

TCRS 2/2021

**Teoria e Critica
della Regolazione Sociale**

**TEORIA E PRASSI DELL'INFORMATICA
GIURIDICA. PER UNA RIFLESSIONE
FILOSOFICA
THEORY AND PRACTICE OF LEGAL
INFORMATICS. A PHILOSOPHICAL
CONSIDERATION**

A cura di/Edited by
Alberto Scerbo

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Centro di Ricerca “Diritto costituzionale e istituzioni politiche” – Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell’Università Magna Graecia di Catanzaro.

Direttori:

Bruno Montanari (Università di Catania e Cattolica, responsabile), *Alberto Andronico* (Università di Catania), *Paolo Heritier* (Università del Piemonte Orientale)

Comitato di direzione:

Salvatore Amato (Università di Catania), *Francisco Ansuátegui Roig* (Universidad Carlos III, Madrid), *Giorgio Lorenzo Beltramo* (Università di Torino), *Giovanni Bombelli* (Università Cattolica di Milano), *Fabio Ciaramelli* (Università di Napoli Federico II), *Stefano Fuselli* (Università di Padova), *Jacques Gilbert* (Université de Nantes), *Tommaso Greco* (Università di Pisa), *Antonio Incampo* (Università di Bari), *Pierre-Etienne Kenfack* (Université de Yaounde II), *Alessio Lo Giudice* (Università di Messina), *Fabio Macioce* (LUMSA, Roma), *Maurizio Manzin* (Università di Trento), *Maria Paola Mittica* (Università di Urbino), *Flavia Monceri* (Università del Molise), *Yosuke Morimoto* (Università di Tokyo), *Antonio Punzi* (LUISS), *Alberto Scerbo* (Università di Catanzaro), *Richard Sherwin* (New York Law School), *Barbara Troncarelli* (Università del Molise)

Comitato di redazione:

Giuseppe Auletta (Università di Catania), *Virginia Bilotta* (Università del Piemonte Orientale), *Paolo Biondi* (Università del Molise), *Alessandro Campo* (Università del Piemonte Orientale), *Paola Chiarella* (Università Magna Graecia di Catanzaro), *Valentina Chiesi* (Università Cattolica di Milano), *Angela Condello* (Università di Messina), *Flora Di Donato* (Università di Napoli Federico II), *Ako Katagiri* (Università di Kyoto), *Olimpia Loddo* (Università di Cagliari), *Roberto Luppi* (LUMSA, Roma), *Giovanni Magrì* (Università di Catania), *Piero Marino* (Università di Napoli Federico II), *Piero Marra* (Università La Sapienza, Roma), *Andrea Raciti* (Università di Pisa), *Salvo Raciti* (Università di Catania), *David Roccaro* (Università di Catania), *Paolo Silvestri* (Università di Torino), *Serena Tomasi* (Università di Trento), *Daphné Vignon* (Université de Nantes)

Comitato scientifico:

Francesco Cavalla (Università di Padova), *Vincenzo Ferrari* (Università di Milano), *Peter Goodrich* (Cardozo Law School), *Jacques Lenoble* (UC Louvain), *Hans Lindahl* (Tilburg University), *Sebastiano Maffettone* (LUISS), *Atsushi Okada* (Università di Kyoto), *Eligio Resta* (Università di Roma tre), *Eugenio Ripepe* (Università di Pisa), *Herbert Schambeck* (Linz Universität), *Gunther Teubner* (Frankfurt Universität), *Bert van Roermund* (Tilburg University)

Gli articoli del numero monografico sono sottoposti a doppio referaggio cieco

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)

www.mimesisedizioni.it

mimesis@mimesisedizioni.it

Issn: 1970-5476

Isbn: 9788857597379

© 2021 – MIM EDIZIONI SRL

Via Monfalcone, 17/19 – 20099

Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 24416383

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 299 del 23-10-15

Indice

<i>Alberto Scerbo</i> Introduzione	7
<i>Alberto Andronico</i> Giustizia digitale e forme di vita. Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo	11
<i>Alessandro Campo</i> Dati e algoritmi. Dal rapporto tra validità ed effettività a una questione antropologico-giuridica (tramite la norma)	29
<i>Margherita Vestoso</i> Diritto e tecnologia: una riflessione critica sui contenuti di un rapporto in continua evoluzione	45
<i>Federico Costantini</i> Etica, diritto e design tecnologico: un modello per la “Legge sull’Intelligenza Artificiale”	59
<i>Raffaele Battaglini</i> Risoluzione dispute e piattaforme decentralizzate	77
<i>Wanda D’Avanzo</i> Dematerializzazione dei dati ed e-Government. Problemi e prospettive per l’informatica giuridica	93
<i>Federico Oliveri</i> Diritti degli internauti, obblighi degli Stati, responsabilità delle piattaforme digitali: problemi regolativi in materia di odio online	105
<i>Andrea Favaro</i> La identità del giurista nell’era digitale. Il ruolo della filosofia del diritto	127
<i>Maria Zanichelli</i> L’intelligenza artificiale e la persona: tra dilemmi etici e necessità di regolazione giuridica	141

Giorgia Anna Parini
Utilizzo dell'intelligenza artificiale in sostituzione o a supporto
dell'avvocato: prospettive future e dovere di competenza tecnologica 161

Christian Djeffal
Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione
in Germania. Riflessioni sui principi orientativi di carattere normativo
a partire dall'esperienza tedesca 179

Focus. Prospettive diverse sulla consuetudine

Salvatore Rizzello
Custom and path dependence in economics 201

Mario Ricca
Con-sue-tudine/Cognitudine. L'“appropriatezza” (Suum)
come criterio di pertinenza assiologico/semantica delle norme giuridiche 221

Pierre Etienne Kenfack
Droits écrits et droits coutumiers dans les Etats d'Afrique noire francophone
aujourd'hui 277

Fernando Bellelli
Le ecopedagogie generatrici di nuove consuetudini: la prospettiva
della pedagogia giuridica 289

Paolo Di Lucia
Il mistero della consuetudine. Rileggendo Bobbio filosofo della normatività 301

Antonio Punzi
I Segni del tempo. Il ritorno della consuetudine nell'era della complessità 333

Alberto Scerbo

Introduzione

La pandemia che ha investito il mondo all'alba del 2020 e che ha condizionato, e continua a condizionare, i comportamenti individuali e collettivi, ha rimesso in discussione certezze che sembravano acquisite in ambito politico ed economico, ma ha riproposto anche questioni sociali di fondo che incidono profondamente sulla tenuta del sistema di relazioni intersoggettive, intragenerazionali ed intergenerazionali, compositive del tessuto esistenziale. Al contempo ha accelerato lo sviluppo di uno scenario, che riguarda tanto il privato quanto il pubblico, dominato dalla tecnologia, capace di scandire la vita personale, ma soprattutto di indirizzare le scelte istituzionali. Al punto da investire risorse per la transizione digitale e considerare l'innovazione tecnologica una sfida per il futuro non più prorogabile.

Le discussioni da tempo avviate sull'impatto delle tecnologie informatiche non sono, perciò, più configurabili entro confini definiti, né possono ricomprendersi all'interno di ambiti settoriali circoscritti. Ciò ha una ricaduta ancor più incisiva sull'evoluzione del diritto e impone un ripensamento dei mutamenti intervenuti nell'esperienza giuridica. In questo senso gli studi di informatica giuridica si rivestono di necessità di ulteriori fattori connotativi, perché richiedono un approfondimento che travalica gli aspetti strettamente tecnici e una rielaborazione critica delle componenti teoriche. Da questo punto di vista è opportuna un'accentuazione della differenza con il diritto dell'informatica o con l'analisi dell'applicazione e delle conseguenze degli strumenti informatici nel diritto. Al contempo è decisivo avviare, però, un percorso di ricerca capace di delineare le coordinate attraverso le quali procedere ad una ricomposizione delle categorie giuridiche e ad una rilettura dei fenomeni che, fissate le basi e valutati gli effetti sotto il profilo scientifico, sia in grado di "tentare le essenze".

Si tratta, in tal modo, di recuperare, e rielaborare in chiave contemporanea, i differenti approcci proposti dalla filosofia del diritto già a partire dagli anni Sessanta del Novecento. Non è casuale, infatti, che l'informatica giuridica fin dagli inizi sia ricompresa nel settore scientifico disciplinare IUS/20 – Filosofia del diritto. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'approdo di tale disciplina nella cultura giuridica italiana è opera precipua dei filosofi del diritto, che veicolano le proposte formulate nel mondo americano, indirizzate, grazie soprattutto all'intuizione di Loevinger, all'applicazione delle tecniche elettroniche per la soluzione dei problemi giuridici.

Si comprende, cioè, l'importanza della possibilità di provvedere ad una completa documentazione giuridica, mediante la costruzione di specifiche banche

dati, nonché di avviare un processo di digitalizzazione dell'apparato amministrativo e delle procedure legate alle dinamiche del diritto. La curiosità del filosofo e la sua naturale propensione alla problematizzazione fa sì che ci si interroghi sui risvolti sociali di tale innovazione, ma anche sulle implicazioni logiche e le prospettive filosofiche di un diritto proteso verso la informatizzazione. Queste finalità accompagnano le riflessioni teoriche di Losano (Cfr. M.G. Losano, *Giuscibernetica*, in R. Treves (a cura di), *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1968), che si uniscono alle analisi di poco precedenti di Frosini, che toccano il significato più profondo della tecnologia e del progresso tecnologico e contribuiscono al ragionamento intorno all'oggettiva neutralità della cibernetica, che rinverdisce il discorso sul senso del sapere scientifico in ambito giuridico e sulla sua relazione con il piano dell'assoluto (Cfr. V. Frosini, *Cibernetica e diritto*, in "Civiltà delle macchine", 1966, n. 1; *Cibernetica, diritto e società*, Giuffrè, Milano 1968 e *La giuritecnica: problemi e proposte*, in "Informatica e diritto", 1975, n. 1).

Il definitivo cambio di passo si realizza con l'apporto decisivo della scuola giusfilosofica bolognese, che, grazie alla lungimiranza di Enrico Pattaro, inaugura un'innovativa ricerca interdisciplinare, che, facendo affidamento sulla flessibilità metodologica, si propone di avviare un piano di ricerche scientifiche capace di ricreare un più adeguato quadro dei modelli teorici del diritto, finalizzato all'applicazione concreta e all'interpretazione degli strumenti tecnologici. Il risultato dell'attenzione prestata dalla filosofia del diritto per le tematiche legate all'informatica e all'intelligenza artificiale e dell'impegno scientifico profuso per la definizione del quadro concettuale di riferimento per l'implementazione della tecnologia informatica nei sistemi giuridico-amministrativi dell'organizzazione pubblica è stato, con l'inizio di questo secolo, l'inserimento dell'informatica giuridica nel settore scientifico disciplinare IUS/20 – Filosofia del diritto (per una sintesi cfr. M. Palmirani, *Il CIRSFID e l'informatica giuridica*, in G. Peruginelli e M. Ragona (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, ESI, Napoli 2014).

Il vorticoso sviluppo tecnologico e la massiccia espansione dei processi digitali hanno sollevato improrogabili questioni di regolamentazione giuridica, ma anche problemi pratici di riformulazione degli assetti pubblici e delle loro relazioni con il privato. Ciò ha favorito un ripiegamento degli studi verso il campo più propriamente applicativo o protesi ad indagare gli aspetti strettamente operativi. In altri termini, gli interessi prevalenti degli autori si sono indirizzati o per descrivere e/o comprendere i risvolti nella prassi dell'uso degli strumenti informatici o, sotto il profilo della teoria, a precisare e/o rivedere le nozioni tecniche.

In questo modo, però, l'informatica giuridica si è vieppiù racchiusa entro confini circoscritti e, quando si è aperta all'esterno, ha incrociato con maggiore facilità la scienza giuridica, tanto nella sua componente privatistica, quanto in quella pubblicistica. Il rapporto con la filosofia del diritto si è andato componendo, così, come quello tra separati in casa, con assenza di dialogo e reciproca incomprensione, in virtù della presunta appartenenza a classi differenti, provviste di strutture teoriche indipendenti, di linguaggi diversi e di campi di ricerca inconciliabili. Nel

tempo non sono mancati, dalla parte dell'informatica giuridica, i tentativi di inserire il discorso tecnologico in un più ampio contesto giusfilosofico, e, dalla parte della filosofia del diritto, le incursioni nel mondo informatico, della robotica e dell'intelligenza artificiale a partire da un approccio radicalmente problematico e finalizzato alla scoperta delle radici "filosofiche" dei nuovi saperi e alla rimeditazione dell'essere del diritto (cfr. in particolare i lavori di Ugo Pagallo, tra cui, per indicare i più risalenti, *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Giappichelli, Torino 2005 e *Teoria giuridica della complessità. Dalla «Polis primitiva» di Socrate ai «Mondi piccoli» dell'informatica*, Giappichelli, Torino 2006). In queste circostanze si è trattato, però, o di percorsi di ricerca individuali, intrapresi e svolti in maniera isolata, o di esperimenti estemporanei, non accompagnati da continuità e programmazione progettuale.

