

Tommaso Gazzolo*

La tecnologia come compimento del diritto

Abstract: Can we still consider smart-contracts and self-enforcing contracts as real contracts? Starting from this question, the essay analysis the relationship in contemporary society between new digital technologies and the law. The purpose is to show that the only way to avoid the law being replaced by the new digital technologies, until its eventual disappearance, is by overcoming the concept that the sole function of the law is to regulate our future behaviour.

Parole chiave: Digital Technologies – Law – Smart-contracts – Sollen

Indice: 1. “Se non stai pagando per il prodotto, allora il prodotto sei tu” – 2. L’auto-esecuzione – 3. Il dover-essere – 4. La questione del diritto

1. “Se non stai pagando per il prodotto, allora il prodotto sei tu”

“I will answer very simply that the Internet will disappear” – è la risposta di Eric Schmidt, all’epoca Ceo di Google, a chi gli chiedeva come sarebbe stato il futuro del web¹. Internet sparirà, perché – da dimensione *separata* rispetto alla nostra vita reale – sarà infine parte di essa, finirà cioè per essere parte di noi, integrato al nostro corpo attraverso sensori, cose indossabili (la *wearable technology*), dispositivi per mezzo dei quali *noi* saremo *in* Internet. Come è stato osservato, non si tratta che della ripresa di ciò che già Mark Weiser, nel 1991, aveva teorizzato, parlando della cosiddetta computazione ubiqua (*ubicomp*), a partire dal principio per il quale le tecnologie più profonde sono quelle che scompaiono, legandosi al “tessuto della vita quotidiana fino a diventare indistinguibili da esso”².

Scompare, divenire invisibile, non più distinguibile dalla *vita*, è il modo in cui la tecnologia si *realizza*. Dovremo, più propriamente, dire: è divenendo *vita* – non essendo *altro* che vita – che la tecnologia si *realizza come tale*, come ciò che essa è.

Ovviamente ciò presuppone una determinata relazione tra tecnica e vita. L’uomo si costituisce come tale, come *essere* vivente attraverso la tecnica, at-

* Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Sassari. tgazzolo@uniss.it

1 Cfr. Worstall 2015; Wu 2015.

2 Zuboff 2019: 213-214.

traverso cioè la rottura con la “vita pura”³, con l’immediatezza del semplice vivere. Se la tecnica è invenzione *dell’uomo*, lo è allora, allo stesso tempo – come genitivo soggetto ed oggetto – nel senso che l’uomo non inventa la tecnica senza che la tecnica *inventa* così l’uomo, lo costituisca come tale. È quel processo che Stiegler ha definito il paradosso dell’esteriorizzazione (*paradoxe de l’exteriorisation*)⁴, tale per cui l’esteriorizzazione dell’uomo è la *condizione* del suo stesso costituirsi come tale, l’uscire fuori da sé la condizione per il costituirsi del sé.

Queste “modificazioni di ritorno” – che sono il modo attraverso cui la tecnica *costituisce* la vita che pure, logicamente, la precede⁵ – chiariscono come la vita sia dunque sempre già tecnica, sia *vie technique* – tanto che, per riprendere ancora Stiegler, potremmo definire la vita “umana” come *la prosecuzione della vita con altri mezzi* rispetto ad essa. È anche in questo significato che si può affermare come l’essenza della tecnica non sia nulla di tecnico, perché la tecnica riguarda l’*essere* dell’uomo, ciò che costituisce l’uomo in quanto uomo, la sua vita *in quanto* vita umana.

Certamente, se la tecnica è sempre stata pensata come mezzi in vista di fini, è perché l’uomo stesso, per il pensiero occidentale perlomeno, “ha carattere essenzialmente tecnico”, è stato pensato come “centro di forza capace di coordinare mezzi in vista della realizzazione di scopi”⁶. Ma ciò non fa che ri-allacciare, ancora una volta, tecnogenesi e antropogenesi: il divenire uomo da parte dell’uomo è il suo divenire tecnico ed è il divenire della tecnica.

Ciò richiederebbe, allora, una ripresa attenta del tentativo heideggeriano di mantenere una “opposizione essenziale estrema” (*äußerste Unwesen*) tra τέχνη – nel suo significato “greco”, come disposizione in virtù della quale la φύσις viene svelata nell’essere e tenuta come tale nel suo carattere – e la φύσις stessa, tale per cui la prima, proprio in quanto τέχνη, potrebbe sostituirsi (*ersetzen*) alla φύσις “solo se la vita (*das Leben*) come tale divenisse un artefatto producibile ‘tecnicamente’”, solo cioè se l’uomo giungesse a poter produrre tecnicamente se stesso (*der Mensch sich selbst technisch herstelle*)⁷. Ripresa difficile e che meriterebbe una

3 Stiegler 1994: 151.

4 Stiegler 1994: 183. Su tali aspetti dell’opera di Stiegler – che qui riprende soprattutto le tesi di Leroi-Gourhan – cfr. Vignola 2015; Fanciullacci 2016; Clarizio 2018.

5 Di Martino 2019: 447, osserva: “Da un punto di vista filosofico, il principio chiave è quello dell’effetto di ritorno: l’agire tecnico ‘torna indietro’ sugli utenti modificandoli, produce cioè sui loro organismi effetti retroattivi autoplastici e preterintenzionali”.

6 Severino 1992a: 50. Si veda anche Severino 1988: 43, che scrive: “Ma ha un carattere ideologico anche la convinzione che sia l’uomo a dover disporre della tecnica e non la tecnica dell’uomo. La contrapposizione tra la ‘disumanità’ della tecnica e l’umanità’ dell’uomo non tiene presente che l’‘uomo’, nella sua essenza più profonda, è tecnica, cioè volontà di potenza”; Severino 2012.

7 Heidegger 1987 [1976]: 211 [257]. Non possiamo qui, per la precisazione del modo in cui Heidegger intende i due termini in questione negli scritti del periodo, che rinviare a Volpi 1984; Licata 2015; Brogan 2006; Ruggenini 1978. Non è qui possibile interrogare l’aporeticità del tentativo heideggeriano di pensare la “tecnica”, ed in particolare le aporie che derivano dal suo tentativo di mantenere la differenza tra la τέχνη nel senso dei greci e ciò che sarebbe proprio

lunga riflessione, perché qui sta, principalmente, “il nodo”, in quanto ci si dovrebbe chiedere che ne è di quell’opposizione laddove si assuma invece che “la vita umana è originariamente vita tecnica e i nostri organismi ‘umanizzati’ portano nella loro stessa conformazione l’azione della tecnica”⁸.

Per quanto qui ci interessa, tuttavia, ciò che va sottolineato è come, in ultima istanza, con una concezione antropotecnica⁹, quale quella che qui adottiamo – ossia, diremo, l’idea per cui è attraverso “pratiche” che l’uomo produce l’uomo, produce se stesso – viene meno il senso stesso di chiedersi ciò che sarebbe *originariamente* l’uomo *prima* della tecnica. E ciò per quel movimento di retroazione, quell’effetto di ritorno che è proprio di ogni pratica di esternalizzazione, la quale determina, nel suo stesso attuarsi, una corrispondente re-interiorizzazione. L’azione produce gli attori che pure la compiono¹⁰.

Se tutto ciò è vero, allora la tecnica non è – dal punto di vista concettuale – ciò che è destinato a trovare *applicazione* alla vita, non è “strumento” distinto, come tale, dal vivente che lo utilizza. Essa è il vivente stesso, è ciò che si realizza come tale proprio *quando* scompare, quando si rende indistinguibile dal vivente stesso. È quando la protesi viene percepita e sentita come organo, quando viene “naturalizzata”, che si realizza davvero *quale* protesi. È quando la tecnologia *diviene* vita, non è più, cioè, percepibile in quanto distinta da essa, e pertanto “scompare”, che essa giunge a realizzarsi per ciò che è.

