

Alessandro Campo*

*Dati e algoritmi. Dal rapporto tra validità ed effettività
a una questione antropologico-giuridica (tramite la norma)*

Abstract: This paper focuses on the relationship between law and data (and also algorithms). This relationship is the starting point for developing the issue of *sollen* through Kelsen, Deleuze and Lacan. The goal is to show a shift from the link between validity and effectiveness in normativism to an anthropological question related to the role of fictionalism in law.

Key words: Data; algorithms; validity; effectiveness; fictionalism.

1. Validità ed effettività tra normativismo e mondo dei dati

Con questo articolo non voglio trattare un tema di teoria generale del diritto in modo diffuso, ma utilizzarlo come sfondo per qualcosa d'altro. Prendo dunque come questione generalissima di abbrivio il rapporto tra validità ed effettività, intendendo la prima come dominio del dover essere e la seconda dell'essere, perché mi pare centrale in riferimento al nesso diritto-tecnologia, seppure in un senso non classicamente di teoria generale, come si vedrà.

Kelsen annota che “Il diritto vale soltanto come diritto positivo, e cioè come diritto posto” (Kelsen 2000: 96); se della norma si predica la validità sulla base del rispetto di una norma superiore e poi la *grundnorm* chiude in senso logico-trascendentale un sistema centrato sulla normatività, tuttavia non si fa a meno dell'effettività: il diritto è effettivo se “applicato e osservato” in quanto è coattivo; il diritto positivo più precisamente “deve essere effettivo, ossia realmente applicato e osservato” sia “entro un ambito territoriale circoscritto, come il diritto statale”, sia “al di sopra di ogni confine territoriale, come il diritto internazionale” (Kelsen 1957: 497), tanto che, secondo la logica della norma fondamentale, il governo legittimo di uno stato è proprio quello effettivo. Si osserva dunque nell'autore austriaco un rapporto inscindibile tra la validità e l'effettività dell'ordinamento. Se, come nota Gazzolo commentandolo, secondo una stringente e radicale logica filosofica, il punto ancora impensato kelseniano è la radicalità del dover essere, il quale non può mai diventare “essere”, occorre però,

* Assegnista di Ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II – alecampo1988@gmail.com.

per quel che qui interessa, sottolineare che la questione dell'effettività rimane allora nascosta, quasi come antimateria del dover essere, acquisendo una significatività in negativo.

In un pensatore come Hart¹, rinnovatore del normativismo, e che invece aggancia la validità direttamente alle cosiddette norme di riconoscimento, nemmeno si tratta di antimateria, ma di piena e formalizzata operatività del mondo dell'effettivo². Il normativismo, si può dire certo semplificando, risale dunque necessariamente a un che di fattuale, nel senso che ce l'ha alle spalle, o è direttamente fondato su di esso. Il fatto è però sempre qualificato dal diritto e dunque, nel mondo giuridico, paradossalmente non esiste mai: questo vale certamente in un senso normativista ma anche, ad esempio, nella teoria più significativa dell'istituzionalismo italiano, ossia quella di Santi Romano³ (la quale, in effetti, non è necessariamente estranea ad un normativismo di fondo)⁴.

Se, pur brevemente, il tema da cui muovo è quello del binomio inscindibile validità/effettività, in cui la seconda rende veramente "valida" la prima, diversi sono i rapporti nelle altre grandi famiglie della filosofia del diritto, dove una qualche "effettività" forse viene radicalmente prima, come capita nel realismo giuridico, che pure ha varie declinazioni o – lo si accennava – ragionando istituzionalisticamente, in un senso che risulta pangiridista. Qui però mi arresto, dal momento che non intendo rigiocare la partita già tante volte disputata tra normativismo e realismo, così come, a maggior ragione, tralascio riflessioni sul senso, "sostanzialistico", della validità nel neo-costituzionalismo e nel giusnaturalismo.

Noto invece che questo centro dell'essere, ossia dell'effettività, diventa punto di partenza nel nostro nuovo mondo dei dati, se lo pensiamo in relazione alla teoria generale del diritto, ma già intendendo questa come qualcosa da prendere come slancio per andare da un'altra parte, seguendo l'idea che essa sia un punto di partenza utile per un filosofare ulteriore e accordandole dunque un ruolo simile a quello attribuibile alla storia della filosofia in relazione alla filosofia medesima.⁵

Sul piano dei rapporti tra effettività e validità, le novità che occorrono sono molto importanti, dal momento che il "dato" diviene rovesciatore quasi paradigmatico del

1 Cfr. almeno Hart 2002.

2 Come scrivono Abignente, Ciaramelli, Pomarici (2016: XI) "Il positivismo giuridico di Hart si differenzia da quello kelseniano nell'assumere la validità dell'ordinamento giuridico come una questione di fatto. La norma di riconoscimento si differenzia dalla norma fondamentale kelseniana di natura puramente ipotetica, costituendo un potere di verifica che incardina nella pratica sociale le norme facenti parte dell'ordinamento".

3 Gazzolo 2018: 117 scrive che "in Romano è la stessa separazione tra fatto e diritto ad essere messa in discussione: propriamente, non c'è qualcosa come "il fatto dell'ordinamento" nel momento in cui l'ordinamento è sempre "giuridico". Identificando fatto e diritto, si dà luogo alla "dimostrazione della perfetta autonomia del concetto di diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in sé stesso" (*Ibidem*). La questione della "realtà" giuridica, in senso ontologico, è affrontata in Romano 1947.

4 Sul punto, si veda ad esempio Tanzi 2004.

5 Come scrive Carchia 2020: 49, la storia della filosofia "è come un sostegno per il pensiero; essa è quell'attrito precisamente di cui il pensiero ha bisogno per slanciarsi attraverso il tempo".

normativismo. L'effettività, schematizzando, prende il posto della validità e, secondo l'ipotesi che si segue, si atteggia a norma che riguarda il mondo dell'essere. Nel dominio dei dati, al contrario di quanto accade nel normativismo e secondo una connotazione "realistica", è proprio dall'essere che si muove e si predica una validità.