Più di recente si è assistito ad un sostanziale mutamento di sfondo, visto che da più parti dall'interno della filosofia del diritto è stato avviato un percorso di riflessione sui temi più dibattuti proposti dall'evoluzione delle macchine artificiali e dall'algoritmica, con il dichiarato intento di operare un ripensamento critico dei tratti essenziali dell'esperienza giuridica. Si è compreso che il ruolo sempre più invasivo degli strumenti tecnologici non può essere rimesso ad una valutazione meramente tecnica o affrontato mediante un'analisi affidata esclusivamente alla scienza giuridica. Perché, se è vero che ciò coinvolge cambiamenti sostanziali in ordine alle fonti e alla struttura dell'ordinamento, alla riorganizzazione amministrativa e alla revisione ed aggiornamento delle dinamiche processuali, che interessano i diversi ambiti scientifici, è anche vero che questa ulteriore "rivoluzione" tocca il fondamento stesso della politica e del diritto.

Le risposte riguardanti il *come* e il *che* dei fenomeni rinviano di necessità alla scoperta della radice ultima delle cose, che, imponendo la problematizzazione integrale dell'esperienza, si apre alla domanda su quanto permane al di là delle contingenze, su ciò che è la vita, e l'uomo.

A questo è chiamato il sapere anipotetico della filosofia, e questo è il compito della filosofia del diritto di fronte alle sfide proposte dalla "contemporaneità artificiale". Che significa rimodulare il dialogo tra informatica giuridica e filosofia del diritto secondo canoni per i quali lo studio dei progressi delle macchine, dei sistemi e dei programmi digitali va inserito in una cornice autenticamente filosofica, capace di innalzare la conoscenza verso la ricerca, imprescindibile, dei fini, che, per altro, non può prescindere dalla verifica sul piano operativo.

Questa prospettiva, e gli interrogativi che ne scaturiscono, è al centro della riflessione dei saggi che compongono la sezione dedicata all'informatica giuridica, sviscerata, in questa fase, nell'ottica dell'individuazione del suo più profondo significato e del compito "filosofico" rivestito nel contesto degli studi giuridici. Si è inteso, cioè, aprire il confronto sui cambiamenti antropologici, sugli aspetti etici connessi alle nuove tecnologie, sui profili di responsabilità, ma sempre con la volontà di ripensare "sul serio" l'identità attuale del giurista e soprattutto di ricercare le origini dei problemi posti dalla realtà. Per non restare ancorati al piano dell'operatività, ma con la velleità di ripensare l'artificiale nell'alveo di quanto appartiene alla natura dell'essere.

Nella consapevolezza della indispensabilità del dialettico intersecarsi tra teoria e prassi, tra essere e dover essere, tra scienza e filosofia, in ragione di “un domandare tutto che è tutto domandare”.

Alberto Andronico*

Giustizia digitale e forme di vita.

*Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo***

Abstract: Digital is not (only) an extraordinary tool in our hands, but (also, and perhaps above all) the water in which we find ourselves swimming today, sometimes without knowing it. In short, it is a language. And as such it brings with it a way of shaping our life, our thoughts and the world around us. In this context, and starting from this conviction, the text intends to focus attention on the so-called “Predictive justice”, articulating the suspicion that this expression carries with it an insidious misunderstanding, or rather two. The first is that it is still a form of justice. The second is that it really has something to do with the future.

Keywords: Digital Revolution, Anthropological Mutation, Law, Justice, Predictive Justice

Se smettiamo di sperare, succede quel che temiamo, questo è certo.

(C. Wolf, *Nessun luogo. Da nessuna parte*)

0. L'acqua

Preferisco precisarlo subito, giusto per correttezza. Ho cominciato da poco a occuparmi delle cose di cui parlerò in questo testo. E in tutta onestà senza neanche un particolare entusiasmo, almeno all'inizio. Diciamo che l'ho fatto perché a un certo punto mi sono convinto che fosse un dovere occuparsene¹. Ho sempre pensato, infatti, che uno dei compiti di chi fa il mio mestiere sia anche, se non soprattutto, quello di provare a capire il mondo che ci sta intorno. E continuo, per una volta, a essere d'accordo con me stesso. Da qui il mio interesse per il digitale, qualunque cosa si voglia mettere dentro questo termine, almeno per il momento,

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Catania – alberto.andronico@unict.it

** Contributo elaborato nell'ambito del “programma di ricerca di Ateneo UNICT 2020 – 2022 linea 2”.

1 E anche grazie a Thomas Casadei, che mi ha gentilmente (e improvvidamente) proposto di condividere il lavoro di progettazione e curatela di un fascicolo di “Ars Interpretandi” dal titolo *Algoritmi ed esperienza giuridica*, di recente pubblicazione (1/2021), al quale mi capiterà più volte di fare riferimento.

e in particolare per le sue ripercussioni sulla nostra grammatica giuridica. Per la semplice ragione che è questa, che ci piaccia o meno, la lingua del nostro presente: l'acqua all'interno della quale ci troviamo a nuotare, per riprendere una deliziosa storiella raccontata da quel genio di David Foster Wallace. A proposito, eccola, la vorrei usare alla stregua di una seconda epigrafe:

Ci sono due giovani pesci che nuotano e a un certo punto incontrano un pesce anziano che va nella direzione opposta, fa un cenno di saluto e dice: – Salve, ragazzi. Com'è l'acqua? – I due pesci giovani nuotano un altro po', poi uno guarda l'altro e fa: – Che cavolo è l'acqua?²

Com'è noto, non c'è modo migliore di rovinare una barzelletta che provare a spiegarla e credo che la stessa cosa valga anche per questa storiella. Non starò qui a illustrarne la morale, dunque, peraltro piuttosto semplice. La uso soltanto per dire subito una delle poche cose che credo di aver capito di quello che va sotto il nome di 'rivoluzione digitale'. Questa, appunto: il digitale non è (soltanto) uno straordinario strumento nelle nostre mani, ma (anche, e forse soprattutto) l'acqua all'interno della quale ci troviamo oggi a nuotare, a volte senza saperlo. È un linguaggio, insomma. E in quanto tale porta con sé una forma di vita, per dirla con Wittgenstein: un modo di mettere in forma la nostra vita, i nostri pensieri e il mondo che ci circonda. A suo modo, lo diceva anche Martin Heidegger, quando parlava del linguaggio nei termini della 'casa dell'essere'. E persino Jacques Lacan, quando diceva che noi uomini siamo degli impiegati del linguaggio. Grammatiche diverse, certo. Ma tutte accomunate, in fondo, da una stessa idea. Un'idea, peraltro, che ha fatto la storia del pensiero occidentale della seconda metà del Novecento e che si potrebbe brutalmente riassumere in questi termini: prima ancora di essere uno strumento, il linguaggio è appunto la nostra acqua. Credo sia importante tenerlo a mente. Perché il linguaggio digitale, proprio in quanto linguaggio, non costituisce certo un'eccezione³.

1. Una questione di numeri

Ora, la mia intenzione qui è piuttosto modesta. Vorrei semplicemente mettere in ordine alcune idee, che peraltro mi è già capitato di esporre oralmente (e incautamente) in una serie di occasioni. Nulla di definitivo, dunque. E meno che mai di sistematico. Diciamo, piuttosto, che vorrei semplicemente mettere in fila alcune

2 Foster Wallace 2009: 143.

3 Del resto, a proposito di pesci e di acqua (oltre che di uccelli e di aria), può essere interessante ricordare che il primo utilizzo dell'espressione "infosfera", poi com'è noto ripresa e ricondotta a concetto da Luciano Floridi (Floridi 2017 e Floridi 2020), è rintracciabile in un articolo comparso nel 1971, sul "Time Magazine", che si apre proprio con queste righe "In much the way that fish cannot conceptualize water or birds the air, man barely understands his infosphere, that encircling layer of electronic and typographical smog composed of clichés from journalism, entertainment, advertising and government" (Sheppard 1971).

letture che ho fatto e dalle quali credo di avere imparato qualcosa. Nella speranza che possa essere un esercizio utile almeno a chi voglia cominciare a orientarsi in questo campo. Così, la prima lettura che mi sentirei di consigliare a questo ipotetico neofita (e a dirla tutta, non solo) è quella di un testo pubblicato tre anni fa da Antoine Garapon e Jean Lassègue. Titolo: *Justice digitale*. Per tante ragioni, ma innanzitutto per una che potrebbe apparire secondaria, ma non lo è. E che riguarda il mestiere dei due autori. Si tratta di un magistrato e di uno storico dell'informatica, infatti. Non di due filosofi, dunque, che si potrebbero immaginare persi nel cielo delle astrazioni e magari portati per deformazione professionale a qualche esagerazione di troppo. Eppure, a un certo punto, ecco cosa scrivono:

Il digitale rappresenta molto più di uno strumento dotato di una forza straordinariamente potente e dagli sconcertanti effetti, costituisce *una forma* attraverso la quale comprendiamo il mondo e grazie alla quale ne costruiamo uno nuovo.⁴

Una forma, appunto. Non un semplice, per quanto potentissimo, strumento. Questo è il digitale, dicono Garapon e Lassègue. O meglio: *le numérique*, visto che i francesi con lo sciovinismo linguistico che li contraddistingue – quello che li conduce a chiamare ancora *ordinateur* il computer, per esempio – si ostinano a chiamarlo così. Raro esempio, peraltro, di sciovinismo a mio avviso felice e salutare. Se non altro perché quello che si perde nel nostro 'digitale' è proprio questo riferimento diretto ai numeri e al loro dominio. Com'è noto, infatti, 'digitale' deriva dal latino *digitus*. A un calcolo, dunque, sì, ma effettuato con le dita. A un calcolo fatto dagli uomini. E non solo per gli uomini. Mentre, probabilmente, a essere in gioco nella rivoluzione digitale è tutt'altra cosa: una traduzione integrale del mondo in numeri, appunto, e non solo un sempre più raffinato uso dei numeri da parte degli uomini. Una riconduzione (per non dire una riduzione) del mondo e degli uomini ai numeri, insomma. E alla logica del calcolo.

Certo, si dirà, questo era il motto di Leibniz: *Calculamus!* E già Hobbes aveva definito il ragionamento nei termini di un calcolo reso possibile dal linguaggio. Un po' di sana storia dei concetti, però, dovrebbe metterci sull'avviso. Quella era gente che stava fabbricando il pensiero moderno. E che lo stava fabbricando intorno alla centralità riconosciuta all'uomo e alla sua potenza. Mentre oggi è proprio questa centralità dell'umano che il dominio dei numeri rischia di mettere radicalmente in discussione. Quasi fossimo in presenza di una quarta ferita narcisistica, dopo quelle di Copernico, Darwin e Freud: quella di Turing (o di Luhmann, giusto per ritornare al piano delle scienze sociali), nella forma di un digitale senza dita... Il che, beninteso, non è detto che sia necessariamente un male, visti i guai prodotti da un certo antropocentrismo. Ma che certo apre un bel po' di questioni.

Del resto, tra le tantissime cose che di quel libro di Garapon e Lassègue meriterebbero di essere sottolineate, ce n'è in particolare una. Ed è il sottotitolo: *Révolution graphique et rupture anthropologique*. Un sottotitolo che nella versione

4 Garapon-Lassègue 2021: 29-30 (corsivo mio).

italiana viene reso così: *Determinismo tecnologico e libertà*. Quali siano le ragioni di questo radicale tradimento è difficile dirlo. Probabilmente l'originale doveva suonare troppo 'filosofico' alle orecchie del nostro mercato editoriale, chissà. O magari eccessivamente epocale, per non dire apocalittico. Quel che è certo è che quello francese risulta decisamente più interessante, almeno per me. Perché mette subito sul tappeto due (o meglio quattro) punti che è bene tenere a mente. Il primo: quando si parla di giustizia digitale si parla di una rivoluzione. Il che vuol dire che non sta cambiando solo qualcosa, ma sta cambiando tutto. Il secondo: la rivoluzione digitale è, innanzitutto, una rivoluzione grafica. Il che vuol dire che si tratta di una rivoluzione che riguarda la scrittura del nostro mondo: il modo di metterlo in forma, appunto, e di registrarlo. Il terzo: come ogni rivoluzione, anche quella digitale, implica una rottura con il passato. Il che vuol dire che, per essere compresa, richiede nuove categorie. E infine, la quarta: questa rottura con il passato è, innanzitutto, una rottura con un certo modo di pensare l'uomo. È una rottura antropologica, appunto. Cosa sulla quale vorrei ritornare in chiusura.