È nel suo togliersi come tecnica, come “artificialità”, come qualcosa di separato e di distinto dalla “vita”, che la tecnica si compie come tale, si realizza *come* tecnica. Da qui l’idea per la quale internet diverrà ciò che realmente è, proprio quando

della tecnica moderna (intesa come pro-vocazione, *Herausfordern*), differenza tra “modo poietico del disvelamento” e modo “propriamente tecnico-scientifico”. Sul punto, si veda Cacciari 1982; Cacciari 1990.

8 Di Martino 2019: 446. Anche la posizione di Ortega y Gasset meriterebbe, qui, di essere riletta nella sua aporeticità (cfr., per le citazioni seguenti, Ortega y Gasset 2011). Per Ortega, “senza tecnica l’uomo non esisterebbe: non sarebbe mai esistito”: è cioè la tecnica a rendere possibile l’uomo, la vita come vita umana, nella misura in cui essa è irriducibile ad ogni vita biologica, ed anzi consiste in una *vita inventata* (la vita umana “non è data”, “ma piuttosto se la crea l’uomo stesso”). La vita è cioè la sua *produzione* da parte dell’uomo (“l’uomo comincia quando comincia la tecnica”). Pure, dall’altra parte, Ortega insiste sul fatto che ciò che orienta questa produzione sia qualcosa di “pre-tecnico”, sia essenzialmente *desiderio*: in questo senso, la vita è un prodotto della tecnica, ma di una tecnica orientata da un progetto che è pre-tecnico, che la precede. Occorre però chiedersi: dal momento che non conosciamo altra vita se non quella *tecnica*, se non come *prodotto* della tecnica, come possiamo sapere che all’origine di essa vi sia un desiderio, un progetto non tecnico? Il discorso di Ortega non rende impossibile, e senza senso, pretende di parlare di ciò che l’uomo era *prima* della tecnica?

9 Per il termine, che riprendiamo qui da Sloterdijk, cfr. Lucci 2021.

10 Sloterdijk 2010: 391, parla della “legge antropotecnica fondamentale” che consiste nella “ripercussione autoplastica di tutte le azioni e di tutti i movimenti sull’attore. Il lavorare pone il lavoratore nel mondo e gli imprime, per la via breve del formare-se-stessi incentrato sull’esercizio, il marchio del suo stesso agire. Il principio generale è che ogni attività influisce retroattivamente sull’operatore che la compie: ma ciò che retroagisce agisce anche in anticipo. L’azione produce gli attori, la riflessione i riflessivi, l’emozione i sensibili, l’esame di coscienza la coscienza stessa”.

scomparirà, quando cioè la *digitalizzazione* sarà divenuta vita – quando, cioè, la nostra vita sarà “naturalmente” una vita *digitale*. Ma da qui, anche, l’economia d’azione che è alla base della rivoluzione tecnologica digitale.

Come è stato da più parti sottolineato, le economie alla base delle piattaforme digitali quali Google, Facebook, Amazon, e così via, non si fondano sul tentativo di “imporre norme comportamentali come l’obbedienza ed il conformismo”, bensì su quello di “produrre un comportamento che in modo affidabile, definitivo e certo conduca ai risultati commerciali desiderati”¹¹.

Proviamo brevemente a chiarire questo aspetto. Gli algoritmi predittivi – quali quelli utilizzati dalle piattaforme – funzionano nel senso di servirsi dei dati comportamentali ricavati dalle tracce che gli utenti lasciano sul web per poter *predire* quali saranno i loro comportamenti futuri. Ma tali meccanismi di previsione non possono funzionare se non a condizione che il nostro futuro sia una riproduzione di ciò che abbiamo fatto in passato¹². Per poter predire ciò che acquisterò sulla base di ciò che ho acquistato, occorre infatti che il futuro sia identico al passato – che non sia più, a rigore, futuro, ma futuro *già* passato, già stato (questa “cancellazione” del futuro è del resto alla base del “realismo capitalista” e della sua idea per la quale *There is No Alternative*¹³).

Ma questa condizione è in realtà condizionata: è, cioè, la *previsione* stessa, elaborata dagli algoritmi, che fa in modo tale che io agisca come ho agito in passato. Se ho ascoltato finora rock anni ’70, gli algoritmi di Deezer o Spotify, predicendo che anche in futuro lo farò, continueranno a propormi, raccomandarmi, rendermi disponibile quel tipo di musica, con la conseguenza che a mia volta io continuerò a fare quelle scelte musicali – il mio futuro sarà, così, *già stato*¹⁴. È questo, se si vuole, il “paradosso dell’anticipazione”, tale per cui essa apre all’avvenire, “ma, contemporaneamente, lo neutralizza”, secondo quell’*effet d’horizon* che fa sì che l’avvenire sia, proprio in quanto anticipato, già accaduto, e non potesse perciò più accadere¹⁵.

Se allora i sistemi predittivi funzionano unicamente laddove essi siano in grado di *sapere* quello che sarà il mio comportamento, “il modo più sicuro per predire” tale comportamento è quello di determinarlo¹⁶, attraverso *economie d’azione* che suggeriscono, manipolano, dirigono, predeterminano le nostre possibilità di agire. E lo fanno sulla base della continua e costante *renderizzazione* – come Zuboff la chiama – della nostra vita: ossia della trasformazione di

11 Zuboff 2019: 217.

12 Chardon 2016: 58.

13 Fisher 2018a: 25-42.

14 Come osserva Bridle 2019: 55, “la computazione non governa solo le nostre azioni presenti, ma fabbrica un futuro che si accorda al meglio con i suoi parametri. Ciò che è possibile diventa ciò che è computabile. Ciò che è difficile quantificare o complicato modellare, tutto ciò che non è mai stato visto prima o che non può essere localizzato all’interno di uno schema prestabilito, ciò che è incerto o ambiguo, viene escluso dal reame dei futuri possibili. La computazione proietta un futuro identico al passato”.

15 Derrida – Stiegler 1997: 117.

16 Zuboff 2019: 216.

ogni nostra esperienza in dati *calcolabili*¹⁷. In una serie di dati calcolabili sono trasformati, oggi, le nostre parole, le nostre fotografie, il nostro battito del cuore, i luoghi che frequentiamo.

È infatti la nostra esperienza (trasformata in comportamento, trasformato a sua volta in dati¹⁸), nel suo ricomprendere anche la nostra vita biologica (battito cardiaco, respirazione, livello di stress, fasi del sonno, etc.), ad essere *estrapolata* costantemente, immagazzinata e “venduta”: in questo senso, quando non sei tu a pagare per il prodotto, è perché *sei* il prodotto. Ma “prodotto”, qui, va inteso sia nel senso dell'*estrazione* – per cui la vita umana non è altro che un flusso di comportamenti da cui estrarre *data* –, che nel senso del *risultato* di tale attività, del modo in cui essa *produce* l'esperienza stessa, il vivere, *come* comportamento e comportamento predeterminato in modo tale da poter essere trasformato in “dato”, da poter essere quantificato. Anche in questo caso: l'azione produce l'attore.

E se i dati che si estraggono dai comportamenti degli individui non sono in realtà “dati”, ma sono dati *puliti*, “dove questa pulizia consiste essenzialmente in una operazione di purificazione, con cui i dati sono espunti da tutto ciò che fa loro contesto, del loro rapporto con la singolarità delle vite”¹⁹, ciò non significa che essi siano altro dalle vite da cui si estraggono.

Significa, piuttosto, che essi, nel loro effetto di ritorno – sotto forma di applicazioni con cui interagiamo, e che ci restituiscono schemi d'azione entro cui operare e di scelte possibili – tendono a produrre vite insignificanti, vite prive di contesto, vite ridotte a serie di comportamenti. Non è però tra i miei compiti quello di riflettere sul modo in cui il funzionamento dei sistemi predittivi – proprio nel suo cancellare il futuro anticipandolo – incida sul desiderio²⁰, sul lavoro²¹, e più in generale su *come* e *cosa* pensiamo e sul funzionamento del nostro cervello, sul suo divenire *digital brain*²². Piuttosto, ciò che qui interessa è capire il modo in cui, a questo livello, viene in gioco il diritto, la questione del diritto.

