

IL DIRITTO IMPERFETTO: LA LOTTA DELLA SCIENZA GIURIDICA CON LA PERFEZIONE DELLA TECNICA¹

STEFANO PIETROPAOLI*

Il titolo di questa relazione vuole evocare due testi significativi sul dibattito tra diritto e tecnica.

Il primo è *La lotta per la scienza giuridica* (1906) di Hermann Kantorowicz, saggio fondamentale dell'antiformalismo giuridico, tanto da poter essere considerato il manifesto del cosiddetto "movimento per il diritto libero" (*Freirechtsbewegung*). Questa corrente di pensiero giuridico dichiarava apertamente guerra al modo di intendere il diritto proprio del normativismo giuridico e, volendo usare le parole di Paolo Grossi, si scagliava contro l'estasi legolatrica che aveva segnato gran parte dell'Ottocento giuridico.

Il secondo è *La perfezione della tecnica* (1939) di Friedrich G. Jünger (fratello del più noto Ernst). Quando ci si appropria al tema della tecnica, non si può non fare i conti con tre pensatori tedeschi del Novecento: Ernst Jünger, Martin Heidegger e Carl Schmitt. Ernst Jünger affrontò la questione della tecnica in vari lavori, a partire dal romanzo di guerra *Nelle tempeste d'acciaio* (1920); Martin Heidegger, sviluppando alcune intuizioni jüngeriane (in particolare quelle espresse nel 1932 nel capolavoro *L'operaio. Dominio e forma*), per primo si dedicò al tema dell'avvento dell'era della tecnica (e della cibernetica) dal punto di vista filosofico; infine, anche Carl Schmitt, unico giurista tra gli autori richiamati, si occupò a più riprese del problema tra diritto e tecnica, fino ad affrontare la questione della cibernetica negli anni Sessanta.

L'opportunità di rievocare questi autori risiede nella convinzione che sulla scienza giuridica incomba la più dura battaglia che abbia mai dovuto affrontare nella sua storia millenaria. Questa guerra è dichiarata dalla tecnica, o meglio, da un certo modo di intenderla. Ne *La perfezione della tecnica* Friedrich G. Jünger

¹ Lo scritto riproduce l'intervento svolto all'incontro di anticipazione del quarto numero de *La Nuova Giuridica*, dal titolo "Riflessioni intorno a diritto e tecnica", tenuto a Firenze il 26 ottobre 2023.

* Professore di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Firenze.

affronta la questione della civiltà delle macchine, criticando aspramente la società automatizzata, in cui l'essere umano è ridotto a "funzione".

Il diritto è senza dubbio *ars*, τέχνη; è soprattutto scienza nel senso di sapere giuridico autonomo che si serve strumentalmente di altre tecniche, in particolar modo di quelle che oggi sono denominate tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Infatti, è la prima scienza della comunicazione e dell'informazione quella che presiede la nascita stessa della scienza del diritto: la parola. Il diritto è prima di tutto parola; i giuristi lavorano con le parole e nutrono la pretesa di cambiare il mondo con le parole. Il diritto si dice (*ius dicere*): si pronunciano delle parole e qualcosa muta come per effetto di una magia.

Il legame tra il diritto e la sfera del sacro, del resto, è un elemento su cui è stato scritto molto e che non deve essere sottovalutato. I riferimenti alla dimensione del sacro si conservano nel lessico giuridico, nei suoi rituali (il processo si "celebra", osservando un codice di "rito", in presenza di figure che vestono una toga, ossia la "tonaca" di chi svolge una funzione sacerdotale). Questa aura di sacralità, in qualche modo, segna il sapere giuridico e può aiutare a individuare ciò che è irrinunciabile nella scienza giuridica.

Dunque, il diritto impiega la tecnologia e sicuramente la parola è stata la prima tecnologia di cui si è servito. Successivamente sarà la scrittura a decretare la nascita del diritto per come noi lo intendiamo, a seguito della diffusione – come narra la leggenda di Gneo Flavio – dei formulari gelosamente custoditi a Roma dalla casta sacerdotale. Così, grazie alla scrittura, quel sapere, prima tutto interno al collegio dei pontefici, diviene scienza.

Altra grande rivoluzione della comunicazione è stata la stampa. Il diritto moderno e lo Stato nascono non casualmente in concomitanza con la diffusione della stampa a caratteri mobili. Proprio la stampa si rivelerà uno strumento essenziale per lo Stato moderno (e per un certo modo di intendere il diritto).

Ma arriviamo all'oggi, alla svolta digitale. Pur sembrando recente, questa rivoluzione ha avuto inizio negli anni Quaranta del Novecento. Rimontando a quell'epoca, dobbiamo comprenderne l'idea di fondo e ricercare le ragioni del mutamento attuale del diritto, come esito di un processo avviatosi ben ottant'anni fa.