2. Educazione

Detto questo, è stato appena pubblicato un altro libro importante. Lo ha scritto Maurizio Ferraris e la sua tesi di fondo è virtuosamente (e non solo virtualmente) provocatoria rispetto alla cornice appena tratteggiata. Il tema non è la rivoluzione digitale, quanto piuttosto quella che Ferraris preferisce chiamare, sulla scia di altri suoi lavori precedenti, 'rivoluzione documediale'. Una rivoluzione che, a ben vedere, non farebbe altro che rivelare, amplificandolo, uno dei tratti da sempre costitutivi dell'uomo come essere sociale: quello per cui non vi sarebbe mondo sociale senza la possibilità che resti traccia dei nostri atti e dei nostri pensieri. Cos'è, del resto, il web se non il più grande apparato di registrazione che l'umanità abbia sinora sviluppato? Al netto di questa tesi, però, che peraltro Ferraris articola riprendendo in modo originale quell'idea della centralità della scrittura vera e propria chiave di volta del lavoro di quel Jacques Derrida che lui ha contribuito in modo decisivo a introdurre nel nostro panorama intellettuale, in questa sede a me ne interessa un'altra presente in questo libro. Eccola:

Noi siamo, letteralmente, i padroni del vapore, *i signori delle macchine*, benché per qualche motivo – di solito legato al desiderio di assolverci dalle nostre inerzie o colpe addossando la responsabilità alle macchine – siamo per lo più inclini a pensarci come schiavi dell'automazione.⁵

Insomma: il fatto che ormai tutto sia documentabile costituisce di certo una rivoluzione, cambia di certo radicalmente il nostro mondo, ma non dimentichiamoci – appunto – che siamo ancora noi i padroni di questo cambiamento e che tutto dipenderà dal modo in cui saremo capaci di governarlo.

5 Ferraris 2021: XI (corsivo mio).

Si tratta di un monito che, tra i tanti, ha sicuramente questo pregio: quello di ricordarci la centralità dell'educazione⁶. Che si parli di web, di macchine, di linguaggio digitale, di centralità o di decentramento dell'umano, infatti, quel che è certo è che dobbiamo capire ciò di cui stiamo parlando. Tutto questo richiede, insomma, una nuova ontologia dell'attualità, per dirla con Michel Foucault, si riprendano o meno le sue riflessioni sulla fine dell'uomo. E una rinnovata critica dell'ideologia, il cui motore consiste da sempre nel non confondere il possibile con il necessario, ciò che è soltanto una delle tante (possibili) narrazioni del nostro presente con la sua unica e vera descrizione (ammesso che ce ne sia una). Del resto, lo ha scritto anche un ingegnere elettronico come Pedro Domingos, parlando di *machine learning*: “Non si può controllare ciò che non si capisce, ed è per questo che dobbiamo capire cos'è il machine learning: come cittadini, come lavoratori e come esseri umani che cercano di condurre una vita felice”⁷. *Dobbiamo capire*, appunto. E non solo per mera curiosità teorica (o teoretica, che dir si voglia), ma anche per ragioni pratiche. Perché qui ne va della nostra vita. E della nostra felicità. O infelicità. Della nostra buona vita, insomma, avrebbero detto i Greci. Da qui, appunto, la centralità dell'educazione. Per riprendere ancora Ferraris:

Ciò di cui abbiamo più bisogno, nel mondo nuovo, è l'educazione, da intendersi prima di tutto come capacità di produrre una umanità che non si senta sottomessa o spaesata nel mondo che essa stessa ha creato.⁸

3. La centralità delle domande

Beninteso, però: si parla di educazione, non di formazione. E l'educazione, si sa, più che con le risposte, lavora con le domande. Non a caso un altro libro assolutamente da leggere per orientarci nel nostro presente comincia così: “In questo libro troviamo tanti punti interrogativi”⁹. Ed è proprio di questo che abbiamo bisogno, intanto: di qualche punto interrogativo. Dobbiamo prenderci cura delle domande, insomma, per riprendere un celebre consiglio di Rilke a un giovane aspirante poeta¹⁰. E innanzitutto di quelle domande che riguardano i nomi che

6 Con specifico riferimento alla “educazione” degli scienziati e dei tecnologi, lo sottolinea anche un costituzionalista come Andrea Simoncini: “A mio avviso dopo la stagione della tutela *by design* e *by default*, occorre aprire una nuova stagione, quella della tutela *by education*; nel senso che occorre intervenire quando scienziati e tecnologi sono ancora in formazione e trasmettere loro le ragioni fondamentali di principii quali la protezione dei dati personali, la tutela dei diritti e delle libertà, ovvero, del “diritto alla comprensibilità” degli algoritmi” (Simoncini 2019: 88).

7 Domingos 2016: 16.

8 Ferraris 2021: XIII.

9 Amato 2020: 11.

10 “Voi siete così giovine, così al di qua di ogni inizio, e io vi vorrei pregare quanto posso, caro signore, di aver pazienza verso quanto non è ancora risolto nel vostro cuore, e tentare di aver *care le domande stesse* come stanze serrate e libri scritti in una lingua molto straniera. Non

stiamo continuando a dare alle cose. Il sospetto, infatti, è che ci stiamo comportando ancora come i marinai della celebre nave di Otto Neurath che, in mezzo a una tempesta, la aggiustano con legni alla deriva¹¹. Senza accorgerci, però, che probabilmente la nostra nave è già affondata e dobbiamo cominciare a nuotare in mare aperto. Fuor di metafora, probabilmente è giunto il momento di rimboccarsi le maniche e cominciare a inventare una nuova grammatica che sia davvero all'altezza delle novità del nostro presente. Lo diceva Pier Paolo Pasolini, negli anni '70 e in tutt'altro contesto: "Nomi, non cose. Il che vuol dire cose che non hanno ancora un nome"¹². Bene, è forse giunto il momento di prendere atto che la rivoluzione digitale ci sta mettendo di fronte a molte cose che non hanno ancora un nome e che sarebbe fuorviante continuare a nominare con i nomi che stiamo continuando a usare. Farò tra poco un esempio per chiarire meglio quello che ho in mente. Prima, però, c'è un altro testo che credo sia necessario aprire. Un testo scritto da uno che le domande le sapeva porre e affrontare, nella loro radicalità, come pochi altri.

Si tratta del testo di una conferenza tenuta da Martin Heidegger nell'ormai lontanissimo 1965. Lo so, può sembrare strano che ne parli dopo aver citato (e implicitamente sottoscritto) quel monito di Maurizio Ferraris: smettiamola di pensare che siamo ormai divenuti schiavi dell'automazione, come se tutte le nostre disgrazie dipendessero dai quei computer che troviamo sulle nostre scrivanie (e di cui peraltro io stesso mi sto servendo in questo momento per scrivere quello che sto scrivendo). Può sembrare strano perché l'obiettivo polemico di questo monito sembra essere proprio Heidegger o almeno il modo in cui l'hanno usato tutti quelli che hanno parlato e continuano a parlare del nostro presente nei termini di una 'età della tecnica', con tutti i suoi guasti annessi e connessi¹³. Eppure, non resisto alla tentazione di rientrare in quell'aula in cui si celebrava Ludwig Binswanger. Del resto, se parliamo di educazione, da qui secondo me bisogna comunque passare. In questa occasione, infatti, Heidegger prende le mosse da una domanda formulata come solo lui sapeva fare: "Noi domandiamo: che cos'è e come si determina nella nostra epoca la 'cosa' (*Sache*) del pensiero?"¹⁴. Qual è la 'cosa' da pensare oggi,

cercate ora risposte che non possono venirvi date perché non le potreste vivere. E di questo si tratta, di vivere tutto. *Vivete* ora le domande. Forse vi insinuate così a poco a poco, senza avvertirlo a vivere un giorno lontano la risposta. Forse portate in voi la possibilità di formare e creare, quale una maniera di vita singolarmente beata e pura; educatevi a questo compito, – ma accogliete in grande fiducia quanto vi accade, e se solo vi accade dal vostro volere, da qualche necessità del vostro intimo, prendetelo su voi stesso e non odiate nulla" (Rilke 1980: 30).

11 "Immaginiamo dei marinai che, in mare aperto, stiano modificando la loro goffa imbarcazione da una forma circolare a una più affusolata. Per trasformare lo scafo della loro nave essi fanno uso di travi alla deriva assieme a travi della vecchia struttura. Ma non possono mettere la nave in bacino per ricostruirla da capo. Durante il loro lavoro stanno sulla vecchia struttura e lottano contro violenti fortuali e onde tempestose. Questo è il destino degli scienziati" (Neurath 1968: 122). La stessa metafora è ripresa, significativamente, in Casadei-Pietropaoli 2021: XVI.

12 Pasolini 1976: 79.

13 Per un quadro generale: Galimberti 1999.

14 Heidegger 1988: 29

insomma? E, innanzitutto, perché ce lo chiediamo? Da dove deriva quello stato di indecisione implicito in questa domanda? Forse, dice Heidegger, dal fatto che il pensiero è giunto alla propria fine. Non il pensiero, anzi, ma la filosofia: “Resta infatti aperta la possibilità che proprio nella fine della filosofia si celi un altro inizio per il pensiero”¹⁵.

4. La cosa del pensiero

Ora, su questa faccenda della fine della filosofia si sono spesi fiumi di inchiostro e non è certo questo il luogo per riprendere la discussione. A me, qui, interessa soltanto ricordare perché per Heidegger la filosofia sarebbe giunta alla propria fine: una fine che per lui beninteso non significava soltanto dissoluzione, ma anche compimento. Continuo a trovare sorprendente, infatti, che quest'uomo avesse già visto, ormai più di mezzo secolo fa, un tratto che caratterizza il nostro presente ben più che il suo. Ed ecco qual è questo tratto: la parcellizzazione del sapere nelle varie scienze e la comparsa di una nuova forma di unificazione, che non è più quella della filosofia (e, dunque, del fondamento). La filosofia, insomma, a dire di Heidegger, è diventata superflua perché è stata rimpiazzata da qualcos'altro: da una nuova scienza, che si chiama ‘cibernetica’. Informazione, pianificazione e controllo, sono queste le parole d'ordine di questa nuova scienza. Dove l'unificazione tecnica prende il posto dell'unità del fondamento e al cui interno le categorie diventano puri e semplici modelli operativi la cui verità si misura nella capacità di produrre effetti. Dove l'uomo diventa un fattore di disturbo del calcolo e la libertà viene determinata come qualcosa di pianificato, appunto, vale a dire di controllabile.