17 Stefano Pietropaoli individua qui il passaggio dal cittadino allo *user*, notando che “se la vita dello *user* è ormai proiettata sempre più nella rete, anche la dimensione politica e giuridica individuale soffre la medesima sorte. Assistiamo così a una datificazione integrale della personalità, con ricadute notevolissime sul piano dell'effettiva tutela delle libertà e dell'esercizio concreto dei diritti fondamentali. Ridotti a ologrammi che fluttuano sugli schermi, gli *user* scambiano incessantemente dati e informazioni su ciò che fanno, pensano, vivono” (Pietropaoli 2021).

18 Zuboff 2019: 111.

19 Rouvroy – Stiegler 2016: 8.

20 Correttamente, nota Rouvroy 2016: 32, “essi però ci privano anche, ‘anticipati’ come siamo e ‘congestionati’ da un ambiente sempre più ‘intelligente’ capace di rendersi immediatamente e persino in anticipo ‘pertinente’ per noi, della nostra attitudine a desiderare e a progettare, dal momento che queste capacità ‘immaginifiche’ sono in procinto di essere sottomesse a macchine automatiche”.

21 Su cui si veda Fisher 2018b.

22 Cfr., sul punto, Carr 2011; Lovink 2012; Wolf 2018.

2. L'auto-esecuzione

Se i sistemi predittivi pongono, naturalmente, una questione *di* diritto, sembra che in essa a venire messo in questione sia, però, il diritto stesso – sembra cioè, che in gioco vi sia la questione *del* diritto. Così, perlomeno, sembrano pensarla diversi autori. Iniziamo da alcuni esempi “classici”, che rispondono al problema della funzione del diritto in casi in cui diventi possibile prevedere con certezza il comportamento futuro degli individui.

A questo punto, non dovremmo però più parlare di sistemi predittivi, ossia fondati sulla previsione di ciò che accadrà, perché la *predizione* implica ancora il futuro, che è invece esattamente quanto negano tali dispositivi. Si tratta, piuttosto, di meccanismi – quali quelli che vedremo – che, come è stato detto efficacemente, “determinano il futuro per poterlo prevedere”²³. In altri termini: gli algoritmi non determinano il futuro *perché* lo prevedono, ma lo prevedono *perché* lo determinano.

Per quanto riguarda, in particolare, il diritto, ciò è alla base del funzionamento del cosiddetto *smart contract*, ossia, nella definizione datane da Nick Szabo, a *computerized transaction protocol that executes terms of a contract*²⁴. A noi interessa, qui, non la regolamentazione giuridica del fenomeno e l'analisi dei problemi cui, specie sul piano del diritto privato, esso potrebbe dar luogo²⁵, ma l'idea di fondo, che è quella della possibilità di contratti che si *auto-eseguono* – nella misura in cui “l'adempimento, essendo governato dagli input previsti nel codice, prescinde non solo dall'*animus solvendi* del debitore, ma neanche dal comportamento delle parti”²⁶. Il modello pensato da Szabo è quello del distributore automatico di bevande, in cui è impossibile che la bevanda venga fornita senza che sia stata inserita previamente la moneta e, viceversa, che la moneta venga inserita senza che a ciò segua la fornitura della bevanda a rigore.

Un contratto che funzionasse in modo analogo renderebbe allora impossibile l'“inadempimento” delle prestazioni, assicurerebbe cioè l'eliminazione di ogni incertezza sul *futuro* adempimento delle obbligazioni con esso assunte. Le applicazioni sono pressoché infinite e, potenzialmente, riferibili a qualsiasi tipo di contratto – una volta che dispositivi digitali ne assicurino il rispetto, sia eseguendo direttamente la prestazione (come un pagamento) sia indirettamente attivando, al di là della volontà delle parti, meccanismi di tipo “sanzionatorio”, punitivo, conservativo o rimediabile (si pensi, ad es., al *blocco* automatico dell'auto in caso in cui il conducente non paghi le rate della polizza assicurativa, o sia in ritardo nei pagamenti nel caso in cui abbia preso l'auto a noleggio).

Più che singole questioni *di* diritto, che inevitabilmente si porrebbero di fronte a tali innovazioni, la questione, qui, è *del* diritto, ché – come ci si è chiesti – non

23 Zuboff 2019: 217.

24 Szabo 1994.

25 Si rinvia, sul punto, almeno a Pellegrini 2019. Per una introduzione sugli aspetti giuridici del problema, cfr. Madir 2018; Cuccuru 2017; De Caria 2019; Paal – Fries 2019; Stazi 2019.

26 Parola – Merati – Gavotti 2018: 684. Cfr. anche Bellomia 2020, che parla di “contratto senza inadempimento”.

sembra aver più senso parlare di “contratto” dove non esista più la possibilità di non adempierlo. Zuboff si riferisce, a proposito di tali dispositivi, all’introduzione di un vero e proprio tipo di *non-contratto*²⁷. Più in generale, ci si è chiesto se *norme* a cui sarebbe impossibile disobbedire, norme che si auto-eseguono, diremmo, potrebbero ancora essere definite tali. Mentre, infatti, la norma giuridica si limiterebbe a queste “a stabilire ciò che le persone devono o non devono fare, gli artefatti tecnologici determinano in maniera diretta ciò che le persone possono o non possono fare rendendo superfluo l’intervento di una autorità di controllo che punisca, *ex post*, coloro che hanno violato la legge”²⁸.

Laddove non esista più la possibilità di disobbedire alla legge, esiste ancora la legge? Certo, dobbiamo pensare che cessi di esser vero che “il fatto che certi comportamenti siano vietati dalla legge non ha come conseguenza che questi non si verifichino più”²⁹. Ma, chiediamoci: in che termini ciò sarebbe un problema? Perché una norma che non possa – *di fatto* – essere trasgredita non sarebbe più una norma? È proprio vero?

Perché un contratto che si auto-esegue – in cui, ad esempio, al ritardo dell’aereo io ricevo immediatamente il rimborso – non sarebbe più tale? Il contratto presuppone forse la possibilità del suo inadempimento, per essere tale? L’*obbligo* della compagnia di rimborsarmi rimane tale, dopotutto – ed anzi è *proprio* in forza di quell’obbligazione che il contratto si auto-esegue, rimborsandomi. Ciò che viene meno è soltanto la possibilità *empirica* che, sul piano dei *fatti*, la compagnia ometta, eviti o ritardi il rimborso che mi deve. La normatività della norma resta tale: è infatti la norma che costituisce la *ragione* dell’avvenuto rimborso; è *per essa* che il contratto si auto-esegue.

Se, in altri termini, pensiamo la norma come ciò che fornisce ragioni *per* agire – e se evitiamo una lettura “psicologista” di tali ragioni, come esse riguardassero i motivi soggettivi che determinano qualcuno ad agire –, allora il *self-enforcing* della norma non intacca in alcun modo il suo essere la ragione per la quale un determinato comportamento viene in essere.

Al contrario: si potrebbe dire, da questo punto di vista, che esso *realizza* esattamente la norma *quale* guida per l’azione, in quanto è soltanto per essa – ed *al di là* di ogni altra “causa” o motivazione soggettiva – che l’azione viene posta in essere. È proprio nel contratto *smart*, diremo, che la norma diviene l’esclusiva ragione *per* la quale viene eseguita la prestazione – tanto come *reason for conformity* che come *reason for compliance*: la decisione, infatti, di operare il rimborso, non solo è conforme a ciò che è richiesto dalla norma, ma è eseguita *per la ragione* che la norma lo prevede, e nient’altro che per quella (*exclusionary reason*: perché nessuna ragione di tipo morale, né ragioni prudenziali, né motivazioni personali del soggetto obbligato verrebbero, per definizione, mai in gioco).

27 Zuboff 2019: 235. Cfr. anche Savelyev 2017; Romeo 2020.

28 Lettieri – Donà 2020: 1036.

29 Rouvroy – Stiegler 2016: 15.

Se si accetta, in altri termini, che la normatività della norma – ciò che rende una norma una norma – consista nel suo costituire ragione per l'azione che prescrive, allora, a nostro avviso, una norma che giunga al punto di potersi auto-eseguire non può che essere pensata come la realizzazione perfetta di quella idea di normatività. Ciò, del resto, è in linea con quanto tale idea presuppone, ossia che il diritto consista essenzialmente nella *guida* dei comportamenti, stabilizzando le aspettative di condotta (continuazione del passato nel presente) e, insieme, cambiando, “per ciò che riguarda il futuro, possibilità di comportamento”³⁰.