2. Il dato come nuova norma

Il dato come nuova norma pone dei problemi specifici. Intanto vediamo però le somiglianze con il vecchio paradigma, quello latamente normativistico: in questo, la norma viene giustificata in un insieme più grande, ossia un ordinamento (anche per Kelsen proprio esso è il centro del dominio effettuale) o l'istituzione che divora tutto (come nell'esempio romaniano), rendendo il fatto "giuridico". Forse il dato non si atteggia troppo diversamente, trovandosi collocato in uno sfondo che lo giustifichi e qui, al posto dell'ordinamento, o dell'istituzione, troviamo il modello. Sebbene il modello ha una ragione d'essere epistemologica, bisogna aggiungere che l'epistemologia è proprio ciò che, su questo specifico piano, fa la "validità" del dato. Dunque: la norma è valida, ma acquisisce senso se collocata in un ordinamento effettivo, mentre il dato acquisisce il suo senso, ossia è "valido", se funziona in un modello.⁶

Però, si dirà: i dati sono tanti e generano di per loro una grammatica, evadendo dalla necessità del modello che li giustifichi. Si parla infatti ora di *big data*, in un senso che garantirebbe un passaggio immediato dall'essere al dover essere. Secondo la suggestione, e la semplificazione, proposte, tanti dati fanno validità: essi generano di per loro una rappresentazione, come se ci mettessero a disposizione una mappa con cui è possibile descrivere perfettamente l'impero saltandoci dentro o, addirittura, rimanendo nella metafora borgesiana, ci presentassero senza mediazione l'impero stesso⁷. Dunque, in questo dataismo⁸, il dover essere è predicato come effetto immediato dell'essere. La norma-dato si serve, o meno, di un modello, ma vuole essere ritenuta valida.

3. Algoritmo e *smart contracts*

Anche in assenza di modello tuttavia c'è qualcosa che svolge una funzione interpretativa e di validazione del dato. Questo qualcosa va sotto il nome di algorit-

6 Eppure, anche nella scienza, occorre essere estremamente avveduti nell'utilizzo dei modelli. Sul punto cfr. AA. VV. 2021.

7 Si veda, ad esempio, Barabasi 2011, che, già in un fortunato libro di qualche anno, fa mostra come a partire da questi dati sia possibile non solo mappare con precisione i suoi comportamenti, ma anche emettere sentenze predittive su quelli futuri (seguendo un'epistemologia indubbiamente riduzionistica, ma indicativa del quadro che si vuole dipingere). Circa la metafora indicata e le sue implicazioni paradossali, si vedano Borges 1961 ed Eco 1992.

8 Cfr., ad esempio, Harari 2017, il quale, in un'opera pur divulgativa, individua con particolare chiarezza la questione dataistica.

mo, i cui problemi in riferimento al diritto sono analizzati assai precisamente da Garapon e Lassègue (2021). Gli autori, che, per quel che interessa ora sottolineare rispetto alla relazione tra validità ed effettività, e alla riproposizione sotto mentite spoglie del normativismo, disegnano una zona di indistinguibilità di diritto e fatto, derivante dalla digitalizzazione della giustizia, muovono dall'idea, qui congeniale, ed espressa da Lawrence Lessig, secondo cui “*Code is Law*”.

Se l'ingegnerizzazione della giustizia necessita un meccanismo in cui, per la decisione, gioca un ruolo centrale l'algoritmo, non è così per gli *smart contracts*⁹, per i quali nemmeno si ravvisa questa necessità e dall'effettività si finisce subito nella normatività, oppure, rovesciando l'interpretazione, si ha una norma che si scioglie nel suo *enforcement*. Qui, secondo l'ipotesi di Gazzolo, il *sollen* diventa *müssen* così che la tecnologia rappresenta il compimento del diritto¹⁰. L'autore, alle cui serrate argomentazioni rinvio, sostiene che il *sollen* kelseniano non possa essere inteso come “dovere di essere”, ma debba essere pensato come “dover-essere”, ciò che alla fine è nulla, seppure un nulla carico di significato. Con la tecnologia, secondo il mutamento che qui interessa, esso diviene invece fatto, ciò soprattutto in relazione agli appena menzionati contratti che si auto-eseguono, così smarrendo la sua propria natura. Tuttavia, questa scomparsa del diritto apre finalmente, sempre secondo Gazzolo, la possibilità di pensare proprio il diritto nella sua radicalità, nel suo dover-essere irriducibile,¹¹ quanto più avanti proverò a sostenere anche io, ma da un'angolazione differente.

Se nel tradizionale approccio normativistico la validità non satura il discorso, nel senso che l'effettività resiste, nel caso dei dati (e degli algoritmi) occorre interrogarsi sulla radicale saturazione generata dall'effettività, specie quando questa, tornando alle riflessioni di Gazzolo, si presenta come *müssen*, come necessità (per cui rovescia o compie la norma e, compiendola, offre la possibilità di pensare il diritto nella sua più propria natura).

4. Critica deleuziana al normativismo in due sue varianti

C'è dunque sempre un normativismo con la sua contropartita. Kelsen, il quale pure distingue tra causalità e imputazione (ciò che ora verrebbe meno nella giustizia digitale), fa forse dei calchi, come direbbe Deleuze, costruendo la validità, quindi la logica trascendentale, a immagine dell'empirico, così che è l'esperienza ordinaria, in questo caso l'effettività, che viene trascendentalizzata¹². Il dubbio post-deleuziano

9 Vedi sul punto ad esempio il già classico Zuboff 2018.

10 Cfr. Gazzolo 2021.

11 Ivi, p. 12: “La tecnologia segna la scomparsa del diritto – nel senso che si è detto: segna il compimento, il realizzarsi del diritto come *fatto*, della norma come *causa*, del *Sollen* come *müssen*. Si tratta certamente di una «strada senza ritorno». Scomparsa *del* diritto, ché è il diritto stesso a realizzarsi come *essere* – dove il *deve pagare* diviene un *pagherà*, dove la prescrizione diviene necessità (ossia ciò che ha sempre ispirato ad essere, ciò verso-cui è sempre stata diretta). Ma, essendo, il diritto cessa di essere”.

