può concludersi che, in un'ultima analisi, l'interpretazione della legge rimane affidata alla discrezionalità degli stessi giudici, *apparentemente soggetti alla legge ma, in effetti, al di sopra di essa* poiché — attraverso l'interpretazione — si può arrivare persino a capovolgere il significato letterale o, comunque, a vanificarne in pratica l'imperatività⁴.

Ciò non può non impressionare chiunque creda alla intangibilità del principio della separazione dei Poteri.

E ciò anche se non si deve dimenticare che l'interpretazione della legge è sì affidata ai giudici, ma *non* in via esclusiva o comunque preminente: il Legislatore conserva il potere di interpretare le leggi che ha emanato e di sovrapporre tale interpretazione a quella

⁴ Ammoniva il FILANGIERI, *L'arbitrio giudiziario è quello che vogliamo estirpare*.

re. Bisogna torre ai magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi (op. cit.).

data dai giudici o da qualsiasi altro, come accade quando emana una *legge c.d. di interpretazione autentica* che ha effetto retroattivo e che può travolgere nei giudizi di rinvio (salvo l'efficacia del giudicato) anche il principio di diritto fissato in proposito dalla Corte Suprema di cassazione (confr. in tal senso da ultimo Cass. sent. n. 5412 del 4 giugno 1994).

8. I RIMEDI INFORMATICI PER USCIRE DALL'«IMPASSE»: A) LA LEGGE SOFTWARE (S.E.L.); B) LA FORMALIZZAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI MEDIANTE L'USO DEGLI OPERATORI LOGICI BOOLEANI E L'ADOZIONE DI THESAURI.

Come si può uscire da un siffatto «impasse»?

A) Il rimedio più radicale e semplice (anche se indubbiamente rivoluzionario), in linea con il progresso tecnologico di oggi, potrebbe essere questo: chiedere al legislatore di *non* continuare a formulare le leggi in modo tradizionale (cioè mediante enunciati generali e astratti che altri dovrà poi interpretare e applicare in concreto), ma di provvedere egli stesso (ovviamente con l'aiuto di tecnici informatici) a trasfondere la propria volontà in un software e di porre in grado, così, il computer di applicarla direttamente a situazioni di fatto, preventivamente e insindacabilmente accertate da giudici di merito in carne e ossa.

Il computer diventerebbe, così, una sorta di *datore di responsi*, secondo la vecchia formula romanistica «*da mihi factum, dabo tibi jus*», bypassando completamente lo scoglio delle possibili diverse interpretazioni ad opera di altri soggetti⁵.

Un siffatto responso sarebbe soggetto solo al sindacato della Corte Costituzionale ove mai le istruzioni del software apparissero costituzionalmente illegittime.

Quasi certamente non pochi, nell'udire una simile proposta, si stracceranno le vesti per lo scandalo, anche se esistono già (e vengono usati da un numero sempre crescente di operatori del diritto), i così detti «Sistemi esperti legali» (S.E.L.): il computer chiede all'utente di fornirgli determinati dati e, sulla base di essi, compila un atto giuridicamente rilevante o pronuncia un «dictum» in cui si rispecchia l'interpretazione e l'applicazione della legge.

B) Se si ritenesse troppo azzardato, sconcertante e avveniristico puntare subito alla conversione della legge tradizionale in un software da far applicare direttamente al computer, si potrebbe,

⁵ Presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» in Roma, vi è un istituto denominato *Teoria dell'inter-*

pretazione e informatica giuridica, fondata dal prof. V. FROSINI, ordinario di filosofia del diritto.

quanto meno, rendere meno discutibile l'interpretazione ricorrendo, nella formulazione dei testi legislativi, all'uso degli operatori logici booleani (AND, OR, NOT, PARENTESI) per risolvere le ambiguità della sintassi e all'uso di appositi *THESAURI* (predisposti dal legislatore stesso) per risolvere le ambiguità della semantica.

Essenziale è tener presente che se un programmatore riesce a far applicare direttamente ad un computer il contenuto di uno scritto qual è il software in perfetta conformità di ciò che egli vuole che il computer esegua, non v'è ragione che il legislatore non si serva della stessa tecnica per rendere certa e uniforme l'interpretazione della legge. *Una tecnologia nuova per realizzare un sogno antico*: quello di Giustiniano e di tutti i più grandi legislatori del passato.

9. LA DISCREZIONALITÀ DEL MAGISTRATO NELL'ACCERTAMENTO DEI FATTI. IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO NELLA VALUTAZIONE DELLE PROVE. ELEZIONE POPOLARE DEI GIUDICI?