Una tale concezione implica di per sé la necessità che il futuro possa essere *controllato* in rapporto col passato ed il presente³¹, che il futuro debba poter essere “calcolabile”³², di modo da determinarlo prima che esso accada. Anche in tal caso, una norma che si auto-esegue è esattamente ciò che porta al suo perfetto compimento l'ideale di anticipazione del futuro che è proprio della legge intesa come disposizione per l'avvenire. Essa, infatti, funziona nel senso di *determinare* il futuro – e quindi di “cancellarlo” –, rendendo certo, se riprendiamo l'esempio svolto, l'adempimento.

Non è questo l'ideale, finalmente raggiunto, del diritto inteso come ciò che avrebbe, quale proprio compito, quello di determinare il futuro (*die Zukunft festzulegen*)³³, inteso come *volontà* di realizzarsi, di imporsi *nella* realtà, e dunque di farsi effettivo, di *essere* ciò che viene di fatto osservato e rispettato? Del diritto inteso, diremmo anche, come “prescrizione pura”, in cui “il tempo dell'azione voluta non può essere il presente e tanto meno il passato, perché la volontà del soggetto che pone la norma è in atto, e ogni volizione si apre solo verso il futuro”³⁴?

Si potrebbe replicare, forse, che una norma che si auto-esegue non sarebbe più tale, ossia una norma, in quanto non affermerebbe più un *dover-essere*, ma un *essere*. La norma, più che *prescrivere* qualcosa per il futuro (Tizio *deve* pagare x), si limiterebbe in realtà a *descrivere* ciò che necessariamente accadrà (Tizio *pagherà* x). Il che, però, è improprio. Nel momento in cui Tizio pagherà – perché il dispositivo trasferirà automaticamente il suo denaro al verificarsi di certe condizioni –, a *realizzarsi*, infatti, sarà la norma: ad *essere*, sarà il *dover-essere*. Per questo, come si è detto, quel pagamento non sarà un semplice *fatto*, ma sarà l'esecuzione di un'obbligazione posta dalla norma; sarà, cioè, la norma la *ragione* per cui il pagamento è avvenuto, per cui l'azione si è realizzata.

È vero che l'auto-esecuzione fa sì che ciò che deve accadere, accada. Ma ciò, dovremmo chiederci, non realizza esattamente l'ispirazione propria della concezione del diritto come guida del comportamento, come ciò che *pretende* di dire come la realtà deve *essere*? La norma che afferma che Tizio *deve* pagare – e che considera questa azione come azione futura, che si dovrà realizzare *nella* realtà – non pre-

30 Luhmann 1990: 81.

31 Ancora, sul punto, Luhmann 1990: 81-102.

32 Irti 2016a; Irti 2014.

33 Schelsky 1980: 129.

34 Cesarini Sforza 1976: 228.

tende, forse, che Tizio *effettivamente* paghi? In altri termini: la concezione per cui le norme sono prescrizioni che *guidano* il comportamento, non implica l'ideale di una norma che giunge a poter *causare* il comportamento dovuto?

Con l'auto-esecuzione, la norma diviene la *causa* della sua osservanza, la causa del comportamento tenuto. È per questo che, ora, essa somiglia, più che ad un comando, ad una descrizione. Più che *Sollen*, la sua necessità è quella propria del *Müssen*. Ma allora non siamo, così, tornati all'obiezione di prima, secondo la quale, qui, non ci sarebbe più neppure una prescrizione?³⁵

Le cose non stanno così, però. Perché la legge che dice *non devi*, e che pensa questo dover-essere come qualcosa che deve *essere*, che deve, cioè, realizzarsi, imporsi nella realtà per poter, appunto, *essere*, pensa già – almeno come suo ideale – quel dovere non come *Sollen*, ma come *Müssen*, come *impossibilità* di fare quello che è vietato. Come suo proprio ideale, la legge si vuole *inviolabile*, e dunque impossibile da trasgredire³⁶.

È del resto questa concezione già presente nella *sanctio*, che è uno strumento di “auto-affermazione” della legge, ciò che ne assicura il suo rendersi reale, e dunque la sua rigorosa inviolabilità. *Sancire*, infatti, indica il conferire validità alla legge *come* realtà, esistenza, *rendre réel ou existant*, prima ancora che *garantire* la sua osservanza³⁷. Come Yan Thomas ha mostrato, le “leggi romane si distinguono per il modo del tutto peculiare con cui formulano la sanzione che esse stabiliscono. Anziché subordinare direttamente, in una proposizione condizionale, la pena alla commissione dell'atto vietato”³⁸, la legge divide in due formulazioni distinte il divieto dalla sanzione che lo accompagna. La legge non dice: “Se qualcuno ha commesso un certo atto, allora subirà tale pena”. Diversamente, essa enuncia il comportamento dovuto, e *poi* fa seguire a tale enunciazione la previsione di una sanzione, la quale resta pertanto – almeno a livello della sua espressione linguistica – distinta e separata rispetto alla legge della quale è chiamata a garantire l'inviolabilità. La ragione è che se la legge prevedesse già, nella sua formulazione, una pena, una sanzione nel caso della propria trasgressione, essa riconoscerebbe implicitamente la *possibilità* della trasgressione, come una possibilità intrinseca ad essa. Ma così non è: la legge non prevede la propria trasgressione, non prevede la propria violabilità. A rigore, essa è inviolabile. Certo, occorrerà la *sanctio* a “garantire” tale inviolabilità. Ma la legge, come tale, si enuncia come inviolabile: il suo

35 Sul tema, cfr. Roccaro 2020. Cfr. anche Durante 2019; Finck 2019: 66-87.

36 Come osserva Emanuele Severino, ciò è iscritto nella stessa tradizione greco-ebraico-cristiana, la quale, quando afferma “che chi compie il male è raggiunto prima o poi dalla punizione divina”, afferma che il malvagio non oltrepassi mai “realmente” e “veramente” il “limite costituito dalla legge divina: lo oltrepassa provvisoriamente, e quindi apparentemente, perché da ultimo va incontro alla punizione in cui si esprime l'inviolabilità del limite”. Se si dice pertanto che l'uomo non *deve* violare la legge divina, in realtà si dice che non *può*, che è impossibile che riesca a farlo davvero. Anche Kant, secondo Severino, nel momento in cui tenta di distinguere radicalmente il dovere (*Sollen*) dalla necessità (*Müssen*) finisce in realtà per dover pensare la trasgressione come “apparente”, e pertanto pensare il dovere come necessità (Severino 1992b: 15-16).

37 Cfr. Fugier 1963: 181. Per la discussione sulla *sanctio*, cfr. Maganzani 2012.

38 Thomas 2011: 85.

non devi pretende di essere un *non puoi*, il suo dovere pretende di essere necessità. La “sanzione”, da questo punto di vista, interviene unicamente per quelle leggi *minus quam perfectae*: la legge “perfetta” indicherà, qui, il “grado assoluto” della legge, quello in cui essa non ha neppure bisogno di sanzione, perché avrà la proprietà di *imporsi da se stessa* – qui il suo *Sollen* è un *Müssen*, ciò che essa dice che deve-essere, sarà³⁹.

Questa relazione tra legge e inviolabilità è quanto si conserva, in ultima istanza, ogni qual volta prevalga l’idea che la legge sia ciò che deve essere realizzato *nel* mondo: il dover-essere è allora già pensato come *dovere di essere*, come movimento che va dall’idea alla realtà, e che dunque pretende che il mondo sia come esso stabilisce. Il *Sollen*, inteso in questo modo, ha allora in sé l’ideale di essere un *Müssen*. O, in altri termini: la pretesa di costituire una *guida* per il comportamento ha già in sé, come proprio ideale, il poter divenire *causa* del comportamento.