12 Cfr. Deleuze 2009. Ma la problematica trascendentale è analizzata in diverse opere dell'autore.

qui espresso è che si facciano calchi anche muovendo dal dominio dell'effettività, e specificamente predizioni di un futuro¹³ (la nuova validità) costruito a immagine del passato¹⁴. Si tratta di sottolineare dunque, secondo l'ipotesi del dato come norma di un nuovo normativismo, in cui si prova a tracciare il comportamento, predicendolo, una riproposizione del discorso della validità in un nuovo senso mappatorio assai più cogente di quello codicistico. Se un modello fattualistico è indubbiamente altro da uno doveristico, entrambi necessitano di un sostegno recuperato nell'altro dominio. Da Kelsen a Compas¹⁵, siamo sempre al punto della mappa, anche se le norme hanno cambiato aspetto.

Il passaggio che dunque provo a ipotizzare è, riassumendo, quello dalla norma-dover essere kelseniana alla norma-essere algoritmica, che, deleuzianamente, forse indica una radicalizzazione della logica del calco, dell'elevazione dell'esperienza a normatività indefettibile.

Certo, si può contestare la centralità della nuova norma e, ad esempio, contestualizzarne la valenza, facendo leva sulla caratterizzazione ermeneutica del discorso giuridico, ciò che Garapon e Lassègue non mancano di indicare. Inoltre, se già in un senso critico del normativismo, del positivismo e dell'idea napoleonica di giudice come bocca della legge, la norma – classicamente intesa – viene sottratta, almeno da alcuni accostamenti critici, al ruolo di premessa maggiore del ragionamento giuridico sillogistico, converrebbe forse procedere in senso analogo rispetto al nuovo dominio dell'effettività normativista del nostro impero/mappa. Si tratterebbe di applicare al nuovo scenario, dunque *mutatis mutandis*, l'ottica retorico-argomentativa¹⁶ e precisare come, a partire da questa, il dato e, come si vedrà, l'algoritmo, possano essere pensati piuttosto alla stregua di *topoi* del ragionamento del giudice.

5. Norme 1. Deleuze

Tuttavia, più radicalmente, si apre qui proprio un'altra questione, e ciò in ragione dell'attrito che fa la teoria generale del diritto, costringendoci a parlare ancora di norma non in un senso formalista (il passaggio cui si faceva riferimento, tramite Gazzolo, dal *sollen* al *müssen*), bensì antropologico.

Occorre chiedersi infatti cosa ci succeda di concretamente diverso con questa nuova norma e subito sembra significativo il fatto di non capirla, quanto accade almeno nel caso della norma-algoritmo, cioè il non comprendere il *numérique*, che infatti deve essere tradotto in linguaggio intellegibile all'umano, e comunque le modalità di questa decodificazione. In un certo senso, qui è direttamente il giu-

13 Le cui implicazioni giuridiche sono analizzate in Zuboff, op. cit.

14 Secondo una concezione scientifica diversa da quella "minore", attenta ai problemi e non alle soluzioni, tematizzata dallo stesso Deleuze e messa in prospettiva da De Landa 2013.

15 Compas, già da tempo utilizzato dalle Corti statunitensi, è un algoritmo che valuta il rischio di recidiva e la pericolosità sociale di un individuo sulla base di dati statistici, precedenti giudiziari e altri elementi rilevanti per la decisione.

16 Cfr. Manzin 2014.

dice a trovarsi in una situazione kafkiana, al modo dell'imputato del Processo; è sempre il giudice a trovarsi in questo davanti ad una Legge (o alla sua Porta), che non comprende. Da un altro punto di vista, il nodo consiste invece nel capire sin troppo bene, ma, comunque, di non poter esercitare la propria libertà, come accade nel caso degli *smart contracts*, con riferimento non tanto al giudice, quanto alla parte contraente. Non si tratta, come si vede, di una questione di teoria generale del diritto, sebbene derivi da questa. Il dato come norma, in un senso iper-napoleonico, o, a rovescio, il dato che genera un superamento del normativismo, ci mette davanti a noi stessi, originando un'esperienza giuridica differente da quelle cui siamo abituati. Il punto che si evidenzia è in effetti antropologico, in accordo con il sottotitolo che Garapon e Lassègue appongono al proprio testo, nella versione francese originale¹⁷.

Allora: dovremmo contestare queste nuove norme?

Ho già citato Deleuze sul versante epistemologico, chiamandone in causa la contestazione al trascendentalismo di Kant e trasferendola non solo al kantiano Kelsen, ma anche al mondo dataistico dell'effettività. Sempre Deleuze sostiene che il vero diritto sia creazione pura, tanto che la filosofia del diritto si risolve, secondo il suo pensiero, nella giurisprudenza (ma intesa come attività creativa)¹⁸ e non ha niente da fare con la legge. Lo stesso autore altrove delinea una concezione istituzionalista, sempre in un senso creativo e antinormativistico, una volta giocando l'istituzione in relazione all'istinto, un'altra prendendo le mosse dalla filosofia di Hume e in particolare da concetti come fantasia e associazione¹⁹. Nell'uno e nell'altro caso, anche qui, il nemico è la norma, che viene spodestata con particolare radicalità, e sicuramente in modo più virulento di quanto succeda nella tradizione, risalente o recente, dell'istituzionalismo giuridico.²⁰ Bisogna ammettere, visto quanto detto sin qui, la tentazione di accogliere questa inclinazione normoclasta e proiettarla sul dataismo, per provare almeno a incrinarne la perfezione mappatoria. Tuttavia, il sospetto che corre è inesorabilmente legato al problema antropologico riferito alla norma. Quella deleuziana vorrebbe essere una proposta (anti)antropologica affermativa e vitalista, la quale supera il problema della regola (cercando di superare anche il soggetto che si trova in relazione a questa regola²¹). L'impressione qui avanzata è che però l'autore francese della norma non possa fare del tutto a meno, legandola ad una certa idea di giudizio²², di cui pure si vorrebbe

17 L'elemento antropologico, presente nel sottotitolo originale (che recita: "*Révolution graphique et rupture anthropologique*") e assente in quello italiano ("Determinismo tecnologico e libertà"), nonché, nel testo originale, l'utilizzo del francese "*numérique*", che rende meglio del "digitale" l'idea del calcolo, sono stati sottolineati da A. Andronico nel "Ciclo di seminari di informatica giuridica", svolti nel corso del 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catanzaro.