Sin dagli albori dell'informatica, i giuristi hanno pensato di sfruttare le enormi potenzialità offerte dalla nuova disciplina e di applicarla al diritto. Così negli anni Cinquanta - quando viene coniata l'espressione intelligenza artificiale - i giuristi teorizzano la creazione di un sistema normativo integralmente computabile. In altri termini, invitano a scrivere il libro delle leggi in un linguaggio che le macchine siano in grado di "comprendere" e, conseguentemente, di gestire. La prospettiva che intravedono è quella di un futuro in cui, probabilmente, anche la funzione legislativa sarà delegata alle macchine.

Questa idea, che potrà ad alcuni sembrare stravagante, ha impegnato molti giuristi, soprattutto negli anni Settanta, anche in Italia. Tra questi Luigi Ferrajoli ne *La teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale* (1970), in cui si proponeva di adottare formule logiche per formalizzare le disposizioni normative.

Oggi, in piena fioritura del “diritto computazionale”, le energie vengono indirizzate nella trasformazione di ciò che è scritto nei codici in un linguaggio comprensibile per le macchine.

Questa operazione cela molti fraintendimenti.

In prima battuta, spesso, a giustificazione di queste operazioni, viene chiamato a torto in causa Hans Kelsen, citando un passo di formulazione certamente infelice tratto da *La dottrina pura del diritto* (1952). Tuttavia, per dissipare ogni dubbio, in un articolo successivo in tema di diritto e logica (*Recht und Logik*, 1965), il filosofo austriaco afferma l’asimmetria tra logica giuridica e logica *tout court*. Infatti, il classico procedimento sillogistico (tutti gli uomini sono mortali - Socrate è un uomo - Socrate è mortale), che funziona dal punto di vista logico, non coglie il funzionamento del diritto. Per sostenere questa affermazione, Kelsen riporta questo esempio: tutti i ladri devono essere puniti; Schulze è un ladro; Schulze deve essere punito. E aggiunge: «Nel cosiddetto sillogismo normativo è possibile conoscere qual è la conclusione derivante dalle premesse soltanto quando il giudice competente si è pronunciato, cioè quando ha statuito la norma individuale. Non si può sostenere che il legislatore, statuendo la norma generale, voglia punire anche il ladro Schulze, che può non essere ancora nato. Soltanto il tribunale, accertato che Schulze ha rubato un cavallo a Maier, può volere che il ladro Schulze vada in prigione. E il giudice è un uomo e il suo atto di volontà non può essere implicito in quello di un altro legislatore». Questo passo consente anche di confutare l’idea per cui dal normativismo si dovrebbe approdare al diritto computazionale.

Un altro fraintendimento è dettato dalla sovrapposizione tra il concetto di norma e quello di disposizione. La prima è il risultato di un’attività ermeneutica, è l’interpretazione della seconda.

Perciò, anche qualora le macchine fossero in grado di gestire un diritto computazionale, non riuscirebbero a estrapolare la norma giuridica, che non si può applicare senza interpretazione. Diversamente, se ammettessimo che la norma si possa applicare senza interpretazione, ci porremmo fuori dall’orizzonte del diritto per come è stato da Roma ad oggi.

E, ancora, si fraintende la distinzione tra risultato e decisione. L’algoritmo produce un risultato. Schmitt, parlando di legalità oggettive della tecnica, nel saggio *Il compimento della Riforma* (1965), afferma che «Il funzionalismo di queste legalità oggettive, coerente in se stesso, elimina la nozione di una decisione personale proprio perché fa tutto da sé secondo il suo tipo di logica, senza nessuna decisione specifica. Parlare di decisioni in quest’ambito sarebbe tanto assurdo quanto voler fingere che l’alternarsi del rosso e del verde nei semafori di una strada

moderna sia una serie di atti amministrativi, cioè di decisioni allo scopo di organizzarlo secondo concetti giuridici e di inserirlo nel sistema del tradizionale diritto amministrativo. Si tratterebbe di un procedimento del tutto a-scientifico in quanto ingenuamente antropomorfo». L'algoritmo, in altre parole, non decide; l'algoritmo arriva ad un risultato.

Oggi ci troviamo davanti ad una serie di rischi. Il pericolo principale è quello della fine del diritto per come lo abbiamo conosciuto per duemila anni.

Quando i veicoli a guida autonoma saranno realtà, il codice della strada perderà il suo carattere giuridico. La macchina, da sola, si fermerà al rosso; rispetterà la distanza di sicurezza; non supererà i limiti di velocità. L'essere umano all'interno del veicolo non avrà alcuna possibilità di violare la norma. In questo scenario il codice della strada da testo giuridico degraderà a codice tecnico, a insieme di norme tecniche implementate nel codice del veicolo. A quel punto non ci sarà più alcun fenomeno giuridico.

In questo scenario, alla perfezione della tecnica invito a contrapporre l'imperfezione del diritto. Il diritto esprime una tensione verso la giustizia, e la normatività risiede in questa aspirazione. Un diritto senza giustizia rinnega la sua essenza.

Questo deve essere un punto fermo per tutti i giuristi. Allora, reclamiamo l'imperfezione del diritto, perché imperfezione significa anche umanità del diritto. Rimaniamo memori di quanto già scriveva Ermogeniano: *«Hominum causa omne ius constitutum»*.