Attraverso la tecnologia, allora, la norma – intesa quale “guida” per la condotta – giunge così al suo *compimento*: *dover-essere* che diventa *essere*, *Sollen* che diviene *Müssen*, dovere che acquista la stessa forza e lo stesso statuto della *necessità*.

Certamente, la norma finisce, così, per scomparire, nella sua stessa formulazione linguistica, nel suo “modo” imperativo. Il *dover-pagare* della compagnia aerea diviene un *pagherà* che, al verificarsi di determinati condizioni, necessariamente si realizzerà. La prescrizione, apparentemente, scompare. Ma questa scomparsa non è che la sua realizzazione, ossia l’essere finalmente la norma divenuta ciò a cui ha sempre ispirato: necessità. Gli *smart contracts* ed i dispositivi tecnologici che consentono l’auto-esecuzione delle prestazioni non costituiscono affatto, allora, una minaccia o un “pericolo” per il diritto: ne sono, al contrario, la sua realizzazione *compiuta*, perché indicano il divenire necessità da parte del dovere, il divenire *essere* da parte della norma, pensata come *dovere-di-essere*.

Questa è l’essenza nichilistica del *nichilismo* giuridico, ossia della concezione che pensa il diritto come *dovere di essere*, e che pertanto non può che pensare che compimento essenziale del diritto sia quello di giungere ad essere, ad imporsi *nella* realtà, a farsi *necessità*. E quindi a togliersi, *negarsi* come diritto, per divenire un fatto.

I giuristi insistono, negli ultimi tempi, a discutere quale “impatto”, quali conseguenze gli “algoritmi” avranno per il diritto: le *tecnoregole* sono ancora regole? Ma – quali che siano le ricadute *politiche* o i problemi che di fatto essa non riesce ancora a risolvere⁴⁰ – la techno-regolazione non segna affatto una rottura del concetto “tradizionale” del diritto e della norma. Al contrario, essa compie ciò che *storicamente* la norma ha sempre preteso d’essere – ossia “strumento” di regolamentazione sociale –, realizza la normatività delle norme nel senso *nichilistico* in cui essa è sempre stata pensata: come *dovere-di-essere*, pretesa che il mondo *sia* come deve-essere (l’archeologia di questo *Sollen* inteso come *dovere-di-essere* sta nell’idea di poter comandare la relazione ontologica tra linguaggio e mondo⁴¹).

39 Thomas 2011: 90.

40 Per una introduzione sul punto, possiamo rinviare, nell’ambito della filosofia del diritto italiana, a Condello 2020; Lettieri 2020; Amato Mangiameli 2017; Bombelli 2012.

41 Cfr. Agamben 2017; Irti 2008.

3. Il dover-essere

Esiste – dobbiamo però chiederci – una essenza non nichilistica del nichilismo giuridico? Che cosa significa, propriamente, che il diritto è *nulla*? Saper domandare intorno a questo tema, significa anzitutto sapere separare, finalmente, il *Sollen* dal *Müssen*. Solo a partire da questa esigenza si spiega la costante preoccupazione di Kelsen di evitare ad ogni costo di pensare il *Soll* come *Soll-Sein*, il dover-essere come qualcosa che deve *essere*, come dovere-di-essere.

Il dovere – come egli osserva – si distingue dall’essere perché “non ha bisogno di entrare a far parte dell’essere, né ha bisogno di venire dall’essere pur essendo e restando un dovere”⁴². È chiaro che, in questione, ci sia qui la possibilità stessa del diritto: se il diritto “è” dover-essere, allora non può mai essere, ché altrimenti non sarebbe diritto (non sarebbe dover-essere, ma appunto essere).

Certo può sembrare una affermazione “decisamente paradossale”, quella che sostiene che “un *sollen* non ‘mira’ in alcun modo ad un essere, e che dire che qualcosa ‘*soll*’ non significa affatto dire che essa ‘*soll sein*’”⁴³.

Ma, per Kelsen, questa separazione è essenziale: perché se si pensa il dover-essere come un dovere che mira, che ha come scopo quello di *essere*, ciò significherebbe pensare che la norma *vale* – ossia è norma, è ciò che è – per la sua azione, per il *fatto* di essere osservata, per il suo *essere*, cioè, e non per il suo dover-essere. Significherebbe, allora non pensare più la norma – nel suo “essere” norma. Così Kelsen: “la sua validità non consiste nella sua azione, nel suo essere effettivamente osservata, non consiste in un essere (accadere), bensì nel suo dovere (*Sollen*). La norma vale in quanto *deve* essere osservata”⁴⁴. Se la norma consistesse nel suo *essere* osservata, essa non sarebbe più una norma, ma semplicemente un fatto, l’accadere della sua osservanza.

Questa è la ragione dell’insistenza di Kelsen sul carattere *atemporale* del diritto. Se, infatti, si considera il diritto come dover-essere, “è impossibile porre un problema di portata temporale delle azioni che possono il contenuto del dovere”, perché a rigore “contenuto del dovere non possono essere né azioni presenti né azioni passate o future”⁴⁵.

Nel tempo, infatti, l’azione è sempre presa in considerazione in quanto accade, è accaduta o accadrà: è, cioè, sempre pensata in quanto *essere*, come “fatto reale, appartenente all’essere o che comunque apparterrà in futuro all’essere”. Nel tempo, non si incontra mai altro che l’essere. Per questo la norma, *in quanto* norma (in

42 Kelsen 1997 [1923]: 46 [8]: “das Sollen unterscheidet sich dadurch vom Sein, daß es gar nicht ins Sein zu treten, noch auch aus dem Sein zu kommen braucht und doch ein Sollen ist und bleibt”.

43 Celano 1990: 114.

44 Kelsen 1997 [1923]: 52 [14].

45 Kelsen 1997 [1923]: 53 [15]: “Denn in der Zeit kommen alle Handlungen nur in ihrer Realität, d.b. aber in der Form des Seins, nicht aber des Sollens in betracht. Eine Handlung, die erfolgen wird, ist als reale wirkliche, dem Sein angehörige oder doch in Zukunft angehörige Tatsache gedacht und erscheint in einer ganz anderen Denkform als eine Handlung, die geschehen soll”.

quanto dover-essere), non si riferisce ad un'azione in quanto accadrà (o è accaduta) *nel* tempo, in quanto dunque comportamento *reale* dei soggetti, comportamento che accade nell'essere, nella realtà "fattuale".

Del resto, se si guarda alla relazione tra illecito e sanzione, per Kelsen essa non cade affatto *nel* tempo, e non accade nel tempo proprio perché non è una relazione di causalità, ma di imputazione. Ancora una volta, la logica di Kelsen è di assoluto rigore, nel suo recupero della seconda analogia dell'esperienza kantiana per la quale non il tempo spiega la causalità, ma viceversa. La successione temporale è possibile solo attraverso quella causale ("Kant capovolge l'affermazione humeana: *non post hoc, ergo propter hoc*, bensì: *propter hoc, ergo post hoc*"⁴⁶), di modo che dire che la pena non segue il delitto significa dire che il delitto non *causa* la pena, e pertanto l'uno non avviene *prima* dell'altro, sotto il profilo della successione temporale.

Non c'è, nel dover-essere, nella relazione di imputazione, tempo: la pena non "segue" il delitto come *un'azione che accade nel tempo, dopo* di essa.

Questo spiega il ruolo della proposizione giuridica (*Rechtssatz*) rispetto alla norma (*Rechtsnorm*) esistente. Perché la norma giuridica, in quanto esistente, in quanto norma di diritto (positivo), non si presenta mai quale un dover-essere: al limite, essa *pone* un dover-essere. Nella norma "vietato rubare" o "si devono pagare le tasse", il dover-essere non è *della* norma, ma *dell'azione*: è il dover non rubare, il dovere pagare le tasse. Per questo si tratterà anzitutto, con la proposizione giuridica, di ridefinire la norma in modo tale che sia essa espressione di un dover-essere, che essa non consista in altro che in una relazione di dover-essere. Soltanto nella proposizione giuridica – se A, allora deve essere B – la norma si lascia determinare ed esprimere *come* dover-essere. La relazione di imputazione non dice che questo: che la norma non è altro che una relazione di dover-essere tra due termini. Ora il *Sollen*, il dover-essere, è ciò in cui *consiste* la norma. Esso non coincide con il dover-essere osservata *della* norma, bensì con la relazione di imputazione (cd. imputazione periferica) che la norma esprime, determinando il rapporto tra illecito e sanzione come *pensabile* solo attraverso il dover-essere.