18 Questa concezione è dettagliatamente messa a tema in Sutter 2011.

19 Deleuze 2014; Deleuze 2018.

20 L'istituzionalismo di Deleuze ha in effetti una vocazione eretica. Cfr. Landolfi 2009.

21 Ho provato ad approfondire la questione antropologica, e segnatamente seguendo un percorso di diritto e letteratura, nella prospettiva deleuziana in Campo 2022.

22 Come evidenzia bene Brindisi 2016.

disfare. Forse allora ciò che va valorizzato è proprio, rimanendo sul piano antropologico, il *desiderio* di superare la regola, anche se questo è sempre in parte frustrato, così come, ancora nelle grammatiche deleuziane, non sembra venire soddisfatto del tutto il desiderio di deterritorializzazione²³ o dell'abbattimento delle cosiddette immagini del pensiero²⁴ (e così la distruzione del trascendentale).

Sarei cauto, dunque, rispetto alla tentazione di contrapporsi al dato-norma, o all'algoritmo-norma, frontalmente. Allo stesso tempo però, in accordo con il deleuzismo di vulgata, valorizzerei la spinta, derivante da questa tentazione, ad obbligarci a sviluppare più fantasia, più creatività²⁵. Penso, infine, che una qualche norma dobbiamo incontrarla e con essa fare conti, non tanto per ragioni concettualistiche di trascendentalità perdurante, quanto, come si diceva, per motivi antropologici (anche se, forse, le cose stanno cambiando).

6. Norme 2. Lacan

Le norme raccontano infatti molte storie. Non si tratta, secondo la mia ottica, di guardare alle regole in sé stesse, ma di concentrarsi su quanto esse suscitano ad un livello più profondo. Subito allora la mente corre al rapporto paolino tra desiderio e legge, e tra questa e la libertà. Tralasciando una questione antropologica e teologica così complessa,²⁶ mi riferisco allora, e sempre semplificando, a Jacques Lacan, che mostra una trasgressione sempre possibile della Legge in quello che definisce Discorso del Padrone²⁷. Lo stesso Lacan indica però qualcosa di ulteriore, che forse torna utile, ossia uno slittamento nel Discorso del Capitalista, dove la trasgressione non si dà più, poiché ci si trova soggetti/assoggettati ad un imperativo (godì!) che non lascia scampo²⁸, imbrigliando il desiderio e dunque la libertà, determinando una sorta di mutazione antropologica.

La domanda che si pone è se succeda qualcosa di diverso con le nuove norme cui siamo, e saremo sempre più, soggetti. La ferita narcisistica, individuata da Garapon e Lassègue come esito psicologico dell'imporsi della giustizia digitale, è senza dubbio significativa, soprattutto per il giudice, ma la situazione che viviamo è forse, per certi versi, allo stesso tempo simile a quella lacaniana appena ricordata; poiché non c'è, come nel caso degli *smart contracts*, una possibilità di trasgressione, il problema rischia di essere addirittura più radicale di quello interno al Discorso del Capitalista; dal momento, inoltre, che ci capita anche di non capire il senso della norma (la

23 In particolare, Deleuze e Guattari 2003.

24 Cfr. il terzo capitolo di Deleuze 1971.

25 Nella battaglia creativa all'algoritmo, ad esempio Camurri 2021, che recupera alcune suggestioni di Fischer 2020, chiede un "immaginario imprevedibile, irriconoscibile e perennemente acceso".

26 Rinvio dunque a Heritier 2008.

27 Cfr. Lacan 2001.

28 Sulla coazione al godimento e altri snodi della prospettiva di Lacan riferita al contemporaneo, cfr. Žižek 2010.

norma-algoritmo), accade che il *sollen* (non kelseniano, ma lacaniano) si traduca in un'impotenza, ricordando l'analisi dello psicoanalista francese secondo cui l'affermazione "Dio è morto" è seguita dalla conseguenza che "allora niente è permesso"²⁹. La "liberazione" (o meglio: l'aspirazione di liberazione) da questa nuova norma non conduce nemmeno all'esito di trovarci un nuovo Padrone con cui intrattenere rapporti complicati come Servi che si vogliono liberare o a quello di un antiedipismo programmatico³⁰. Se battersi con la vecchia norma/legge è sempre possibile, la risposta poteva un tempo consistere in quella del Lacan lievemente reazionario che predice agli studenti sessantottini in rivolta "Volete un padrone: l'avrete"³¹ oppure in quella, più vitalista, condensabile nel sogno di un mondo di creazione sfrenata, senza norme, di anarchia incoronata gnostico-deleuziana.

La presentazione, necessariamente brachilogica, di queste due alternative *lato sensu* antropologiche emerse nel corso del novecento mira qui ad una schematizzazione utile a cogliere gli estremi possibili di delineamento del rapporto umano con le norme. Se Deleuze, come si ricordava, è un avversario delle regole, Lacan pensa l'uomo in rapporto a queste. I due autori tuttavia, a mio avviso, si pongono la questione entro un quadro teorico comune³², valorizzando, secondo differenti prospettive, l'elemento creativo e ponendolo, volenti o nolenti (nel caso di Deleuze: nolenti), in relazione al soggetto che lo esprime.

Nel nuovo scenario, invece, rischiamo qualcosa di assai poco creativo, perché non eliminiamo affatto il Giudizio, come chiede Deleuze con Artaud,³³ ma anzi ci troviamo compresi in un normativismo diverso e più tetragono (o devastato del tutto, che è lo stesso), con norme che saturano perché certissime e non interpretabili, oppure incomprensibili.

Lacanianamente, la saturazione di un sapere, che perde il fascino dell'ignoto, smarrisce il suo elemento isterico, rende impotenti.³⁴ Questa impotenza, e le sue vie di uscita, verranno nel seguito prospettate, ovviamente per abbozzi e suggestioni (nonché, forse, una buona dose di ottimismo). Occorrerebbe, di più, muovendo da queste premesse, elaborare un'antropologia della giustizia all'altezza delle novità, ad esempio focalizzando lo smottare della funzione di terzietà del giudice (anche questo non sfugge a Garapon e Lassègue). Non mi cimenterò, tuttavia, in questa direzione, limitandomi a riflettere sulle ricadute che i mutamenti richiamati generano – e meglio: mi sembrano generare – a chi si trova preso in questi nuovi segni, in questa semiotica tecnologico-giuridica.