Veniamo ora alla discrezionalità del magistrato nell'accertamento dei fatti.

Il principio del suo libero convincimento nella valutazione delle prove (purché persuasivamente motivato e ovviamente nel rispetto delle norme processuali) appare oggi largamente condiviso e, quindi, merita di essere mantenuto, anche se l'esistenza delle *giurie popolari* (chiamate, peraltro, a pronunciarsi sui reati più gravi), porta a ritenere che neppure tale potere discrezionale sia affidato ai giudici togati in via esclusiva (cfr. art. 102 ult. comma Cost., «La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo alla amm.ne della giustizia»).

In particolare, per valutare se un testimone sia da ritenersi attendibile o no, non ci sono regole cogenti di diritto positivo.

Ed è proprio questa mancanza di regole che rende difficile qualificare, su un piano scientifico, l'attività del magistrato e rinvenire il titolo che lo legittima ad esercitarla.

In non pochi Paesi, — pur di indiscussa tradizione democratica come ad esempio gli U.S.A. —, i magistrati sono eletti dal popolo nella convinzione che esso sappia riconoscere meglio di ogni altra Autorità le persone dotate dell'intelligenza, del coraggio, dell'equilibrio, dello spirito di imparzialità, dell'amore per la Giustizia necessari per svolgere degnamente la funzione giurisdizionale.

10. LA GIURIMETRIA. DISCREZIONALITÀ PURA E DISCREZIONALITÀ TECNICA.

Se non vogliamo che tali sistemi di reclutamento dei magistrati si diffondano per timore che, con le elezioni, esso rimanga inquinato

dalla politica (intesa nel senso deteriore del termine), a me sembra che non solo debbasi conservare quanto più possibile la *collegialità degli organi giudicanti* prevedendo anche una ragionevole rotazione delle persone che ne fanno parte, ma anche, — e con ciò torniamo all'informatica — che sia necessario realizzare quella che io chiamo « *giurimetria* ».

È da premettere che il legislatore stesso affida spesso, oggi, al giudice il compito di decidere in base ad apprezzamenti discrezionali relativi a situazioni particolari (quale, ad esempio, la scelta dei genitori adottivi ottimali) e, segnatamente, alla quantificazione delle condanne: basti pensare in proposito all'art. 133 del c.p. a tutt'oggi da considerare il centro innervatore di tutto il nostro sistema penalistico, e agli artt. 1226 e 2056 del c.c. in tema di valutazione equitativa dei danni.

Non si tratta mai di *discrezionalità pura e semplice* (quale è quella *politica* che riguarda la scelta non solo dei mezzi ma anche dei fini da perseguire), ma sempre e soltanto di *discrezionalità tecnica*, cioè da esercitarsi nel rispetto dei criteri e per il raggiungimento dei fini additati dal legislatore. La discrezionalità deriva dal fatto che la scala metrica cui attenersi per la graduazione dei giudizi non è predeterminata per legge, ma rimessa al « prudente apprezzamento » del giudice.

« Prudente, in questo caso, mi sembra debba avere due significati (uno più generale e l'altro più specifico):

1) innanzitutto attento a non creare disparità di trattamento (neppure sul piano quantitativo) rispetto a chi si sia trovato in condizioni uguali o analoghe e sia stato già giudicato, perché tale disparità è la negazione stessa del concetto di Giustizia, negazione che non è meno grave quando tale disparità derivi non da una diversa interpretazione della legge bensì da una diversa quantificazione delle condanne lasciata alla libera valutazione del giudice;

2) conseguentemente attento a non dimenticare, nella valutazione, nessuno degli elementi di giudizio (e spesso sono moltissimi!) dei quali per legge o per equità si debba tenere sempre conto, attribuendo « ex ante » a ciascuna di essi un determinato peso.

Tener presenti analiticamente tante variabili correlandole *a mente* nelle loro numerosissime possibilità di combinazioni diverse (gli artt. 133 e 133-bis del c.p. enunciano ben 18 variabili di cui il giudice deve — non può! — tener conto!) è umanamente pressoché impossibile, anche se proprio questo sarebbe necessario fare per confrontare due o più sentenze di condanna emesse nei confronti di soggetti diversi e frutto di apprezzamenti discrezionali e giustificare, così, la eventuale differenza di trattamento.

E ciò spiega perché quasi sempre la motivazione in proposito addotta dal giudicante è resa in forma globale e sintetica, tanto da non permettere analitici raffronti.

Ma ciò che è impossibile fare a mente, è oggi possibile farlo fare al computer usato come strumento giurimetrico.