Per questo "non si deve rubare" non è a rigore una norma: è soltanto un comando che pone un'azione come dovuta, che verte su un'azione – pensata come ciò che è accaduto, accade o accadrà nella realtà, nell'essere. Esso non è un dover-essere, ma dice il dovere-di-essere di un'azione o di una omissione. Nel momento, invece, in cui il "rubare" viene connesso con una sanzione nel caso in cui esso si verifichi, cessa, per la norma, di venire considerato come un'azione della realtà, come qualcosa che accadrà o è accaduto. Il suo "essere", infatti, viene ora determinato esclusivamente come il *dover-essere* applicata della sanzione. E ciò vale anche per la sanzione: essa non è ciò che è dovuto, non è l'azione che viene detta dovuta. La sanzione "è" il dover-essere punito *del* furto. In altri termini: nella proposizione giuridica "Se A, allora deve-essere B", A e B cessano di essere considerati come

azioni, condotte, fatti della realtà, perché non vengono più considerati in quanto *sono* qualcosa. Essi non hanno altro “essere” che il dover-essere dell’altro: un furto non è l’azione del rubare, ma il dover-essere applicata della sanzione; la sanzione non è l’azione di punire, ma il dover-essere punito del furto.

Possiamo, a questo punto, tornare sulle critiche dirette ai dispositivi di auto-esecuzione delle norme. Esse presuppongono, infatti, che la norma consista in una “guida” del comportamento o, in altri termini, che essa sia ciò che fornisce ragioni, considerazioni per compiere o meno una determinata azione nel futuro. La norma, in questo senso, è pensata come un dover essere che “mira” all’essere, che ha quale proprio contenuto un’azione reale, l’azione come ciò che *accadrà* nella realtà.

L’azione è, ora, pensata *nel* tempo – il diritto è pensato come ordine temporale. E la norma è pensata come *causa* del comportamento che prescrive – perché, si noti, parlare delle norme come ragioni per agire, a partire dalla loro capacità “di offrire considerazioni che hanno peso, forza o incidenza nella produzione o giustificazione delle azioni”⁴⁷, significa adottare comunque, nei termini di Kelsen, una concezione causale, nella misura in cui la norma sarebbe ciò che *spiega* l’azione, dà conto del *perché* essa è accaduta, sul piano dell’essere.

Propter hoc, ergo post hoc: è solo perché si è già assunto che sia sul piano dell’*essere* che si definisce la relazione tra norma e la condotta che essa prescrive – e che è una relazione di *causalità* – che la norma viene ora pensata come ciò che, *nel* tempo, precede un’azione che verrà dopo di essa. Condizione, cioè, affinché il diritto sia pensato come tempo – come ciò che è nel tempo e, insieme, come ciò che determina la temporalità dei fenomeni che regola – è pertanto averlo *già* assunto non come *Sollen*, ma come *Soll-Sein*, come dovere che è tale in quanto, nella misura in cui, giunge ad *essere*, ad imporsi nella realtà. Dal nostro punto di vista: condizione affinché il diritto sia pensato *nel* tempo, è che esso sia pensato come *essere*.

Il *Sollen* come *imputazione*, pertanto, va radicalmente distinto dal *Sollen* come dovere-di-essere, come ciò che ha in se stesso la pretesa di *essere* – ossia di essere “*causa*” dell’azione (è in questo senso che Kelsen, si noti, può parlare anche delle prescrizioni giuridiche, laddove vengano intese come comandi rivolti ad un comportamento da realizzarsi nel mondo, come *Seins-regel*, regole dell’essere). Perché questo secondo *Sollen* – almeno idealmente – è già da sempre un *Müssen*.

Bisogna, credo, ancora sapere rileggere e recuperare ciò che i testi kelseniani – almeno fino al 1934 – cercano di pensare, nella radicalità che richiede la questione. Se il diritto è *Sollen*, esso, diremo, è, propriamente, *nulla*: è, cioè, ciò che, non è *nel* tempo, non è *nella* realtà effettiva, empirica, che “è” solo laddove sia possibile pensarne la differenza rispetto ad ogni fatto, ad ogni essere (compreso, a cominciare, dal *suo stesso* essere). Il problema sta, allora, nel poter pensare il suo nulla non in senso “nichilistico” (come se il diritto fosse *niente*), ma nel suo “essere” quanto consente al diritto di essere ciò che esso è, ossia *Sollen*.

4. La questione del diritto

In che senso, allora, la tecnologia, la rivoluzione digitale, pone la questione *del* diritto – e non solo e semplicemente, come è ovvio che sia, diverse e particolari questioni *di* diritto? Essa – è la tesi che abbiamo cercato di seguire – non fa altro che portare a compimento, e quindi alla sua definitiva espressione, ciò che, *storicamente*, il diritto ha sempre preteso di essere: non dovere, ma *necessità* – e dunque: non diritto, ma fatto, il fatto della sua osservanza. Il diritto giunge così a scomparire, ed in ciò a realizzarsi – realizzazione del diritto che ha sempre “il suo valore” “in questa capacità di farsi valere, in questo potere di attuazione”⁴⁸, che si è storicamente pensato come volontà. Nel suo *essere* – e dunque non più dover-essere – il diritto si annienta, e così si realizza. Questo è il senso, si è detto, “nichilistico” del suo esser nulla (che è esattamente l’altro lato del suo pensare il *Sollen* come *dovere-di-essere*). La tecnologia, allora, non rende inutile, o superato, o *passato* il diritto: al contrario, lo rende, per la prima volta, integralmente realizzato, presente, lo rende ciò che ha sempre preteso di essere, ossia *fatto*.

Ma in questo movimento, si scorge, infine, anche l’altra sua possibilità – si intravede l’essenza non nichilistica del suo esser nulla. Perché, nel momento stesso in cui il diritto come *dovere-di-essere* cessa di “essere” proprio essendo, scompare realizzandosi (e si realizza scomparendo), la questione del diritto può essere riproposta in tutta la sua radicalità. La questione non va riproposta *nuovamente*, allora, ma va pensata nell’*altro* modo che la fine, il compimento della prima maniera di pensarla – che conduce alla *fine* del diritto (conformemente, si intenda, al suo proprio fine) – rende possibile. La separazione, la differenza, tra dover-essere ed essere, *Sollen* e *Sein*, non può più essere allora pensata come separazione tra come il mondo *deve-essere* e come il mondo *è*, ma come differenza tra il diritto ed il *suo* proprio fatto, tra il dover-essere ed il *suo* essere. Il diritto è tale, in altri termini, solo in quanto non è, in quanto è altro dal proprio fatto, dal proprio essere.

È questa radicale *impotenza* del diritto che va, allora, ripensata – ed è solo nell’esperienza di questa impotenza, del suo non essere, che diviene possibile propriamente *come* diritto, come *Sollen*. Se vi è qualcosa di difficile da pensare, qui, è perché, storicamente, il diritto non è mai stato tale: è sempre stato comando, *im-posizione*, dovere-di-essere e non dover-essere. Ed è *in quanto* comando che esso è giunto a compimento, a realizzazione. Non si tratta allora di chiedersi cosa “resti” di questo diritto. Ma di poter lasciare che, in questo compimento, si renda finalmente possibile un’esperienza del diritto *in quanto* diritto, del dover-essere in quanto tale. Su quanto autori come Stiegler hanno sottolineato circa la necessità, dopo la rivoluzione digitale, di re-introdurre la questione della separazione tra fatto e diritto, bisogna allora intendersi. “Il diritto non esiste, il diritto è una promessa”⁴⁹, afferma Stiegler. Ma ciò significa, propriamente, che il diritto non solo non è un fatto, ma non è neppure il proprio fatto: che, cioè, non è il fatto di

48 Irti 2016b: 35.

49 Rouvroy – Stiegler 2016: 18.

imporsi, di realizzarsi, di essere osservato, a fare del diritto ciò che esso è. Il diritto, al contrario, è ciò che si *differenzia*, è l'affermazione della sua differenza anche e sempre dal proprio fatto.