29 Lacan 2001: 147.

30 Mi riferisco a Deleuze, Guattari 1975. La prospettiva antiedipica è radicalizza da Godani 2014.

31 Questa citazione è ricavata da Lacan 2001: 259.

32 Senza entrare nei complessi rapporti tra i due pensatori, ma proprio in riferimento a questo quadro teorico comune, segnaliamo che esistono letture che lacanziano Deleuze (ad esempio Žižek 2012) e altre che deleuzizzano Lacan (cfr. Ronchi 2017).

33 Deleuze mutua sia il "farla finita con il giudizio", sia l'"anarchia incoronata" citata poco prima da Artaud 2002.

34 Anche il "Discorso dell'Isterica", in riferimento a quello "Dell'università", è tematizzato in Lacan 2001.

7. Immaginazione giuridico-tecnologica

Una questione che mi pare importante affetta direttamente la nostra immaginazione giuridica e consiste nella modalità attraverso la quale pensiamo questi algoritmi. Ed Finn³⁵ suggerisce che l'algoritmo sia considerabile a guisa di macchina culturale e, per trattarlo, in effetti, abbonda di metafore tratte dal mondo delle *humanities*. L'accostamento retorico-umanistico emerge anche nel titolo del fortunato testo di Pedro Domingos³⁶ sull'algoritmo *master*, che, di nuovo lacanianamente, ci immaginiamo come algoritmo padrone. Quanto alla retorica, nemmeno è il caso di menzionare le iperboli con cui quella artificiale viene definita "intelligenza", intendendo quest'ultima spesso in un senso proiettivo o analogico (dal momento che le caratteristiche sulla base delle quali pensiamo all'intelligenza sono quelle umane). Se dunque – ovviamente – adoperiamo gli strumenti classici della nostra umanità per intendere l'altro tecnologico (e tralasciando il problema generale del pensare l'alterità), una questione di maggiore radicalità da sollevarsi consiste forse nel chiedersi come noi, vista la rivoluzione dataista-algoritmica, ci concepiamo all'interna di essa.

Sembra che la norma nuova voglia un uomo più che cartesiano, con la convinzione di potergli diagnosticare per davvero l'anima dentro una qualche ghiandola pineale. In questo senso, pensando, a partire dalla cibernetica, al processo di meccanizzazione della mente,³⁷ adesso si potrebbe forse parlare di algoritmizzazione della stessa. Forse tutto questo proliferare di dati e algoritmi per analizzare – e giudicare – i comportamenti umani ci spinge proprio a proiettare, secondo una logica speculare, il discorso su noi stessi e specificamente sugli algoritmi da cui siamo popolati, convincendoci di essere proprio i soggetti adatti ad una eventuale mappatura completa. Questa percezione del sé mi porta alla mente un'altra fortunata metafora tecnologica, quella dell'*uncanny valley*,³⁸ utilizzata per indicare il senso di perturbante in cui ci si ritrova quando si è a contatto con un robot simile e al contempo impercettibilmente diverso rispetto agli esseri umani, con la differenza che, nel caso degli algoritmi, la valle sconosciuta diveniamo noi stessi. L'elemento saliente è forse che cominciamo a pensarci come macchine, immaginando i nostri algoritmi biochimici³⁹ come ciò che ci definisce. Se, come accade, le neuroscienze cognitive (meglio: alcune ricerche neuroscientifiche) avallano la tendenza, di rilievo, per così dire, antropologico-culturale, in atto, ad abbracciare il determinismo⁴⁰ che ci porteremmo dentro (quanto Garapon e Lassègue rilevano nel sottotitolo, indicando più specificamente la questione del determinismo tecnologico), allora il quadro sembra abbastanza completo.

35 Finn 2017.

36 Domingos 2015.

37 Dupuy 2015.

38 Masahiro 1970.

39 Il successo di Harari, op. cit., è forse almeno in parte ascrivibile alla narrazione sugli algoritmi biochimici (quasi un mito dell'algoritmo), che ne occupa una parte rilevante.

40 Si veda paradigmaticamente Pentland 2015.

8. Normativismo come finzionalismo. La libertà necessaria

A questo punto, e con un bel salto, affronto da una prospettiva ulteriore rispetto all'alternativa Deleuze/Lacan la questione dello sfondo antropologico del normativismo. Riprendendo il tema della teoria generale come slancio, vorrei evidenziare il meccanismo finzionalistico che soggiace al kelsenismo⁴¹ – la logica immaginativa della *grundnorm* –, il doverla presupporre, ed indicare, anche al di là di Kelsen, che tale finzionalismo connota il tratto istitutivo del giuridico⁴². Il meccanismo del “come se”, e dunque il fare “come se” la norma fondamentale esistesse, infatti investe da un lato il fondamento del diritto, e dall'altro, come riverbero, riguarda la nostra fruizione delle norme, l'incontro che facciamo con esse. Il normativismo ci deve raccontare, nell'impossibile possibilità del *sollen* e dei suoi rapporti stressati con l'effettività, una storia cui credere, offrendoci la possibilità di reagire in un modo o nell'altro ad essa, come provavo ad indicare seguendo gli esempi di Lacan e Deleuze.

Il punto centrale, riguardante i due corni dell'alternativa antropologica abbozzata, è che la norma, fruita in senso finzionalistico, prevede di essere seguita, trasgredita o ignorata (ciò che peraltro vale per qualunque impostazione di teoria generale del diritto), postulando – kantianamente – una libertà del soggetto che vi si rapporta. Senza poter affrontare la questione della libertà, se non per dire che essa residua, secondo la lettura proposta, anche nel discorso del capitalista o in quello iper-vitalista, ci si chiede, senza preamboli: una volta che sia eliminata, cosa succede?