La giurimetria, nel nuovo senso in cui sto usando ora questo termine, potrebbe essere definita così: « la scienza, resa possibile soltanto dall'uso del computer, di individuare e misurare, per ogni determinazione quantitativa o comunque « di fatto » affidata alla discrezionalità del giudice, le componenti variabili dalle quali scaturisce il giudizio, al fine di ragguagliare ogni nuova determinazione a quelle precedentemente applicate e di assicurare, così, in concreto, mediante un sistema di confronto eseguito con l'ausilio di modelli statistici formati in base a classificazioni standard o scale predeterminate di punteggio, quella parità di trattamento (almeno approssimativa) alla quale i giudicandi hanno diritto anche rispetto ai giudizi discrezionali del magistrato »⁶.

La giurimetria, in altre parole, dovrebbe avere per i magistrati la stessa funzione che la « docimologia » ha per gli insegnanti e per gli esaminatori in genere. La sua applicazione oggi non solo è possibile, grazie al computer, ma è anche urgente per l'assoluta carenza di informazioni sulle quantificazioni operate in sede giudiziaria: basti pensare che in nessuna, delle circa quattrocento riviste giuridiche che si pubblicano oggi in Italia, se ne dà la benché minima notizia, mentre si abbonda nella massimazione dei principi di diritto.

Oggi quindi — e questo è gravissimo — il magistrato (e, in specie il giovane magistrato) non sa, quando determina quantitativamente una condanna o, comunque, apprezza discrezionalmente una situazione, *a quale quota sta volando* rispetto ai giudizi emessi in situazioni eguali o affini, da altri suoi colleghi o anche da lui stesso in passato.

11. LA TRASPARENZA INFORMATICA DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA COME QUARTO POSSIBILE RIMEDIO AI PERICOLI DELLA DISCREZIONALITÀ.

Sul tema di questo Convegno un'ultima proposta sembra formulabile.

Se la autarchia e la discrezionalità del giudice deve essere — come non può non essere — temperata con appropriate garanzie di imparzialità e di eguaglianza di trattamento, altro rimedio prezioso può essere fornito dall'informatica mediante la costituzione di banche-dati liberamente accessibili al pubblico, banche-dati ove sia costantemente e significativamente « *monitorata* » tutta l'attività svolta da ciascun ufficio giudiziario e da ciascun

⁶ Cfr. in proposito *L'informatica per il giurista* di R. BORRUSO e C. TIBERI, 2^a edizione (Dal bit a internet), Giuffrè, Milano, 2001.

magistrato. Se si potesse rendere, in tempo reale, di pubblico dominio quante udienze tiene, quante sentenze scrive ognuno di loro, quante di queste siano riformate in appello o annullate in Cassazione, quali siano i picchi, verso l'alto o verso il basso, delle loro determinazioni discrezionali e nei confronti di chi, da quando duri ogni processo, quale sia la cadenza dei rinvii, quali siano gli indici di affollamento di ciascun carcere, la durata delle carcerazioni preventive e il rapporto tra esse e l'esito finale del giudizio, si raggiungerebbe un livello di *trasparenza* tale da rendere la Giustizia « una casa di vetro » e — forse, pur senza alcun bisogno di sanzioni — equilibrato, imparziale, efficace ed efficiente il comportamento di tutti coloro che vi operano.

12. POTERI DISCREZIONALI DEL GIUDICE E STATO DI DIRITTO.

Concludendo:

L'idea che il giudice abbia ampi poteri discrezionali e che la Giustizia non debba essere mortificata da una rigorosa, pedante ed esclusiva applicazione della legge scritta sembra trovare oggi un largo consenso nella opinione pubblica. Si ha l'impressione che in tal modo la Giustizia diventi più umana. I miei studenti di legge, molti dei quali aspirano a diventare magistrati, ne sono addirittura affascinati. Per converso provoca scandalo, se non addirittura orrore, l'idea che il computer possa emettere giudizi validi sul piano giuridico.

E ciò anche se poi si è costretti a riconoscere che il computer funziona solo in base a regole predeterminate (tanto da potersi dire **UBI REGULA IBI COMPUTER**) e che la discrezionalità comporta, invece, il potere di decidere **CASO PER CASO**, senza una rigorosa prefissazione di regole: si potrebbe quasi dire « sans facon ». Libertà di decisione, ma anche pericolo di arbitrio (veri o soltanto frutto di sospetti).

Quale delle due opposte idee è più conforme al concetto del c.d. « Stato di diritto » e, quindi, all'ordinamento costituzionale e alla tradizione del sistema di « civil law »? Quale delle due garantisce di più la separazione dei Poteri e la correttezza del loro esercizio?