È in questa cornice che Heidegger stacca questa celebre affermazione:

Certo, gli incommensurabili successi dell'inarrestabile sviluppo della tecnica fanno ancor sempre credere che sia l'uomo il signore della tecnica. In verità, invece, egli è il servo di quella potenza che attraversa e domina ogni produzione tecnica.¹⁶

Esattamente il contrario di quanto sostiene Ferraris. E che io, lo ripeto, tendo a sottoscrivere. Eppure, qualche pagina prima Heidegger aveva anche detto questo: “Nella misura in cui si comprende ancora come un libero essere storico, l'uomo potrà riuscire a non consegnare la determinazione di sé al modo di pensare cibernetico”¹⁷. E qui la distanza si accorcia. O almeno, mi piace pensare che sia così. Anche a costo di tradire Heidegger. E soprattutto i suoi epigoni. Del resto, a un certo punto, anche Heidegger fa un cenno alla questione dell'educazione. Ne parla, riprendendo un passo in cui Aristotele riconduceva la mancanza di educazione del pensiero al “non avere occhio per quelle cose in rapporto alle quali è necessario cercare una dimostrazione e per quelle in rapporto a cui questa non è

15 Heidegger 1988: 30.

16 Heidegger 1988: 42.

17 Heidegger 1988: 34.

necessaria”¹⁸. Passo importante nell’economia del suo discorso perché la cosa da pensare, ieri come oggi, è proprio una ‘cosa’ che non può essere dimostrata, ma che ciononostante bisogna dire. Che poi, non so, forse sbaglio, ma a me questa idea che la ‘cosa’ del pensiero debba essere detta, pur non potendo essere dimostrata, ricorda molto da vicino il compito assegnato alla filosofia anche da un autore che, in realtà, detestava Heidegger: “La filosofia è lo sforzo permanente e quanto si voglia disperato di dire ciò che a rigore non può essere detto”, sosteneva, infatti, Theodor Adorno¹⁹. Ed è una definizione della filosofia che io continuo a trovare, letteralmente, meravigliosa. Resta da capire come lo si possa fare, certo. Ma qui si apre un’altra domanda. E ritorna Heidegger. Del resto, quel pensiero che poi prenderà il nome di ‘filosofia’ si trova originariamente “indirizzato a percepire il meraviglioso”²⁰. Con tutte le risonanze che si perdono nella traduzione del *thau-mazein* greco, ovviamente. E forse è proprio questa la sua ‘cosa’: questa capacità di tenere aperte le domande, appunto. Dove la risposta alla domanda relativa alla “cosa” del pensiero altro non è che un’ulteriore domanda. Anche, se non soprattutto, in un mondo in cui la cibernetica ha preso il posto della filosofia. Se non altro perché, detto in una battuta, la questione della tecnica non è una questione tecnica. E credo che sia questa, in fondo, la lezione più importante di Heidegger. O almeno quella che ci serve tenere a mente se vogliamo davvero conservare (o recuperare) il nostro posto di signori delle macchine, e non di servi. Con o senza Heidegger²¹.

5. La predizione del passato

Detto questo, ritorno alla questione dei nomi. È difficile, infatti, sfuggire alla sensazione di essere circondati, da qualche anno a questa parte, da una serie di ‘parole di plastica’, per riprendere una indovinata espressione di Uwe Pörksen, professore emerito di Lingua e Letteratura tedesca antica all’Università di Friburgo, allievo e amico di Ivan Illich. Pörksen ne ha isolato una cinquantina, occupandosi dettagliatamente in un testo pubblicato nel 1988, che in un primo momento aveva pensato di intitolare così: *Parole Lego. Il linguaggio di una dittatura silenziosa*²². Sono tutti mattoncini prefabbricati, variamente componibili, al servizio di una precisa ideologia, la più insidiosa, proprio perché – appunto – *silenziosa*. Non si tratta soltanto di termini tecnici o di nomi astratti ormai appartenenti al linguaggio comune e neanche di pure e semplici parole di moda, formule vuote o slogan che dir si voglia. Quanto piuttosto di “un nuovo tipo di parole, che prepara ed esprime un’epoca nuova”²³. O almeno di un nuovo modo di usare determinati vocaboli, tipico della nostra attuale condizione storica. Il linguaggio digitale ne è pieno, anche

18 Aristotele, *Metafisica*, IV, 4, 1006a 6 ss. (in Heidegger 1988: 51).

19 Adorno 2007: 77.

20 Heidegger 1988: 36.

21 Prezioso: Bodei 2019.

22 Pörksen 2011.

23 Pörksen 2011: 99.

se Pörksen non se ne occupa, almeno non direttamente, probabilmente perché la sua pervasiva diffusione è soltanto successiva.

Digital divide, big data, data privacy, legal tech, blockchain, smart contract, machine learning sono solo alcune di queste “parole di plastica” che più che nominare cose finiscono con il nasconderle. Anche perché non è sempre chiaro, giusto per usare un eufemismo, quale sia la cosa (o le cose) che nominano. Nomi, non cose, diceva appunto Pasolini. Che poi aggiungeva: il che vuol dire cose che non hanno ancora un nome. Ma ce n'è una, in particolare, di queste parole (o espressioni, che dir si voglia) che suscita la mia curiosità e sulla quale vorrei provare a fermare, seppur rapidamente, l'attenzione. Ed è questa: ‘giustizia predittiva’. Non riesco a togliermi dalla testa, infatti, il sospetto che questa espressione porti con sé un insidioso equivoco, anzi due. Quali siano è presto detto. Il primo è che si tratti ancora di una forma di giustizia. Il secondo che, trattandosi di predizioni, abbia qualcosa a che fare con il futuro. E ora provo a spiegare perché, a mio avviso, si tratta di due equivoci e perché questi due equivoci sarebbero insidiosi.

Intanto, può essere il caso di chiedersi di cosa parliamo quando parliamo di giustizia predittiva. Ed ecco una risposta, tra le tante attualmente in circolazione:

Per giustizia predittiva si intende letteralmente la giustizia che prevede il futuro: si tratta di una sorta di *giustizia anticipata*. Nel linguaggio comune, la giustizia predittiva è divenuta la *giustizia prevedibile*. Si ritiene che, proprio per il tramite di formule matematiche, l'interpretazione giudiziale possa essere prevista, in conformità all'esigenza di *certezza del diritto*, intesa appunto non solo come prevedibilità della disposizione di legge applicabile, ma anche prevedibilità dell'esito giudiziale.²⁴

Entrare nel magico mondo della giustizia predittiva significa, insomma, entrare in un mondo in cui la giustizia diventa qualcosa di prevedibile, tanto da poter parlare di una (sorta di) giustizia anticipata, e dove trova finalmente soddisfazione la tanto agognata esigenza della certezza del diritto, intesa appunto nei termini di una matematica prevedibilità delle decisioni giudiziali. Del resto, lo sosteneva già un giurista del calibro di Oliver Wendell Holmes, un secolo fa: il diritto altro non è che la profezia del comportamento delle corti. Solo che Holmes parlava, appunto, ancora di profezie. Tanto che, sia detto tra parentesi, un altro ‘realista’ come Jerome Frank poteva ancora permettersi di ironizzare sul valore della certezza del diritto considerandolo alla stregua di un (falso) mito. Mentre oggi, grazie alle mac-

24 Viola 2017 (corsivi miei). Da tenere presente, tuttavia, quanto sottolineato da Claudio Castelli e Daniela Piana: “La giustizia predittiva è [...] in verità una *label* molto sintetica con cui si descrive un ventaglio di opzioni che hanno in comune la applicazione di sofisticate tecnologie sia con finalità di carattere analitico/induttivo (si scoprono *pattern* decisionali o *pattern* comportamentali analizzando e processando dati che riguardano casi e decisioni già avvenuti) sia con finalità prospettico-predittivo [si individuano propensioni e su questa base vengono valutate le probabilità con le quali si può prevedere che la decisione del giudice – in caso di soluzione giudiziale delle controversie – o del mediatore – in caso di attivazione di meccanismi di ADR (*Alternative dispute resolution*) – converga su un punto che possiamo definire focale]” (Castelli-Piana 2018: 154).

chine, queste profezie sono diventate delle vere e proprie predizioni. Possiamo ormai davvero predire – dire prima, appunto: anticipare – l’esito di un giudizio. Con certezza matematica. Problema risolto, dunque. E invece temo che le cose non siano così semplici. E che forse ci sia poco da esultare²⁵.

Del resto, basterebbe intanto rileggere *Il concetto di diritto* di Herbert Lionel Adolphus Hart per cominciare a rimettere a posto un paio di cose. La prima è quella che Hart sottolinea già in apertura, con caustica ironia. E cioè che pensare che il diritto altro non sia che la predizione del comportamento delle corti sarebbe un po’ come ridurre la medicina alla predizione del comportamento dei medici. Il diritto offre (o dovrebbe offrire) delle ragioni per agire, e non semplicemente degli strumenti per dire prima ciò che accadrà poi. La seconda è quella a cui Hart dedica il settimo capitolo: la struttura costitutivamente ‘aperta’ del linguaggio rende vana la pretesa di eliminare le incertezze dell’interpretazione attraverso la positivizzazione dei suoi canoni. Lui lo spiega così:

I canoni ‘interpretativi’ non possono eliminare queste incertezze, benché possano diminuirle: infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l’uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati. Essi non possono, al pari di altre norme, stabilire dei criteri per la propria interpretazione.²⁶

Pensando al nostro ordinamento, ciò vuol dire, per esempio, che un testo come quello dell’art. 12 delle preleggi, proprio in quanto testo, richiede a sua volta di essere interpretato. Con tutte le incertezze del caso. Cosa, peraltro, che tutti sanno. Ma alla quale non sempre si presta la dovuta attenzione²⁷. Certo, si potrebbe sostenere che questo problema sia oggi superato, visto che quando parliamo di giustizia predittiva non parliamo più di parole, ma di numeri. Se non fosse che questa soluzione rischia di aprire altri problemi. E non penso solo all’annosa questione che ci portiamo dietro almeno dalla disputa tra Frege e Carnap sulla possibilità o meno di giungere a un’integrale formalizzazione del linguaggio naturale (e di quello giuridico, che di quello naturale resta parassitario). Ma anche, se non soprattutto, al conseguente abbandono del piano del Simbolico, per dirla con Lacan, e della sua funzione di contenimento del Reale.

25 Come sottolineato da Nicola Lettieri, del resto: “L’imprevedibilità e l’imperscrutabilità dei modelli predittivi basati su tecniche di *machine learning* genera innanzitutto rischi per la certezza del diritto intesa come possibilità di fare affidamento non solo sulla vigenza, la durata e gli effetti delle norme giuridiche, ma anche sulla concreta applicazione di queste ultime in sede amministrativa e giudiziaria. L’inaccessibilità degli enunciati normativi implementati negli algoritmi e la natura intrinsecamente aleatoria delle tecniche classificatorie e predittive evocate sopra si aggiungono così alle cause di incertezza del diritto che la dottrina ha da tempo messo a fuoco. L’impossibilità di stabilire come e perché si possa essere giudicati a rischio di recidiva da uno strumento di *predictive analytics* illustra in maniera plastica quanto detto” (Lettieri 2021: 89). Più distesamente: Lettieri 2020.

26 Hart 2002: 149.

27 Mi limite, in questa sede, a rinviare all’ottimo Velluzzi 2013.

6. Un presente senza avvenire

A parte Hart, comunque, c'è anche un altro autore – lontano da Hart tanto quanto Frege e Carnap, e soprattutto Lacan – che può aiutarci a svelare gli equivoci della giustizia predittiva o almeno a capire meglio verso quale mondo stiamo andando. Si tratta di un autore a me particolarmente caro e ancora, purtroppo, letto poco (e male) dai giuristi. Parlo di Jacques Derrida. Leggerlo non è facile, d'accordo. Ma qui mi interessa soltanto prendere in prestito dal suo lavoro appena un altro paio di idee, queste sì piuttosto semplici. La prima (o la terza, se contiamo anche quelle di Hart) è questa:

Se i criteri [del giudizio] fossero semplicemente disponibili, se la legge fosse presente, là, davanti a noi, non ci sarebbe giudizio. Ci sarebbe tutt'al più sapere, tecnica, applicazione di un codice, apparenza di decisione, falso processo, o ancora racconto, simulacro narrativo a proposito del giudizio.²⁸

L'assenza di criteri costituisce, insomma, condizione di possibilità del giudizio. Lo so, può sembrare paradossale, ma non lo è. Difficile negare, infatti, che dove c'è calcolo non c'è decisione, e dunque neanche giudizio, né libertà e neanche responsabilità. Per la semplice ragione che non si 'decide' che due più due fa quattro. Certo, si dirà, non c'è da stupirsi, è proprio questo l'obiettivo della giustizia predittiva: ridurre, appunto, l'incertezza strutturalmente legata al giudizio degli uomini. Ma può essere comunque utile sottolineare che, quando si parla di 'giustizia predittiva', si parla (nel migliore dei casi) di una *giustizia senza giudizio*. Cosa che può sollevare, se non proprio qualche dubbio, almeno qualche curiosità.