9. Il teatro di Damasio

Ritornando indietro di due paragrafi, guardo al “quadro” sul determinismo come spirito dei tempi. Naturalmente questo quadro ha una valenza impressionistica e di insieme, E esso, però, mi pare rappresentare, almeno per approssimazione, lo sfondo culturale in cui ci muoviamo, tanto da obbligarci a pensare ad un “uomo del diritto” sprovvisto della sua libertà. Esistono, com'è noto, accostamenti differenti dal riduzionismo cognitivistico su cui non mi intrattengo,⁴³ se non per citarne uno dei

41 Heritier 2009: 18 precisa che “I rapporti del diritto con gli altri sistemi da cui è composta la società non sono definibili in senso univoco (con descrizioni come la seguente: dal momento che il diritto o la morale comanda, l'economia o la scienza seguono le direttive giuridiche); questa visione ingenua e dogmatica, certo irrinunciabile per l'operare del giurista positivista, è finzionale almeno quanto la norma fondamentale kelseniana: è un modo semplificadorio, non reale ma utile praticamente, per sostenere un modo di pensare giuridico positivista. E quindi del tutto condivisibile, a patto che il giurista abbia la consapevolezza teorica e filosofica di comprenderne il tratto finzionale, nel senso precisato: vale a dire che questo modo di pensare è necessario allo scopo di mantenere il ruolo del giurista positivo all'interno della società complessa, e non è già effettivo o descrittivo di una situazione reale delle società contemporanee”.

42 Si veda almeno il classico Kantorowicz 1989.

43 Cfr., almeno, oltre all'opera di Damasio, Panksepp, Biven 2014. Nella filosofia del diritto, sviluppa una concezione affettiva della giustizia a partire da queste concezioni neuroscientifiche (ma non solo) Heritier 2014 e 2021.

rappresentanti più autorevoli e proprio perché mi sembra offrire una risposta all'altezza del problema posto dall'epoca culturale in cui ci troviamo a vivere.

Voglio dunque sottolineare un elemento specifico, che mi pare fondamentale, ricavato da Antonio Damasio, concernente la natura necessariamente finzionalistica dell'autorappresentazione, dal momento che questo finzionalismo mi sembra decisivo in riferimento alla questione antropologica della credenza⁴⁴ in relazione alla norma (ed anche al fondamento del diritto), una volta che la libertà sia messa in questione dal "di dentro" del soggetto culturalmente datizzato.

In un passaggio, che citerò estesamente, si legge che "Nel teatro della vostra mente – il vostro Teatro Cartesiano, perché no? – il sipario è sollevato, gli attori sono in scena, recitano e si muovono, le luci sono accese; come lo sono gli effetti sonori. E ora viene la parte decisiva dell'ambientazione: c'è un pubblico, VOI! Voi non vi *vedete*; potete semplicemente *sentire* o *percepire* la presenza di una forma di voi stessi, il soggetto e il pubblico della rappresentazione, seduta davanti alla scena, rivolta verso l'impenetrabile quarta parete del palco. E temo che vi attenda qualcosa di persino più bizzarro, perché a volte avrete la sensazione che un'altra parte di voi stessi – proprio così – vi stia guardando mentre guardate lo spettacolo". Damasio poi prosegue sostenendo che naturalmente non crede in una zona del cervello in cui si svolgono le nostre rappresentazioni teatrali o agiscono dei piccoli "io" in miniatura e conclude: "Il fatto innegabile, però, è che tutto succede *come se* ci fosse un teatro o un gigantesco schermo cinematografico, e *come se* tra il pubblico ci fossero un io o un voi. È assolutamente lecito definirla illusione – a patto di riconoscere che questa illusione proviene da processi biologici certi, e che mediante questi processi possiamo tentare di dare una spiegazione del fenomeno"⁴⁵.

Il punto centrale che si vuol sottolineare consiste in una definizione di scena teatrale critica di chi, una volta affermata l'inesistenza del teatro cartesiano, come fa Dennett 2009, abbatte anche il "sé" inteso unitariamente. Senza inoltrarmi in una teoria che con molteplici argomenti nega la sostenibilità della coscienza così come è stata tradizionalmente intesa, proponendo il superamento della metafora teatrale, sosterei che la nostra "scena" resiste proprio nella misura in cui inevitabilmente facciamo esperienza di noi stessi secondo la modalità descritta da Damasio. Più precisamente, mi sembra che la "resistenza" si dia grazie al meccanismo teatrale del "come se"⁴⁶, il quale, come si accennava, ha una sua profonda valenza giuridica.

Commentando l'autore di *L'errore di Cartesio*, occorre dunque sottolineare l'elemento sia fenomenologico (ciò che ci succede) sia epistemologico (la biologia alla base dell'illusione e del tentativo di spiegarla) del nostro teatro. In esso, una

44 Cfr., a proposito, Bombelli 2017.

45 Damasio 2018: 167-8.

46 Con questo accenno a Dennett e alla sua critica alla metafora del teatro cartesiano nonché alla critica a lui svolta da parte di Damasio, segnalo giusto questo accostamento finzionalistico alla coscienza, senza entrare nello sterminato dibattito sull'esistenza e sulla natura di questa. Mi sembra che, a partire ma oltre la questione della coscienza, proprio l'accostamento finzionalistico costituisca una questione antropologica centrale per il rapporto tra diritto e credenza.

volta fissata la costitutività antropologica del meccanismo di finzione, la libertà del soggetto gioca la sua partita sia nel caso che la si postuli, sia nel caso che non la si postuli affatto. Sembra che proprio la giuridicità di questo meccanismo possa essere valorizzata per mettere il diritto al riparo dall'esautoramento che rischia per via dei dati lì fuori e anche per quelli interni al soggetto "del diritto" (secondo l'ottica cosiddetta dataista, improntata ad un determinismo di fondo). Il finzionalismo che connota il fondamento del diritto (e la fruizione delle norme, contestabili in quanto credibili) trova, secondo questa ottica, una sua necessaria contropartita nella connotazione a sua volta finzionalistica dell'uomo che vi crede.

10. *Etsi non daretur*

Il teatralismo coscienziale in relazione al meccanismo giuridico finzionalistico sembra addirittura mostrare che il dover essere funziona in ogni caso, anche se non crediamo alla rappresentazione cartesiana. Il sospetto estensivo è dunque che potremmo credere nella nostra libertà, grazie all'omuncolo pineale immaginario, *etsi liberum arbitrium non daretur*. Il punto è sempre cosa sentiamo fenomenologicamente, dal dentro e, dunque, per quanto riguarda il diritto, cosa ci accade come esperienza giuridica⁴⁷.