Così va letta, per ciò che ci riguarda, anche la distinzione che Kelsen pone tra il comportamento statuito come *dovuto* e il comportamento che *è*, che è conforme alla norma, la loro irriducibilità. Perché la norma non ha come contenuto un *essere*, non ha come contenuto il comportamento concreto che dovrà realizzarsi. La norma ha come contenuto il *dover-essere* del comportamento, che nessun comportamento concreto, nessun comportamento che è o sarà potrà mai “realizzare”. Non c'è azione “conforme” alla norma, perché nessuna azione potrà mai *realizzare* la norma: la norma è sempre la differenza tra l'azione ed il suo dover-essere. Certamente, tale differenza è *nell'*azione, nel senso che solo in essa si può fare esperienza della sua differenza dalla norma, da ciò che essa stessa deve-essere. In questo senso non c'è *dualismo* tra essere e dover-essere: essi non stanno “fianco a fianco senza alcun rapporto (*dieser Dualismus von Sein und Sollen bedeutet jedoch nicht, daß Sein und Sollen beziehungslos nebeneinander stehe*)”⁵⁰.

Il dover essere non è *distinto* dall'essere, non è *un* altro da esso – in tal caso, infatti, non sarebbe più dover-essere, ma sarebbe anch'esso un *essere*, un altro essente a fianco del mondo dell'essere. Esso è in relazione all'essere nel senso che indica la differenza che *nell'*essere si mantiene rispetto al suo stesso essere – e questa differenza è, kantianamente, la *ragione* stessa⁵¹.

Occorre certamente chiedersi il *perché* di questa differenza, e cioè il perché del diritto – occorre poter dare ragione della ragione, in altri termini. E farlo, qui, sicuramente al di là di Kelsen (che non riesce a spiegarla se non come un “dato immediato della nostra coscienza”, *unserem Bewußstein unmittelbar gegeben*), nonché al di là di ispirazione kantiana per cui essa sarebbe, in ultima istanza, *volontà*, volontà che vuole la legge. In realtà, in Kant stesso, se la legge che obbliga il volere è *per* il volere, non è però “in potere del volere volere la legge, obbligarci”: “il circolo del volere rinvia oltre di sé”⁵².

Non è la volontà che rende possibile la differenza, ossia il diritto. È il diritto stesso. Perché nel momento in cui c'è il *fatto* del diritto, in cui cioè un fatto pretende di *essere* diritto – in cui, diremmo, la volontà pretende di obbligare a qualcosa, pretende che qualcosa non sia fatto, ma debba-essere fatto –, le condizioni di possibilità di questo “fatto” costringono ad affermare, per necessità logica, che esso in tanto può essere ciò che pretende di essere (ossia diritto) solo in quanto non sia, appunto, un fatto (essere). E ciò vale anche per la singola norma. È l'azione stessa che, nel momento in cui viene compiuta, dice la propria differenza rispetto al suo dover-essere compiuta.

50 Kelsen 1966 [1992]: 14 [6].

51 Kant 2005: 247: “Platone osservò molto bene, che la nostra attività conoscitiva sente un bisogno ben più alto di compitare semplici fenomeni secondo un'unità sintetica, per poterli leggere come esperienza, e che la nostra ragione naturalmente s'innalza a conoscenze, che vanno troppo in là perché un qualunque oggetto, che l'esperienza può dare, possa mai adeguarvisi, ma che, ciò nondimeno, hanno la loro realtà, e non sono per nulla semplici chimere”.

52 Vitiello 2005: 70.

Il diritto non è “promessa”, per riprendere l’espressione già citata di Stiegler, in quanto sarebbe rivolto al futuro come a ciò che *accadrà*, al mondo non come è, ma come deve-essere. È promessa nel senso di ciò che impedisce di risolvere il diritto nel *suo* proprio fatto, di fare del diritto un *esistente* (sia poi esso già presente, o un esistente che sarà, è lo stesso). Il diritto è la sua propria promessa, è ciò sempre deve-essere, senza mai essere – o, meglio: è ciò che, essendo, dice che deve *ancora* sempre essere. Ma questo “ancora”, lo si ripete, non rimanda ad un futuro, inteso come tempo in cui il diritto si realizzerà, il dover-essere, infine, sarà (si tratterebbe certo di un “cattivo infinito”). *Ancora*, qui, dice che è *ora* la differenza, e dunque il diritto; dice che il diritto è ora, ma come differenza rispetto a ciò che è, rispetto al suo essersi realizzato, al suo essere osservato.

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”⁵³. 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. Cessa, più propriamente, di apparire come dovere-di-essere, come relazione ontologica tra linguaggio e mondo determinata a partire dal comando. E, in questo modo, essa consente alla questione *del* diritto di divenire finalmente *attuale*, di essere interrogata in tutta la sua urgenza: perché l’unica possibilità per il diritto, ora, è di poter giungere ad essere, finalmente, ciò che è (e che non è mai stato), ossia *Sollen*.

Bibliografia

- Agamben G. 2017, “Che cos’è un comando?”, in Id., *Creazione e anarchia. L’opera nell’età della religione capitalistica*, Vicenza: Neri Pozza: 89-122.
- Amato Mangiameli A.C. 2017, “Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione”, *Rivista di filosofia del diritto*, Speciale: 87-112.
- Bellomia V. 2020, “Il contratto intelligente: questioni di diritto civile”, in *Judicium*, 10 dicembre 2020. Available at: <http://www.judicium.it/contratto-intelligente-questioni-diritto-civile/> (ultima consultazione in data 17 gennaio 2021)
- Bombelli G. 2012, “Tecnologica, diritto, antropologia: appunti sull’Information (Knowledge) Society”, in M. Megale (ed) 2012, *ICT e diritto nella società dell’informazione*, Torino: Giappichelli: 7-37.
- Bridle J. 2018, *Nuova era oscura*, trad. it. di F. Viola, Roma: Nero, 2019.
- Brogan W.A. 2006, “The Intractable Interrelationship of Physis and Techné”, in A. Hyland – J. P. Manoussakis (ed.), *Heidegger and the Greeks. Interpretive Essays*, Bloomington: Indiana University Press: 43-56.
- Cacciari M. 1982, “Salvezza che cade. Saggio sulla questione della Tecnica in M. Heidegger”, *Il Centauro*, 6: 70-101.