Lo aveva già detto Heidegger, del resto: nella cibernetica si tratta di eliminare l'uomo come fattore di disturbo del calcolo. E torna utile, a questo proposito, anche un altro passo di Garapon e Lassègue:

“Ritroviamo qui [nella giustizia digitale] la vecchia idea che il giudizio spetti a Dio, l'unico essere che non è vittima di errori cognitivi, ragione per cui il giudizio finale è la pietra di paragone a cui tutti gli uomini devono sottostare: un giudizio infallibile. Credevamo di essercela lasciata alle spalle, in quanto superata, ma ci si torna nel modo più curioso: tramite un culto devoto alla tecno-scienza.²⁹

Ci affidiamo alle macchine, insomma, come un tempo ci si affidava a Dio. Sempre perché non ci fidiamo degli uomini³⁰. Tanto che avrei voglia di dire che più che di

28 Derrida 1996: 62.

29 Garapon-Lassègue 2021: 115.

30 Eppure: “Anche le tecnologie digitali possono sbagliare: nonostante il mito di infallibilità che le circonda, esse sono incomplete e imperfette, possono riflettere errori umani, ma fino a che non vengano rilavorate e modificate sono rigide, perpetuano cioè gli errori di scrittura con cui sono state programmate. Accettare questa nuova dimensione normativa del calcolo fondata su una razionalità non più legata ad un'intelligenza vivente e consapevole, ma ad una capacità di ragionare statisticamente e dunque non basarsi più sul libero convincimento di un giudice,

una ‘teologia politica?’ avremmo forse bisogno, oggi, di una ‘teologia digitale’. Dove la domanda relativa al *chi decide*, di schmittiana (e ancora prima hobbesiana) memoria, assumerebbe la forma del *chi calcola*. O, se si vuole, di chi programma i programmatori. C’è ancora da chiedersi, però, che fine faccia la giustizia in tutto questo.

Ritorno, così, a Derrida. L’avevo detto che non è facile leggerlo e questo passo ne è una prova:

Ciò che può sfidare l’anticipazione, la riappropriazione, il calcolo, ogni predeterminazione, è la singolarità. Non ci può essere un avvenire come tale se non si dà una alterità radicale, e il suo rispetto. È qui – in ciò che lega insieme l’a-venire e l’alterità radicale come non-riappropriabili – che la giustizia, in un senso un po’ enigmatico, fa parte analiticamente dell’avvenire. Bisogna pensare la giustizia come ciò che oltrepassa il diritto, il quale è sempre un insieme di norme determinabili, realmente incarnate e positive. E la giustizia va distinta non solo dal diritto, ma in generale da tutto ciò che è.³¹

Non è facile, d’accordo, ma trovo davvero bellissima questa idea per cui non c’è giustizia senza avvenire. Con la precisazione che l’avvenire di cui parla Derrida e di cui la giustizia fa (analiticamente) parte è un futuro indefinitamente aperto nei confronti di un ‘altro’ la cui venuta non è in alcun modo prevedibile, né tantomeno calcolabile. Proprio come un Messia degno di questo nome, infatti, dice Derrida, la giustizia non è né presente, né ‘presentabile’, non è né un valore, né un’idea né un concetto, ma semplicemente il disaggiustamento del tempo (l’*out of joint* di Amleto) e l’apertura dell’a-venire. Insomma: se il diritto è il presente, è *nel* presente, la giustizia risiede nell’avvenire. Se il diritto è il luogo del calcolo, della regola, la giustizia è incalcolabile e singolare. Ed è per tale ragione che è destinata a restare sempre al di là del (e nel) diritto. Ultima citazione di Derrida e poi basta, promesso:

Credo che nell’istante in cui si perdesse di vista l’eccesso della giustizia, o dell’avvenire, certo si soddisferebbe alle condizioni della totalizzazione, ma si definirebbe anche il totalitarismo di un diritto senza giustizia, di una buona coscienza morale, di una buona coscienza giuridica, e sarebbe il presente senza avvenire.³²

7. Una giustizia senza giustizia

Così, se prima ho detto che la giustizia predittiva è una *giustizia senza giudizio*, ora posso aggiungere che si tratta anche di una *giustizia senza giustizia*. Quello che si perde nella giustizia predittiva, infatti, è proprio questo eccesso della giustizia

implica la rinuncia all’umanità del diritto e della giustizia, l’illusione di liberarsi una volta per tutte dalle imperfezioni e limitatezze umane sostituendo alla giustizia imperfetta degli uomini una certezza scientifica che si pretende assoluta, ma che non lo è” (Zaccaria 2021: 45). Si veda anche: Zaccaria 2020.

31 Derrida-Ferraris 1997: 20.

32 Derrida-Ferraris 1997: 20.

rispetto al diritto e in generale rispetto a ciò che è puramente e semplicemente presente (e calcolabile). Il rischio, dunque, è proprio quello del totalitarismo di un diritto senza giustizia. Del resto, non va dimenticato che, ammesso (e stavolta anche concesso) che le macchine ci consentano ormai di realizzare il vecchio sogno di Holmes, è per la loro capacità di raccogliere (o implementare, che dir si voglia) una quantità di dati e di informazioni – i famigerati *big data* – davvero impensabile all'alba del Novecento. Ma ciò fa sì che la giustizia predittiva sia strutturalmente orientata al passato. Non al futuro. E meno che mai all'avvenire, inteso nei termini di un futuro irriducibile a qualsiasi previsione. Come recentemente sottolineato da Giuseppe Zaccaria, infatti:

L'IA decide non più con regole predefinite, ma con grandi masse di dati, all'interno delle quali la legge e tutt'al più una tra le molte fonti. Si assiste ad uno sconvolgimento dell'ordine temporale del diritto: per l'IA il presente e sempre reminiscenza di un passato, cosicché la fattispecie anziché anticipazione schematica del futuro diviene memoria del passato da inserire nel sistema.³³

Siamo in presenza, dunque, di una giustizia che poco ha a che fare con la giustizia. Almeno se vogliamo ancora far tesoro della lezione di Derrida. E non consegnare il diritto a un futuro che altro non sarebbe che la pura e semplice (e inquietante) ripetizione di un presente senza avvenire.

Il mondo del digitale, peraltro, è un mondo in cui la possibilità della giustizia (o la sua impossibile possibilità, per dirla ancora con Derrida) cede il passo alla necessità del calcolo³⁴. Ma è appena il caso di ricordare che senza possibilità (della giustizia, e non solo) non si danno neanche norme o regole che dir si voglia. Almeno se vogliamo ancora intendere, con Hart (e ovviamente non solo), le norme o le regole alla stregua di ragioni per l'azione, e non come semplici predizioni del comportamento dei giudici. Del resto, se c'è un autore che prima e meglio di molti altri ha costruito una teoria del diritto facendo tesoro delle acquisizioni della cibernetica (incrociate con la biologia) è quel Niklas Luhmann che fino a qualche tempo fa veniva citato a ogni piè sospinto dai giuristi, ma che per qualche strana ragione sembra essere oggi scomparso dal dibattito. Eppure, è un peccato. Se non altro nessuno meglio di Luhmann consente di comprendere che fine facciano le norme giuridiche in un mondo in cui l'uomo diventa un fattore di disturbo: non più regole per l'azione, appunto, ma pure e semplici stabilizzazioni controfattuali di aspettative di comportamento funzionali alla mera conservazione dell'ordine (*rectius*: dell'equilibrio) sociale. Il che mi consente di introdurre, infine, quella che forse è la domanda delle domande, oggi come ieri (forse). Una domanda che ci riporta a quella frattura antropologica ricordata in precedenza. E che, in definitiva, altro non è se non la domanda che per Kant riassumeva tutte le tre domande che reggevano il suo progetto critico. Che cosa posso conoscere? che cosa devo fare?

33 Zaccaria 2021: 41.

34 Sul tema della calcolabilità (o meno) del diritto, necessario il rinvio a Irti 2016 e Carleo 2017.

che cosa posso (o che cosa *ho il diritto di*, nella splendida traduzione di Giorgio Colli) sperare? Si chiedeva Kant. Per poi aggiungere: e dunque, che cos'è l'uomo?

8. Nella foresta delle macchine

Questo per dire che il confronto con le macchine, più che con le macchine, implica forse, ben più radicalmente, un confronto con ciò che vogliamo farcene di ciò che abbiamo pensato finora di questo strano animale che noi tutti siamo e della sua libertà³⁵. Secondo un gesto che ricorda un po' quello di Lévi-Strauss nelle zone centrali del Mato grosso (e non solo), infatti, non c'è modo migliore per comprendere il nostro sistema di pensiero e metterlo in discussione che quello di confrontarsi con altre civiltà. Solo che, oggi, l'altra civiltà (o la civiltà altra, che dir si voglia) non è quella dei Bororo (e non solo), ma – appunto – quella delle macchine. Non è certo un caso, del resto, se quando parliamo oggi delle macchine ci ostiniamo ancora a commettere lo stesso errore che caratterizzava l'etnocentrismo stigmatizzato da Lévi-Strauss: quello di parlarne attraverso le uniche categorie di cui disponiamo, le nostre, appunto. Un esempio tra i tanti: continuiamo a chiederci se le macchine siano (o possano diventare, un giorno) intelligenti *come noi*, trascurando però il fatto che probabilmente si tratta di una domanda mal posta, perché se le macchine sono (o saranno) intelligenti probabilmente lo sono (o lo saranno) in un modo radicalmente diverso da noi: un modo che richiede (o richiederà) nuovi nomi e nuove categorie³⁶.

Così come, giusto per fare un altro esempio tra i tanti: entrare nella civiltà delle macchine (ammesso che di civiltà si possa ancora parlare) significa entrare in un mondo dove viene meno la distinzione tra libertà e necessità. O meglio: entrare in un

35 Per dirla con Antonio Punzi: "L'avanzare delle macchine intelligenti ci interroga, ci chiede cosa sia la natura umana e in cosa pensiamo che debba essere protetta" (Punzi 2021: 118). Di grande interesse è il recupero che Punzi propone, in questa sede, della costitutiva difettività dell'essere umano quale "valore", piuttosto che semplice limite: "Eppure l'animale difettivo, che certo soccomberebbe in una guerra delle intelligenze con l'algoritmo, ha abilità e attitudini di cui l'intelligenza artificiale è priva. È utile, in tal senso, rovesciare la prospettiva: l'intelligenza artificiale, se è consentito un banale gioco di parole, è troppo intelligente. Il suo punto debole è proprio la mancanza di debolezza: eccelle in operazioni che l'uomo, nella migliore delle ipotesi, può solo maldestramente imitare, eppure è priva dell'intelligenza emotiva in cui anzitutto si manifesta la nostra ontologica difettività" (Punzi 2021: 121). Si veda anche: Punzi 2019. Per un inquadramento più generale: Tegmark 2018 e Fry 2018.

36 Lo nota, tra gli altri, Éric Sadin: "L'intelligenza artificiale non è in alcun modo una replica della nostra intelligenza, nemmeno parziale; è l'abuso del linguaggio che ci fa credere che essa potrebbe essere in grado di sostituirsi con naturalezza alla nostra intelligenza al fine di garantire una migliore gestione delle cose che ci riguardano. In realtà si tratta più esattamente di una *metodologia della razionalità*, fondata su schemi restrittivi e volta a soddisfare qualsiasi tipo di interesse" (Sadin 2019: 23). Si veda anche, con specifico riferimento alla giustizia predittiva, quanto scritto recentemente da Francesco Romeo: "La predittività giuridica è solo parte della predittività sull'uomo, e questa è possibile in un orizzonte teorico ed ipotetico diverso dalla tradizionale rappresentazione dell'uomo" (Romeo 2020: 111).

mondo in cui la libertà si risolve nella necessità³⁷. E qui torna utile ancora una volta Kant. Diritto ed etica appartengono al campo delle leggi della libertà, e non della natura. Detto altrimenti: appartengono al campo del possibile, e non del necessario. Che poi è quello che ha ripetuto Kelsen, distinguendo il nesso di imputazione dal nesso di causalità³⁸. Bene, che fine fa questa differenza in un mondo retto dai numeri e dalla riduzione dell'oggettività al dominio del calcolo? Ha ancora senso parlare di diritto (e di etica)? E, ammesso che abbia ancora senso, possiamo continuare a parlarne con le categorie che abbiamo usato fino a oggi e che ancora, inevitabilmente, continuiamo a usare? Del resto, lo dicevano già Deleuze e Guattari: il compito della filosofia è quello di inventare concetti³⁹. E forse è proprio questa la sfida posta dal digitale al nostro pensiero. Se non fosse che il piano di immanenza digitale (per giocare ancora con il loro lessico), fatto di numeri e calcoli, finisce con il mettere in discussione la stessa pertinenza dei concetti – ormai ridotti, come intuito da Heidegger, a mere categorie operative – e, in definitiva, lo spazio del nostro pensiero.