La questione, anzi, si annoda *ab origine* al normativo. Quando, come nei casi analizzati nella prima parte di questo articolo, la norma diventa inaggrabile o incomprensibile e l'uomo che vi è sottoposto viene considerato somma di dati (si semplifica, ovviamente), proprio allora il diritto, inteso nella sua valenza antropologica, può avere, su quest'altro piano rispetto a quello esplorato da Gazzolo, una *chance* di radicalità: il *sollen*, infatti, *a questo livello* si libera e diviene nulla, ma il finzionalismo (post)normativista regge senza bisogno di postulare una libertà del soggetto.

L'homo iuridicus può naturalmente sentirsi rassicurato dalla sua propria datizzazione ed è a quel punto che eventualmente emerge una spinta contrapposta. Il diritto è sempre altro dall'algoritmo come era sempre altro dalla norma, pur dovendosi riferire ad essa. La norma, e così quella pretesamente interna, non dà la soluzione (che sia di trasgressione lacaniana, di necessità sempre lacaniana di un Padrone nuovo o di deleuziano creativismo antiedipico). Essa obbliga a farci i conti, ma poi occorre fare i conti e basta, senza sostegno, diventare adulti anedipici. Poiché l'adulità è concetto anche bonhoefferiano, ricordo che proprio per Bonhoeffer si trova più di tutti vicino a Dio l'ateo che ne sente il silenzio⁴⁸. L'uomo del diritto, *mutatis mutandis*, è forse colui il quale sente, magari sbagliando, la

47 Brindisi in op. cit. d'altronde invita a leggere Deleuze con Capograssi.

48 Almeno secondo l'interpretazione di Recalcati 2019: 73, che dice: "Bonhoeffer può scrivere, paradossalmente, che l'ateo – colui che fa esperienza dell'assenza di Dio, del suo silenzio – è assai più vicino a Dio dell'uomo di fede perché il «Dio che è con noi è il Dio che ci abbandona». E per questa ragione – continua Bonhoeffer – «essere cristiano non significa essere religioso, ma significa essere uomo»".

vacuità della norma, quand'anche essa sia, con strumentario algoritmico, diagnosticata dentro di lui.

L'algoritmo lì fuori ci spinge a guardarci dentro e a fare valere una finzionalità che non possiamo sapere in anticipo a cosa schiuda, dove porti, sperando che la partita con l'algoritmizzazione possa essere vinta grazie alla nostra fenomenologia da teatranti.

Come è stato indicato, occorre far valere l'umana difettività originaria⁴⁹, senza provare nei confronti della macchina (algoritmico-dataista) alcuna vergogna prometeica, o essere tentati di creare una “demenza artificiale” che ci consoli.

L'impressione, forse ottimistica, è che, anche quando l'uomo del diritto si pensa come sommatoria di dati *meaningless*, risulti infine più dadaista che dataista, come forse capita – quando non si vuole fare a meno della norma, ma la si fronteggia per poi trovare una propria strada – anche con le leggi, con i comandi e consigli, con i nomogrammi di varia natura⁵⁰. Se ora è più complicato mantenere questo atteggiamento, ciò discende dalla radicalità della sfida, che invita ad approntare un'isteria tutta nuova, senza padroni a cui ribellarci e senza fidarsi fino in fondo di quel che sappiamo, o sapremo, di noi.⁵¹ Vedremo se, oltre la norma, qualche omuncolo della giustizia si agiterà ancora, nonostante la nuova giustizia dell'algoritmo (e senza cercare troppo un algoritmo della giustizia).

Poiché con la scoperta dell'inconscio non si è trattato di “sapere per capire”, ma di capire meglio che non avremmo capito, adesso, anche se la pretesa è proprio quella della conoscenza attraverso mappe perfette, manteniamo fiducia in questa incomprendimento fondativa, la quale viene mostrata nella sua radicalità proprio entro il dominio del giuridico, al tempo del *sollen* da intendersi in un senso radicale, antropologico, genuinamente finzionalistico.

In un certo senso, proprio grazie al diritto scopriamo che l'algoritmo, come già l'inconscio per Lacan, è il discorso dell'altro⁵².

49 Cfr. Punzi 2021.

50 Il concetto di nomogramma, ed anche il rapporto bobiano tra comando e consiglio, è analizzato in Heritier 2012.

51 A questo proposito mi vengono in mente due aforismi. Il primo è di Quelo, il personaggio del santone creato da Corrado Guzzanti, che dice: “La risposta è dentro di te. Ed è sbagliata”; il secondo è di Franz Kafka e suona così: “Nella lotta tra te e il mondo, parteggia sempre per il mondo”.

52 Dico “al limite” perché, anche concependo il pensiero (o questa interpretazione del pensiero di Lacan) come un algoritmismo *ante litteram* (Dupuy 2010 ascrive il lacanismo insieme all'heideggerismo al novero degli alleati della macchinizzazione dell'umano), non saremmo in una situazione troppo diversa da quella di chi tematizzava l'inconscio (macchinizzato). Naturalmente qui non posso (né sarei in grado di) fare un'esegesi lacaniana. Mi limito a dire che penso siano autorizzate letture più antropologizzanti di Lacan e che dunque anche questa mia frase conclusiva sull'algoritmo possa assumere significati diversi (il non sapere del tutto quali mi sembra particolarmente adatto a quello che sono andato scrivendo). Nemmeno esploro in questo articolo la questione della concreta trasformazione della soggettività umana in una singolarità *à la Kurtzweil e Elon Musk*, ciò che complicherebbe ancora il quadro assommando macchinizzazione (reale e non culturale come in Dupuy) e algoritmizzazione della mente. La relazione complessa tra questa trasformazione futuribile e l'inconscio lacaniano (inteso, anche in questo caso, come possibile meccanismo di resistenza al processo) è esplorata da Žižek 2021.