- Cacciari M. 1990, *Dell'Inizio*, Milano: Adelphi.
- Canale D. 2017, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari: Laterza.
- Carr N. 2011, *Internet ci rende stupidi? Come la Rete sta cambiando il nostro cervello*, trad. it. di S. Garassini, Milano: Cortina.
- Celano B. 1990, "Asserzioni e prescrizioni", in G. Nicolaci (ed.), *Segno ed evento nel pensiero contemporaneo*, Milano: Jaca Book: 107-120.
- Cesarini Sforza W. 1976, "Sul significato degli imperativi giuridici", in U. Scarpelli (ed.) 1976, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano: Comunità: 215-237.
- Chardon D. 2016, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano: Mondadori.
- Clarizio E. 2018, "La technique: mi-lieu entre le vivant et son milieu", in M. Augendre – J.-P. Llored – Y. Nussaume (ed.) 2018, *La mésologie, un autre paradigme pour l'anthropocène? Autour du travail d'Augustin Berque*, Paris: Hermann: 89-96.
- Condello A. 2020, "Metodo giuridico e algoritmo", *Rivista critica del diritto privato*, 3: 339-368.
- Cuccuru P. 2017, "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, II: 107-119.
- De Caria 2019, "The Legal Meaning of Smart Contracts", *European Review of Private Law*, 6: 731-752.
- Derrida J. – Stiegler B. 1997, *Ecografie della televisione*, trad. it. di L. Chiesa, Milano: Cortina.
- Di Martino C. 2019, "Heidegger e la concezione destinale della tecnica", *Quaestio* 19: 433-457.
- Durante M. 2019, *Potere computazione. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Roma: Meltemi.
- Fanciullacci R. 2016, "Oltre l'apocalisse. Tecnica, storia e conflitto politico nel pensiero di Stiegler", *Aut Aut*, 371: 46-60.
- Finck M. 2019, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Fisher M. 2018a, *Realismo capitalista*, trad. it. di V. Mattioli, Roma: Nero.
- Fisher M. 2018b, "La privatizzazione dello stress", in Id. *Il nostro desiderio è senza nome. Scritti politici K-punk 1*, trad. it. di V. Perna, Roma: Minimum Fax: 77-91.
- Fugier H. 1963, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris: Belle Lettres.
- Heidegger M. 1987, "Sull'essenza e sul concetto della φύσις. Aristotele, Fisica, B, 1", in Id., *Segnavia*, ed. it. a cura di F. Volpi, Milano: Adelphi: 193-256; ed. or.: M. Heidegger 1976, "Vom Wesen und Begriff der Φύσις. Aristoteles, Physik B, 1" (1939), in Id., *Gesamtausgabe*, Band 9, *Wegmarken*, Frankfurt a.M.: Klostermann: 239-302.
- Irti N. 2008, "Tecno-diritto", in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano: Giuffrè: 1297-1304.
- Irti N. 2014, "Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie", *Rivista di diritto civile*, 5: 987-991.
- Irti N. 2016a, "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", *Rivista di diritto processuale*, 4-5: 917-925.
- Irti N. 2016b, "Diritto e tecnica (in dialogo con Emanuele Severino e Luigi Mengoni)", *Lo Stato*, 6: 35-46.
- Kant I. 2005, *Critica della ragion pura*, trad. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice riveduta da V. Mathieu, Roma-Bari: Laterza.
- Kelsen H. 1966, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino: Einaudi; ed. or. H. Kelsen 1992 (1960), *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960, Wien: Österreichische Staatsdruckerei.

- Kelsen H. 1997, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli: ESI; ed. or. Kelsen H. 1923², *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, Tübingen: Mohr.
- L. Parola – P. Merati – G. Gavotti 2018, “Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte”, *I Contratti*, 6: 681-688.
- Lettieri N. – Donà S. 2020, “Critical data studies e tecno-regolazione. Paradigmi emergenti di ricerca e tutela nell’era del lavoro data-driven”, *Dirittifondamentali.it*, 2: 1007-1044.
- Lettieri N. 2020, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena: Mucchi.
- Licata G. 2015, “Definizione e significati della φύσις in Aristotele a partire dal confronto con la τέχνη. Il λόγος come apertura della φύσις alla τέχνη in Fisica B 1-2”, in R. Caldaroni (ed.) 2015, *Natura della tecnica e tecnica della natura*, Brescia: Morcelliana: 11-29.
- Lovink G. 2012, *Ossessioni collettive. Critica dei social media*, trad. it. di B. Parrella, Milano: Egea.
- Lucci A. 2012, “L’animale acrobatico. Origini e sviluppo del concetto di antropotecnica nel pensiero di Peter Sloterdijk”, *Esercizi filosofici*, 7: 78-97.
- Luhmann N. 1990, “La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento”, in Id., *La differenziazione del diritto*, ed. it. a cura di R. De Giorgi, Bologna: Il Mulino: 81-102.
- Madir J. 2018, “Smart Contracts: (How) Do They Fit Under Existing Legal Frameworks?”. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3301463> (ultima consultazione 21 Gennaio 2021)
- Maganzani L. 2012, “La sanctio e i rapporti fra leggi”, in J.-L. Ferrary (ed.) 2012, *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana*, Pavia: Iuss Press: 39-52.
- Ortega y Gasset J. 2011, *Meditazione sulla tecnica e altri saggi*, trad. it. a cura di L. Taddio, Milano: Mimesis.
- Paal B.P. – Fries M. (ed.) 2019, *Smart Contracts*, Tübingen: Mohr.
- Pellegrini T. 2019, “Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni”, *Comparazione e diritto civile*, 3: 843-879.
- Pietropaoli S. 2020, “Fine del diritto? L’intelligenza artificiale e il futuro del giurista”, in S. Dorigo (ed.) 2020, *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Pisa: Pacini: 107-118.
- Pietropaoli S. 2021, *Da cittadino a user. Capitalismo, democrazia e rivoluzione digitale*, in corso di pubblicazione.
- Raz J. 1975, *Practical reason and norms*, London: Hutchinson.
- Redondo M.C. 2018, *La normatività istituzionale del diritto*, Madrid: Marcial Pons.
- Roccaro D. 2020, “Tecnologie normative: verso un diritto avvolto dal digitale”, *Jura Gentium*, 2: 114-123.
- Romeo F. 2020, “Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto”, *Rivista di Filosofia del diritto*, 1: 107-124.
- Rouvroy A. – Stiegler B. 2016, “Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto”, trad. it. di S. Baranzoni, *La Deleuziana*, 3: 6-29.
- Rouvroy A. 2016, “La governamentalità algoritmica: radicalizzazione e strategia immunitaria del capitalismo e del neoliberalismo?”, trad. it. di P. Vignola, *La Deleuziana*, 3: 30-36.
- Ruggenini M. 1978, *Il soggetto e la tecnica. Heidegger interprete “inattuale” dell’epoca presente*, Roma: Bulzoni.
- Savelyev A. 2017, “Contract Law 2.0: Smart contract at the beginning of the end of classic contract law”, *Informations&Communication Technology Law*, 26, 2: 116-134
- Schelsky H. 1980, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen: Springer.

- Severino E. 1988, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano: Adelphi.
- Severino E. 1992a, “Angoscia e volontà di potenza”, in Id., *Oltre il linguaggio*, Milano: Adelphi: 35-56.
- Severino E. 1992b, “Violenza e salvezza”, in Id., *Oltre il linguaggio*, Milano: Adelphi: 15-34.
- Severino E. 2012, *Capitalismo senza futuro*, Milano: Rizzoli.
- Sloterdijk P. 2010, *Devi cambiare la tua vita. Sull'antropotecnica*, ed. it. a cura di P. Peticari, Milano: Cortina.
- Stazi A. 2019, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti». Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino: Giappichelli.
- Stiegler B. 1994, *La technique et le temps I. La faute d'Épimétée*, Paris: Galilée
- Szabo N. 1994, “Smart Contracts”. Available at: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (ultima consultazione 15 Gennaio 2021).
- Thomas Y. 2011, “De la sanction et de la sainteté des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité”, ora in Id., *Les opérations du droit*, Paris: Seuil/Gallimard: 85-102.
- Vignola P. 2015, “La tecnica innanzitutto. Breve introduzione ai concetti di Bernard Stiegler”, in B. Stiegler 2015, *Platone digitale. Per una filosofia della rete*, a cura di P. Vignola e F. Vitale, Milano: Mimesis: 7-32
- Vitiello V. 2005, *Cristianesimo e nichilismo. Dostoevskij – Heidegger*, Brescia: Morcelliana.
- Vitiello V. 2013, *L'ethos della topologia. Un itinerario di pensiero*, Firenze: Le Lettere.
- Volpi F. 1984, *Heidegger e Aristotele*, Padova: Daphne.
- Wolf M. 2018, *Lettore, vieni a casa. Il cervello che legge in un mondo digitale*, trad. it. Milano: Vita&Pensiero.
- Worstell T. 2015, “Eric Schmidt's Quite Right the Internet Will Disappear. All Technologies Do as They Mature”, *Forbes*, 24 January 2015
- Wu B. 2015, “Google's Eric Schmidt Predicts the Internet Will Disappear”, *Science Times*, 27 January 2015
- Zuboff S. 2019, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Roma: Luiss University Press