9. 'L'alba dentro l'imbrunire'

Detto questo, chiudo con una citazione tratta da un libro il cui titolo, *La dittatura del calcolo*, dice già tutto. Tanto più se si considera che si tratta di un libro scritto da un matematico. Scrive Paolo Zellini:

Anche in presenza dei più perfezionati algoritmi si è obbligati a rimandare a qualcosa di esterno al loro meccanismo, a una responsabilità e a una libertà radicale che forse non esiste neppure, e che coincide infine con quella essenziale incompletezza che la tradizione filosofica e sapienziale, come pure le ricerche sulla natura della coscienza, hanno ontologicamente identificato come l'essenza stessa dell'uomo.⁴⁰

Ecco, *si è obbligati a rimandare*, afferma Zellini. Bene, credo che la posta in gioco risieda proprio in questo obbligo. Se vogliamo ancora pensare di essere i signori delle macchine, infatti, è con questo obbligo che dobbiamo fare i conti. Con questo obbligo di pensare che ci sia qualcos'altro oltre alle macchine. E che quest'altro sia l'uomo, con la sua libertà e la sua responsabilità. E, in definitiva, con la sua essenziale incompletezza. Quella stessa essenziale incompletezza che fa

37 La questione coinvolge evidentemente l'annoso (e sconfinato) tema della libertà (o meno) dell'arbitrio umano, elegantemente affrontato da ultimo da Trautteur 2020.

38 Riprendo, qui, quanto scritto da Tommaso Greco a proposito dell'"applicazione automatica e tecnologizzata delle norme": "Si tratta [...] di un cambio radicale del paradigma al quale siamo abituati quando pensiamo al diritto: viene meno, in questi casi, quello che Hans Kelsen considerava la caratteristica fondamentale del fenomeno giuridico, sostituita dalla caratteristica tipica delle leggi della natura. In altre parole – che poi sono parole kelseniane – il nesso di *imputazione* sembra lascia il terreno al nesso di *causalità*" (Greco 2019: 157).

39 Deleuze-Guattari 2002: X.

40 Zellini 2018: 21. Di "dittatura degli algoritmi", peraltro, parlava già Stefano Rodotà (Rodotà 2014: 37).

sì che nessun giudizio possa essere ridotto a un puro e semplice calcolo, né a una pura e semplice previsione dei suoi esiti. Solo questo ‘rimando’ ci consentirà di sfuggire alla dittatura del calcolo. E, per dirla con Franco Battiato, di *trovare l'alba dentro l'imbrunire...*

Bibliografia

- Adorno, T.W., 2007, *Terminologia filosofica*, Torino: Einaudi.
- Amato, S., 2020, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino: Giappichelli.
- Aristotele, *Metafisica*, (in M. Heidegger, *Filosofia e cibernetica*, cit.,).
- Bodei, R., 2019, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Bologna: Il Mulino.
- Carleo, A., (a cura di) 2017, *Calcolabilità giuridica*, Bologna: Il Mulino.
- Casadei, T. – Pietropaoli, S., 2021, “Tra urgenza e prospettiva: uno sguardo d’insieme su diritto e tecnologie”, in T. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano: Wolters Kluwer, XI-XVI.
- Castelli, C. – Piana, D., 2018, “Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi”, *Questione giustizia*, 4, 153-165.
- Deleuze, G. – Guattari, F., 2002, *Che cos’è la filosofia?*, Torino: Einaudi.
- Derrida, J., 1996, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Catanzaro: Abramo.
- Derrida, J. – Ferraris, M., 1997, *Il gusto del segreto*, Roma-Bari: Laterza.
- Domingos, P., 2016, *L'Algoritmo definitivo*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Ferraris, M., 2021, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Roma-Bari: Laterza.
- Floridi, L., 2017, *La quarta rivoluzione industriale. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano: Cortina.
- Floridi, L., 2020, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano: Cortina.
- Foster Wallace, D., 2009, *Questa è l'acqua*, Torino: Einaudi.
- Fry, H., 2018, *Hello World. Essere umani nell'era delle macchine*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Galimberti, U., 1999, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano: Feltrinelli.
- Garapon, A., – Lassègue, J. 2021 [2018], *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris: PUF; ed. it. a cura di M.R. Ferrarese, trad. it. di F. Morini, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna: Il Mulino.
- Greco, T., 2019, “Tecnologie giuridiche della sicurezza”, in C. Buzzacchi, P. Costa, F. Pizzolato (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Milano: Giuffrè, 151-161.
- Hart, H.L.A., 2002, *Il concetto di diritto*, Torino: Einaudi.
- Heidegger, M., 1988, *Filosofia e cibernetica*, Pisa: ETS.
- Irti, N., 2016, *Un diritto incalcolabile*, Torino: Giappichelli.
- Lettieri, N., 2021, “Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico”, *Ars Interpretandi*, n. 1.
- Lettieri, N., 2020, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena: Mucchi.
- Neurath, O., 1968, *Fondamenti delle scienze sociali*, in Id., *Sociologia e neopositivismo*, Roma: Ubaldini.
- Pasolini, P.P., 1976, *Lettere luterane*, Torino: Einaudi.

- Pörksen, U. 2011, *Parole di plastica. La neolingua di una dittatura internazionale*, L'Aquila: Textus.
- Punzi, A., 2021, "Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale", *Ars Interpretandi*, n. 1, 123-128.
- Punzi, A., 2019, "Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?", in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna: Il Mulino, 305-316.
- Rilke, R.M., 1980, *Lettere a un giovane poeta. Lettere a una giovane signora. Su Dio*, Milano: Adelphi.
- Rodotà, S., 2014, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari: Laterza.
- Romeo, F., 2020, "Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 107-124.
- Sheppard, R.Z., 1971, "Books: Rock Candy", *Time*, <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,905004,00.html>
- Simoncini, A., 2019, "L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà", *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 63-89.
- Tegmark, M. 2018, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano: Cortina.
- Trautteur, G., 2020, *Il prigioniero libero*, Milano: Adelphi.
- Velluzzi, V., 2013, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa: ETS.
- Viola, L., 2017, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Milano: Diritto Avanzato.
- Zaccaria, G., 2021, "Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive", *Ars Interpretandi*, n. 1, 29-52.
- Zaccaria, G. 2020, "Figure del giudicare: calcolabilità, precedente, decisione robotica", *Rivista di diritto civile*, 66(2), 277-294.
- Zellini, P., 2018, *La dittatura del calcolo*, Milano: Adelphi.

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, 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, sosterrei 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 li 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 lacanianiana. 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 lacanianiano (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

Margherita Vestoso*

*Diritto e tecnologia: una riflessione critica sui contenuti
di un rapporto in continua evoluzione***

Abstract: The work reviews “Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali”, a book edited by Thomas Casadei and Stefano Pietropaoli, offering insights on how digital society has transformed the relationship between law and technology. Resulting from an interesting interdisciplinary reflection, the essays presented in the book try to shed light, in particular, on the numerous and complex issues that cross such a scenario which is partly still unexplored. Our work aims to sketch, in its essential features, the path traced by these reflections, taking into account the plurality of the themes dealt with, the different angles, and the numerous points of contact that put the same topics in close communication with one another.

Keywords: Legal informatics, Law, Open data, Algorithmic governance, Technoregulation

1. Introduzione

Da sempre, la narrazione sulle origini dell’Informatica giuridica è accompagnata dalla distinzione fra lo studio dei processi regolativi che hanno ad oggetto la tecnologia (ossia, il *diritto dell’informatica*) e l’approfondimento delle soluzioni informatiche che possono contribuire al miglioramento dell’attività pratica e di ricerca dei giuristi (ossia, l’*informatica del diritto*).

La rivoluzione digitale ha tuttavia reso la tecnologia il fulcro intorno al quale orbita gran parte della vita degli individui, trasformandola nella fonte di servizi, processi informativi e modelli di accesso alla conoscenza precedentemente inediti. Si tratta di fenomeni che hanno contribuito a modellare le dinamiche più profonde della società, ridefinendone valori, costumi e istituzioni. Il rigore di quel distinguo ha finito così per scontrarsi con l’impossibilità di separare in modo nitido lo studio propedeutico all’identificazione dei rischi e dei confini normativi della tecnologia dall’esplorazione dei vantaggi, offerti da quest’ultima, sul piano dei contenuti, degli strumenti conoscitivi e della disponibilità di nuovi modelli operativi.

* Assegnista post-dottorato, Università degli studi di Napoli “Federico II”, Dipartimento di Giurisprudenza.

** Recensione al volume Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di) (2021), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Kluwer.

L'idea di una separazione netta fra le questioni di diritto dell'informatica e quelle di informatica del diritto è andata così in crisi, spingendo una parte della comunità giuridica a ricercare nuove letture del rapporto fra diritto e tecnologie, capaci di un inquadramento più ampio ed organico dei temi che ruotano intorno ad esso¹.

Rivisitando in modo originale lo schema tradizionale del manuale universitario, il volume "Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali", a cura di Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli, si confronta con questa sfida, provando ad attraversare in maniera trasversale lo spettro delle questioni riconducibili all'interazione fra diritto e tecnologie digitali.

Il volume, parte della Collana COMPLEX – Diritto, computazione, complessità, diretta dagli stessi Autori, si pone all'esito di un interessante percorso di riflessione interdisciplinare².

Nelle prossime pagine si proverà a ricostruire, nei suoi tratti essenziali, il percorso tracciato da questa riflessione, tenendo conto della pluralità dei temi trattati ma anche dei numerosi punti di contatto che pongono gli stessi temi in stretta comunicazione gli uni con gli altri, delineando una visione comprensiva e d'insieme.

2. Il diritto nella società digitale: un quadro complesso

I contributi presentati all'interno del volume provano a raccontare le molteplici problematiche giuridiche cui lo sviluppo tecnologico ha esposto – e continua ad esporre – il diritto, nonché le sfide etico-sociali generate da questioni indubbiamente complesse.

Il pubblico di riferimento non è rappresentato, pertanto, dai soli giuristi in formazione, ma da tutti coloro che si relazionano con il mondo del diritto, dagli operatori agli studiosi ai privati cittadini, che potranno trovare nell'opera nozioni e spunti essenziali allo sviluppo di un'interazione consapevole con i fenomeni della società digitale.

Anche per questo, i contenuti del volume sono presentati secondo una struttura modulata su quattro macroaree di interesse.

La Parte I, che accoglie i contributi di Simone Scagliarini (pp. 3-12), Fernanda Faini (pp. 17-28), Noemi Miniscalco (pp. 31-42), Gianluigi Fioriglio (pp. 45-54) e Gianmarco Gomez (pp. 57-63), si occupa di tratteggiare le caratteristiche salienti dell'interazione fra tecnologia, diritti fondamentali e istituzioni, mettendo in ri-

1 Spunti in questa direzione possono essere tratti da letture diverse. A titolo puramente esemplificativo, si v. Faini & Pietropaoli 2021 [2017]; Taddei Elmi 2014; Sartor 2014; Fioriglio 2004. Per un approfondimento sulla riflessione giusfilosofica che ha accompagnato l'emergere dell'Informatica giuridica quale autonoma disciplina, si v., a titolo esemplificativo, Frosini 1975: 26-35; Losano 1971: 867-871.

2 I contenuti sono il frutto di elaborazioni maturate grazie alla collaborazione tra il Laboratorio "Hans Kelsen" dell'Università di Salerno, l'Officina informatica su "Diritto Etica Tecnologia – DET" del CRID – Centro di Ricerca su Discriminazioni e vulnerabilità dell'Università di Modena e Reggio Emilia e gli studiosi e le studiose che hanno preso parte a "Keywords. Le parole del nuovo diritto", una serie di incontri seminariali realizzato presso l'Università di Firenze.

salto il nuovo significato che all'interno di questa interazione assumono principi come quello di *eguaglianza, trasparenza amministrativa, riservatezza, tutela della salute, democrazia*.

La Parte II è invece dedicata all'impatto esercitato dal processo di digitalizzazione sulla sfera giuridica soggettiva dei privati. Filippo Murino (pp. 71-86), Iacopo Senatori (pp. 91-101), Federico Costantini (pp. 105-117), Sandro Luce (pp. 121-129) e Raffaella Brighi (pp. 135-144) affrontano il tema da angolazioni diverse, riflettendo, ciascuno in relazione ad un particolare aspetto, sulla natura dei diritti e sulle nuove forme tutela che vengono oggi configurandosi nel variegato scenario della società digitale. I temi trattati vanno dalle nuove espressioni della documentalità nel contesto giuridico (si pensi al documento informatico e agli smart contract) ai controversi profili dello smart working, dalla giustizia elettronica alle strategie informatiche idonee a garantire la sicurezza pubblica e privata dei dati.

La parte III, scandita dai contributi di Michele Ferrazzano (pp. 151-161), Francesco di Tano (pp. 165-176), Chiara Celesti e Stefano Dorigo (pp. 179-185), Diego Mauri (pp. 191-202), Elisa Orrù (pp. 203-212), guarda invece alla dimensione processuale dell'innovazione tecnologica, riflettendo sul tipo di supporto che quest'ultima può offrire all'attività dei magistrati, sulle recenti declinazioni del concetto di reato informatico e sui rischi che si annidano nel ricorso inconsapevole a strumenti algoritmici di sorveglianza.