Bibliografia

- AA. VV. 2020, *Five ways to ensure that models serve society: a manifesto*, Nature.
- Abignente A., Ciaramelli F., Pomarici U. 2016, *Validità, Diritti, Effettività. Pagine di filosofia del diritto del Novecento*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Artaud A., 2002, *Pour en finir avec le jugement de dieu*, Paris: Éd. La Mauvaise Graine, coll. *Accordéon*.
- Barabasi 2011, A.L. *Lampi. La trama nascosta che guida la nostra vita*, Torino: Einaudi.
- Bombelli G., 2017, *Diritto, comportamenti e forme di "credenza"*, Torino: Giappichelli.
- Borges J., L. 1961, *Del rigore della scienza* in *Storia universale dell'infamia*, Milano: Il Saggiatore.
- Brindisi G., 2016, "Il tenore etico o morale del giudizio. Note su diritto e filosofia nella riflessione di Deleuze sulla giurisprudenza", in: *Etica & Politica / Ethics & Politics* (2016) XVIII/3, Trieste: EUT Edizioni Università di Trieste.
- Caldo D., Heritier P., 2021, "Dolore e disabilità tra medicina, diritto e machine learning. Il potenziale delle neuroscienze affettive fondamentali, da Sequeri a Panksepp", in *TCRS*, 1. Campo A. 2021 e 2022, *Da Deleuze all'eteronimia. Voll. 1 e 2*, Milano: Mimesis/TCRS.
- Camurri E., 2021, "Gnosticismo Acido", in *La Nazione Indiana*, online.
- Carchia G., 2020, *L'amore nel pensiero*, Macerata: Quodlibet.
- Damasio A., 2018, *Lo strano ordine delle cose*, Milano: Adelphi.
- De Landa M., 2013, *Deleuze. History and science*, New York: Atropos Press.
- Deleuze G., 1971, *Differenza e Ripetizione*, Bologna: Il Mulino.
- Deleuze G., 2018, *Empirismo e Soggettività*, Napoli-Salerno: Orthotes.
- Deleuze G., 2014, *Istinti e Istituzioni*, Milano: Mimesis.
- Deleuze G., 2009, *La filosofia critica di Kant*, Napoli: Cronopio.
- Deleuze G., Guattari F. 2003, *Millepiani. Capitalismo e Schizofrenia*, Roma: Cooper Libri.
- Deleuze G., Guattari F. 1975, *Anti-Edipo, Capitalismo e schizofrenia*, Torino: Einaudi.
- Dennett D., 2009, *Coscienza. Cos'è*, Roma: Laterza.
- Domingos P., 2015, *The Master Algorithm*. New York: Basic Books.
- Dupuy J.P., 2015, *Alle origini delle scienze cognitive. La meccanizzazione della mente*, Milano: Mimesis.
- Dupuy J.P., 2010, *Avevamo dimenticato il male? Pensare la politica dopo l'11 settembre*, Torino: Giappichelli.
- Eco U. 1992, *Dell'impossibilità di costruire la Carta dell'Impero 1 a 1* in *Secondo Diario Minimo*. Milano: Bompiani.
- Finn E., 2017, *What Algorithms Want: Imagination in the Age of Computing*. Cambridge: MIT Press.
- Fisher M., 2020, *Il nostro desiderio è senza nome*, Roma: Minimum fax.
- Garapon, A. – Lassègue, J., 2021, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna: Il Mulino.
- Gazzolo T., 2016, *Essere / dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, Napoli: Franco Angeli.
- Gazzolo T., 2021, "La tecnologia come compimento del diritto", in *Tcrs* in corso di pubblicazione, Milano: Mimesis.
- Gazzolo T., 2018, "Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità" in *Jura Gentium* XV (2): 115-127.
- Godani P., 2014, *Senza padri. Economia del desiderio e condizioni di libertà nel capitalismo contemporaneo*, Roma: DeriveApprodi.
- Harari Y.N., 2017, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano: Bompiani.
- Hart H., 2002, *Il concetto di diritto*, Torino: Einaudi.

- Heritier P., (a cura di) 2016, *Deontologia del fondamento, seguito da Verso una svolta affettiva nelle Law and Humanities*, Torino: Giappichelli.
- Heritier P., 2012, *Estetica Giuridica Vol. 2. A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, Torino: Giappichelli.
- Heritier P., 2008, “L’umano e il giuridico pluralismo delle verità e diritto naturale nell’Epistola ai Romani” in *Iustum Aequum Salutare* IV, pp. 47–59.
- Heritier P., 2009, *Società post-hitleriane? Materiali didattici di antropologia ed estetica giuridica 2.0*, ed. 2, Torino: Giappichelli.
- Kantorowicz E., 1989, *I due corpi del re. L’idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Torino: Einaudi.
- Kelsen H., 2000, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Kelsen H., 1957, “Il fondamento della validità del diritto”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XL, 497-511.
- Lacan J., 2001, *Seminario XVII. Il rovescio della psicoanalisi*, Torino: Einaudi.
- Landolfi C., 2009, “Per una genealogia “eretica” dell’istituzionalismo: il contributo di Gilles Deleuze” in *Democrazia e Diritto*, II Trimestre, Napoli: Franco Angeli.
- Manzin M., 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli.
- Masahiro M., 1970, “Bukimi no tani – The uncanny valley”, in *Energy*, 7(4), 33-35.
- Panskepp J., Biven L. 2014, *Archeologia della mente. Origini neuroevolutive delle emozioni umane*, Milano: Raffaello Cortina.
- Pentland A., 2015, *Fisica sociale. Come si propagano le nuove idee*, Milano: Università Bocconi Editore.
- Punzi, A., 2021, “Difettività e giustizia aumentata. L’esperienza giuridica e la sfida dell’umanesimo digitale”, *Ars Interpretandi*, n. 1, 113-128.
- Recalcati M., 2019, *La notte del Getsemani*, Torino: Einaudi.
- Romano S., 1947, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano: Giuffrè.
- Ronchi R., 2017, *Il canone minore. Verso una filosofia della natura*, Milano: Feltrinelli.
- Sutter L., 2011, *Deleuze e la pratica del diritto*, Verona: Ombre Corte.
- Tanzi A., 2004, “Cosa resta dell’istituzionalismo giuridico?” in *L’irco cervo*, 1: 1-26.
- Žižek S., 2021, *Hegel e il cervello postumano*, Milano: Ponte alle Grazie.
- Žižek S., 2010, *Leggere Lacan. Guida perversa al vivere contemporaneo*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Žižek S., 2012, *Organi senza corpo. Deleuze e le sue implicazioni*, Napoli: La Scuola di Pitagora.
- Zuboff S., 2018, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma: Luiss University Pres