La Parte IV, infine, offre una riflessione di taglio giusfilosofico e sociologico-giuridico sul progresso tecnologico e sulle profonde trasformazioni sociali da questo indotte. Con i loro contributi, Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli (pp. 219-230), Serena Vantin (pp. 233-244), Barbara Giovanna Bello (pp. 247-260), Valeria Marzocco (pp. 263-272) e Rosaria Piroso (pp. 275-284) provano a far luce sul ruolo ambivalente che l'intelligenza artificiale può svolgere nel mondo del diritto e, più in generale, nella società, trasformarsi facilmente da mezzo di discriminazione in strumento di contrasto alle ingiustizie. Gli Autori e le Autrici estendono qui l'esplorazione del rapporto diritto e tecnologia alla dimensione culturale ed etica, concentrandosi sulle questioni poste da temi come il divario digitale, l'odio in rete ovvero la tutela giuridica del "corpo elettronico", emblemi di quel processo di virtualizzazione dell'esistenza sul quale sembra impernarsi il funzionamento della società algoritmica.

Nei paragrafi che seguono proveremo ad approfondire alcune delle questioni affrontate all'interno dell'opera, riproponendo, in un'ottica di continuità logica con le riflessioni offerte dai diversi Autori e Autrici, lo schema in quattro parti che ne caratterizza la struttura complessiva.

3. Diritti fondamentali e istituzioni nell'era della digitalizzazione

Nell'introdurre la prima parte del volume, Simone Scagliarini pone in evidenza un concetto tanto semplice quanto essenziale, quello secondo cui diritti costituzionali ed evoluzione della tecnica sono legati da un rapporto di reciproca evoluzione. Se i primi, infatti, pongono le condizioni perché la seconda si realizzi, quest'ultima, una

volta avveratasi, finisce per incidere sulla forma dei primi, partecipando al loro incessante mutamento. Un processo divenuto ancor più evidente nello scenario della società digitale, e che è andato accentuandosi durante l'emergenza pandemica, che ha portato con sé l'ineludibile bisogno di ricorrere agli strumenti informatici e alla rete.

Tutto ciò, precisa Scagliarini, ha contribuito ad ampliare il peso costituzionale di problemi, già esistenti, in vario modo collegati all'uso di questi strumenti. Il primo, è quello del *digital divide*, ossia dal diverso grado di accesso alla tecnologia che, per motivi di età, genere, scolarizzazione o disponibilità di risorse economiche, si registra tra le diverse fasce della popolazione. Il secondo è quello delle discriminazioni derivanti dalle deroghe al principio della *net neutrality*³ che, ove esistenti, lasciano i provider dei servizi di rete liberi di operare delle differenziazioni sul piano dei contenuti accessibili agli utenti e delle modalità di accesso al servizio. Problemi che restano ancora oggi in attesa di risposte adeguate.

Occorre sottolineare, peraltro, che il bisogno di definire con maggiore chiarezza i confini costituzionali del legame fra i cittadini e la rete non è certamente nuovo. Già da qualche tempo si discute sull'opportunità o meno di una modifica alla Carta costituzionale volta all'introduzione di un autonomo diritto di accesso alla Rete, intesa come luogo virtuale di esercizio dei diritti di cittadinanza. Nel suo contributo, Fernanda Faini riflette su questo tema evidenziando come il riconoscimento di specifici diritti digitali ai cittadini – sia esso di natura costituzionale o meno – porti con sé la speculare esigenza di cogliere il ruolo che le istituzioni sono chiamate a svolgere in questo contesto.

Come sottolineato dall'Autrice, la rinnovata fisionomia della società contemporanea, innescata dalle tecnologie informatiche, ha determinato l'evoluzione di nuovi modelli di governo: il volto della pubblica amministrazione si è trasformato, nel tentativo di far fronte in maniera efficace alle esigenze poste dalle nuove espressioni della società. Queste evidenze legittimano, secondo Faini, una rivisitazione dello stesso concetto di amministrazione digitale, da intendersi sempre più come ripensamento delle logiche e dei processi che scandiscono l'azione pubblica. La digitalizzazione potrebbe infatti aprire le porte ad una semplificazione dei processi di accesso, consultazione e riutilizzo dei dati e degli strumenti su cui si fonda l'azione della pubblica amministrazione, rendendo l'operato di quest'ultima più visibile e insieme più consapevole⁴.

3 Il concetto di *net neutrality* è proposto dall'Unione Europea con il regolamento 2120/2015. L'articolo 3 di questo regolamento chiarisce che i fornitori di servizi di accesso a internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione dei contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate.

4 Si segnala che alcune recenti riforme sembrano guardare in questa direzione. Accanto al già noto Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), che si occupa di definire il contenuto dei diritti digitali dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni, un ruolo importante in questo senso va riconosciuto anche alla l. 124/2015, cd. *Legge Madia*, che nel riformare la PA ha provato a spostare la prospettiva della digitalizzazione dalle amministrazioni ai cittadini. Per un approfondimento sul tema, si v. Carloni 2019 :363-392.

Peraltro, come evidenzia Gianmarco Gomez con il suo contributo, a trarre beneficio da un processo di digitalizzazione della PA inteso in questi termini non è solo la trasparenza ma la stessa partecipazione alla vita democratica del Paese. La possibilità di leggere in chiaro le attività compiute dagli amministratori pubblici, a tutti i livelli, rende più semplice non solo il controllo sull'operato di questi ultimi ma anche il trasferimento in spazi virtuali condivisi della discussione che precede il processo decisionale. Seppur distinti, dunque, i concetti di *cittadinanza digitale*, *open-government* e *e-democracy* restano tra loro fortemente interconnessi e destinati a crescere secondo un modello sinergico.

Naturalmente, perché questo modello funzioni, è necessario che la persona resti al centro, con tutti i suoi interessi e bisogni. La ricerca dell'innovazione deve accompagnarsi ad una riflessione strutturata sui rischi che la tecnologia porta con sé, in termini di violazione della privacy o di discriminazioni. Interessanti spunti in questa direzione possono essere tratti dal contributo di Noemi Miniscalco che prova a far luce sulle declinazioni che la tutela della personalità assume nella società digitale. L'Autrice si concentra, in particolar modo, su tre declinazioni del concetto di personalità: *protezione dei dati personali*, *tutela dell'identità personale* e *diritto all'oblio*. Di queste declinazioni esamina, accanto alla storia e alle evoluzioni, l'interazione con lo spazio ambiguo della rete, alla luce dello stretto legame che ciascuno di essi presenta oggi con Internet e con le nuove modalità di produzione e utilizzazione della conoscenza da questo abilitate.

Il messaggio che emerge dalle parole dell'Autrice è che, al netto delle garanzie normative esistenti, i singoli devono sforzarsi di agire in maniera consapevole sul web, rappresentandosi le potenziali conseguenze delle proprie operazioni. Se il legislatore è il principale responsabile dell'evoluzione che i citati diritti possono subire nell'interazione con la rete, una parte di responsabilità resta pur sempre in capo ai cittadini, che sono chiamati a sfruttare i vantaggi di Internet senza mai smettere di essere vigili rispetto ai rischi che esso comporta.

L'invito a condividere informazioni in maniera oculata vale ancor più, peraltro, quando ci si muove in un'area particolarmente delicata com'è quella della salute. Al tema dà voce Gianluigi Fioriglio che illustra molto dettagliatamente l'emergente fenomeno dell'*e-health* evidenziandone sfumature tecnologiche e giuridiche. L'attenzione ricade, in particolare, sul diverso regime cui sono sottoposte le tecnologie che attraversano il mondo sanitario. Se con riguardo ai dispositivi medici, infatti, il legislatore si è premurato di fissare confini ben precisi, lo stesso non può dirsi per dispositivi e servizi di natura commerciale che, pur interagendo con dati relativi alla salute degli utenti, operano all'interno di una sorta di *zona grigia*.

La disparità di regime assume ancor più rilievo se combinata con la recente evoluzione algoritmica del settore sanitario, basata sull'impiego sempre più frequente di sistemi di *machine learning* capaci di sfruttare dati sensibili per effettuare ogni genere di inferenza⁵. I pericoli che si pongono in questo senso, secondo Fioriglio,

5 Per un approfondimento sui fattori che spingono a mettere in discussione l'affidabilità

vanno in due direzioni: da un lato, c'è il timore che questo genere di strumenti possa essere utilizzato per finalità non legate al mondo sanitario e addirittura illecite; dall'altro, il rischio di fare eccessivo affidamento sulla neutralità e qualità delle risposte fornite da tali sistemi, anche quando usati a supporto di decisioni di natura medica.

L'esigenza che emerge, con tutta evidenza, è quella di una più attenta ed organica regolazione di questo complesso scenario, che sappia bilanciare la spinta verso lo sviluppo di strumenti utili e innovativi con l'irrinunciabile bisogno di tutelare la persona e la sua dignità.

4. Diritti dei privati e nuove tutele nella società digitale

La Parte II del volume, come anticipato, guarda al mondo dei diritti dei privati e alle nuove forme di tutela che vengono oggi configurandosi per effetto della loro interazione con la tecnologia.

Il contributo di Filippo Murino, che apre questa seconda parte, si concentra in particolare sul rapporto fra tecnologia e "documentalità". Nel ripercorrere le principali fasi evolutive del concetto di documento informatico, l'Autore pone in evidenza le questioni che nascono dall'incontro fra i meccanismi già noti di autenticazione e conservazione dei documenti informatici e la tecnologia *blockchain*, con un occhio particolare ai rischi che si annidano nel connesso fenomeno degli *smart contract*.

Il modello tradizionale, che chiedeva di affidare ad un ente terzo autorevole (un pubblico ufficiale o un privato accreditato) il processo di gestione e certificazione dei documenti, è stato in effetti messo in crisi dal sistema decentralizzato della *blockchain*, che suddivide il peso computazionale del processo di gestione in pacchetti distribuiti lungo una rete di computer (i nodi) capaci, in quanto connessi a internet, di scambiare informazioni in maniera autonoma, senza alcuna autorità di vigilanza centrale. La logica *peer-to-peer* e il peculiare sistema di marcatura temporale che caratterizzano questa tecnologia offrono, senza dubbio, dei vantaggi sul piano dell'affidabilità del processo e della riduzione del rischio di corruzione. Tuttavia, come ricorda Murino, le criticità non mancano. Emblematico è il caso degli *smart contract*, dove la *blockchain*, da un lato, semplifica la fase di esecuzione e conferisce maggiore trasparenza alle obbligazioni, dall'altro, conferisce estrema complessità al contratto, rendendone difficile l'analisi in sede giudiziaria.

Occorre precisare, peraltro, che lo sviluppo di tecniche informatiche di ottimizzazione sempre più raffinate ha indirizzato verso una logica "smart" non solo la contrattazione, ma anche il mondo del lavoro. Come racconta Iacopo Senatori nel suo contributo, la trasformazione digitale ha esercitato un impatto importante su forma, contenuti e modelli di gestione del rapporto di lavoro, con conseguenze spesso contraddittorie. Nel delineare le caratteristiche dello *smart working*, l'Auto-

re sottolinea infatti come questo modello, che pure consente una maggiore flessibilità e un miglioramento dei processi di organizzazione e produzione, apra le porte a rischi significativi sul piano della tutela dei lavoratori e delle lavoratrici.

Uno di questi è senza dubbio l'*iperconnettività*. La disponibilità di tecnologie che consentono al lavoratore di prestare la propria attività rimanendo connesso in modo potenzialmente illimitato con colleghi e superiori rischia di far sfumare il confine tra i tempi del lavoro e quelli della vita privata. A questo rischio, in parte arginato dall'introduzione di previsioni normative ad hoc, se ne aggiungono altri. Le modalità delocalizzate di svolgimento della prestazione, su cui si fonda lo *smart working*, potrebbero infatti favorire un'alterazione dell'equilibrio dei poteri fra datore e prestatore di lavoro, o compromettere l'integrità psicofisica dei lavoratori o, ancora, aprire le porte a vulnus di tipo informatico e rendere possibile la violazione di dati sensibili dei lavoratori.

Quest'ultimo profilo problematico si collega alla riflessione presentata da Raffaella Brighi in tema di sicurezza informatica, ove si evidenzia il ruolo centrale rivestito in questo senso dalla predisposizione di misure organizzative e tecniche orientate al controllo del rischio. Nel suo discorso, Brighi opera una differenziazione sul piano dei vulnus informatici che possono mettere a rischio la sicurezza di un sistema, cui si ricollegano conseguenze spesso molto diverse. Un'attenzione particolare è dedicata, in questo senso, ad alcune forme recenti di cyber minacce, come le guerre di informazioni (*information warfare*), capaci di modificare in maniera silente i rapporti fra gli stati, o le evoluzioni del crimine informatico ispirate al modello del *Crime as a service*, basate sull'offerta di software che consentono di sferrare attacchi informatici senza il bisogno di particolari competenze tecniche nel settore.

Lo scenario descritto conferma l'idea che la tecnologia tenda oggi a produrre sempre più spesso cambiamenti sostanziali, generando nuovi fenomeni collettivi, nuove fattispecie di interesse giuridico, e non semplici aggiornamenti formali delle attività che scandiscono il vivere sociale. Il discorso, come si è già avuto modo di osservare, è trasversale, interessando contesti molto diversi fra loro, dall'amministrazione pubblica al mondo del lavoro, dalla partecipazione democratica alla criminalità.

In alcuni settori, la natura sostanziale del cambiamento è probabilmente anche più visibile che in altri.

È così, ad esempio, per il diritto d'autore, istituto giuridico che, come segnalato da Sandro Luce nel suo intervento, molto ha risentito dell'avvento della rivoluzione digitale. Il modo di articolarsi della creatività intellettuale e delle relative tutele è infatti fortemente mutato per effetto di Internet e dello sviluppo di modalità alternative di diffusione della conoscenza, che hanno reso possibili nuove forme di creazione, distribuzione e acquisizione di opere letterarie e artistiche.

Il problema è, secondo l'Autore, nell'inadeguatezza della risposta giuridica a questo mutamento. Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno reagito rafforzando le garanzie delle grandi compagnie di produzione. La stessa tecnologia è stata impiegata in questo senso, con i sistemi di *Digital Rights Management* che sfruttano misure crittografiche di protezione per amplificare la dimensione delle limitazioni. Una soluzione che ha finito sostanzialmente per ampliare le ipotesi di violazione del

diritto d'autore, mancando peraltro di cogliere lo spirito con cui Lawrence Lessig suggeriva di ibridare tecnologia e tutela dell'autorialità⁶. I mutamenti normativi non sono stati in grado di cogliere le reali potenzialità di questa transizione. Necessario sarebbe stato, come suggeriva Lessig, orientarsi verso un *framework* giuridico di più ampio respiro, capace di tutelare la dimensione collettiva della creazione artistica, più che quella delle singole compagnie di produzione. Una condizione che il carattere generalizzante ed escludente del copyright continua a lasciare disattesa.

La riflessione sull'impatto esercitato dal processo di digitalizzazione sulla sfera giuridica soggettiva dei privati si chiude con il contributo di Federico Costantini che offre spunti interessanti sull'informatizzazione del mondo giudiziario e sugli effetti da questa prodotti sul piano delle condizioni logistiche e organizzative dell'attività processuale. L'idea qui suggerita è che l'evoluzione in senso digitale del processo non possa essere letta solo come un modo per semplificare l'attività documentale collegata al giudizio. Essa costituisce, piuttosto, l'occasione per rivedere, secondo uno schema più in linea con le esigenze poste dalla realtà, l'interazione fra i diversi soggetti dell'attività processuale, dai magistrati alle parti. Il rischio, in caso contrario, è che la tecnologia accentui la distanza fra di essi, deformando la natura dialettica del processo e neutralizzando il significato degli atti che all'interno di questo si producono.

5. Risvolti processuali, tributari, penali, internazionali delle nuove tecnologie

La Parte III del volume espande la riflessione sui risvolti processuali dell'innovazione tecnologica, ponendo l'attenzione sulla natura del supporto che quest'ultima può offrire ai diversi attori del mondo giudiziario ovvero sulle nuove forme di tutela processuale nate per contrastare e controllare fenomeni propri della società digitale, come le criptovalute, il cybercrime o i sistemi *mass surveillance*.

Quanto al primo profilo, è opportuno considerare che le nuove tecnologie hanno innovato l'operato non solo di magistrati e avvocati ma anche di altre figure coinvolte nell'attività processuale, collaterali al mondo del diritto. Una fra queste, come suggerito da Michele Ferrazzano, è quella dell'esperto di *computer forensic*. Con l'avvento della società digitale, in effetti, il numero di casi processuali improntati su prove contenute in dispositivi tecnologici è andato crescendo, assegnando agli informatici forensi un valore sempre più strategico. Il nuovo ruolo ha richiesto a questi ultimi, allo stesso tempo, di ampliare il proprio bagaglio di conoscenze, acquisendo non solo necessarie competenze informatiche e giuridiche ma anche schemi comunicativi idonei a rendere facilmente comprensibili i risultati di un'attività analitica sempre più specializzata. Si tratta di un percorso formativo la cui complessità tenderà sicuramente a crescere nei prossimi anni, se si tiene conto

6 Spunti interessanti in questa direzione possono essere rinvenuti in Lessig 2003: 1. Le tesi di Lessig, introdotte nel dibattito italiano da Vittorio Colomba (cfr. Lessig 2005: 17-76; il saggio è stato ristampato in Colomba 2016: 38-75), sono oggi al centro di riflessioni diverse: per un inquadramento si v. la nota Vantin 2017: 95-98.

della rapidità con cui si allarga il numero di fenomeni giuridicamente rilevanti che sono oggi mediati dalla tecnologia.

Un sintomo di questa sorta di “deriva tecnologica” della realtà è rappresentato dalla crescita subita dal catalogo dei reati informatici nel corso di questi anni. Il fenomeno è ben fotografato da Francesco Di Tano, che ne riporta le evoluzioni specificando, peraltro, i limiti che il consolidato distingue tra reati informatici propri (reati commessi direttamente a mezzo o a danno di dispositivi informatici) e impropri (reati comuni che possono prevedere per la loro integrazione – senza che questo ne costituiscono requisito necessario- l'utilizzo di mezzi informatici) incontra nello scenario della società digitale, le cui manifestazioni, pur non rappresentando assolute novità sul piano criminale, non possono comunque essere ricondotte *in toto* a fattispecie di reato già esistenti.

È questo il caso, ad esempio, dell'odio in rete, fenomeno che nasce dalla possibilità di riversare su Internet condotte discriminatorie ai danni di gruppi e minoranze etniche o religiose, di esponenti politici e di altre categorie di individui di volta in volta scelti come bersaglio. Non molto diverso è il caso del *cyberstalking*, che viene fuori dall'estensione del già noto reato di *stalking*, caratterizzato dall'intromissione minacciosa e indesiderata nella vita altrui, al mondo dei social network e, in generale, della comunicazione online.

Peraltro, come messo in evidenza da Chiara Celesti e Stefano Dorigo nel loro contributo, problemi di inquadramento giuridico si presentano non solo in queste ipotesi squisitamente criminose, ma anche in occasione di altri fenomeni mediati dalla tecnologia. L'attenzione dei due Autori ricade, in particolare, sul mondo delle criptovalute o, per dirla con loro, delle “criptoattività”: strumenti finanziari, spesso utilizzati per concludere transazioni fra privati, che presentano natura immateriale e assenza di un contesto regolatorio di tipo pubblico.

Le caratteristiche proprie di questi sistemi contribuiscono in effetti a conferire una certa opacità giuridica alle operazioni che si svolgono per mezzo di essi, rendendo difficile non solo l'inquadramento delle fattispecie di reato ad esse collegate (si pensi al *cyberlaundering*⁷) ma anche la tassazione e il monitoraggio fiscale di queste operazioni.

Vale la pena sottolineare che la tecnologia *blockchain*, su cui poggia l'intero impianto delle criptoattività, è nata per offrire una risposta concreta a un sentimento libertario diffusosi all'interno della comunità informatica intorno agli anni '80. L'idea, estremizzata da esponenti del movimento cyberpunk, era quella di rendere il più possibile sicura la comunicazione virtuale così da incoraggiare gli individui a ricorrervi in maniera quasi esclusiva e ridurre il rischio di scontri fisici fra le persone⁸.

7 L'espressione è utilizzata per indicare la trasposizione in chiave informatica dei delitti di cui agli artt. 648-bis c.p. e 648-ter.1 c.p., riferendosi, in termini ampi, alle ipotesi di riciclaggio realizzate sfruttando internet e tecnologie digitali. Per un inquadramento del tema v. Plantamura 2019: 859 ss.

8 Per un approfondimento sulle radici filosofiche della *blockchain*, si v. Swan & De Filippi 2017: 603-619; Karlström 2014: 23-36.

Le manifestazioni concrete di questa filosofia hanno tuttavia finito per tradirne gli ideali di fondo.

Il “cyberspazio” che questa tecnologia ha contribuito a modellare può essere definito oggi, prendendo in prestito le parole usate da Diego Mauri nel suo contributo, la “quinta dimensione” della conflittualità, un dominio attraverso il quale può essere impiegata la forza, con effetti distruttivi che possono manifestarsi anche su larga scala. Emblematico è il caso dei *cyberattacchi*: attacchi informatici capaci di mettere a rischio la stabilità e la sicurezza di interi Stati mandando in tilt sistemi strumentali al funzionamento di servizi essenziali, come quelli bancari o sanitari.

I pericoli collegati al cyberspazio o, più in generale, alla raccolta, modifica e scambio di informazioni attraverso la rete non presentano sempre effetti così immediati ed eclatanti. Alcuni assumono, al contrario, forme sottili, meno evidenti, ma non per questo meno dannose. La riflessione di Elisa Orrù sulle nuove forme di “panottismo digitale”, aiuta a far chiarezza sul tema. La studiosa si interroga in particolare sulle conseguenze del ricorso sempre più frequente a strumenti di web intelligence, sorveglianza delle comunicazioni digitali, controllo informatico della mobilità e *predictive policing*, evidenziando l’impatto negativo esercitato da tali sistemi su valori centrali delle società democratiche e dello stato di diritto, come l’autonomia, la libertà di pensiero e di espressione, il principio di non discriminazione, la tutela della vita privata e dei dati personali.

Alcuni di questi pericoli sono in parte arginati dall’attuazione di meccanismi di auto-censura e da interventi di tipo giuridico e tecnologico. Molto resta ancora da fare, tuttavia. Come sottolinea Orrù, la protezione di valori costitutivi dello stato di diritto non può passare solo per le scelte dei singoli. È necessario, perché i singoli siano posti in condizione di effettuare scelte consapevoli, che il contesto normativo, sociale ed economico si aggiorni, offrendo risposte più puntuali.

6. Intelligenza artificiale e trasformazioni sociali

I contributi finora esaminati offrono senza dubbio una interessante ricostruzione delle numerose dimensioni che oggi assume il rapporto fra diritto e tecnologia, tratteggiando opportunità e criticità da questo generate in contesti diversi, dal mondo del lavoro alla pubblica amministrazione, dal cyberspazio alle aule giudiziarie. L’immagine che ne emerge è quella di una relazione che si trova continuamente di fronte alla sfida di ricercare nuovi punti di equilibrio, nuovi criteri di interazione.

D’altra parte, gli sviluppi della *computer science* hanno finito negli ultimi decenni per condizionare ogni aspetto della vita dell’uomo, come singolo e come membro della collettività. La disponibilità di un numero crescente di dati – frutto anche del progressivo trasferimento in rete di gran parte delle interazioni sociali⁹ – e l’evoluzione di modelli sempre più sofisticati di intelligenza artificiale

9 Per una dettagliata ricostruzione dello scenario, si v. Mayer-Schönberger & Cukier 2013. Spunti interessanti sul ruolo svolto dalla rete e dai big data nella ridefinizione del concetto

hanno conferito nuova forma alla realtà quotidiana, modificando il modo di pensare e di essere della società.

Non è un caso che parole come *big data*, IA o *machine learning* siano ormai entrate nel lessico comune, ricorrendo con una certa frequenza nei discorsi del quotidiano. Appare ragionevole domandarsi, tuttavia, quale sia la consapevolezza che noi tutti abbiamo di simili fenomeni, protagonisti delle trasformazioni sociali in atto? Sui risvolti di questo interrogativo si soffermano i curatori del Manuale, Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli, nell'ultima parte del volume. Il loro contributo ripercorre le fasi che hanno segnato l'evoluzione del paradigma dell'Intelligenza Artificiale, riflettendo non solo sulle opportunità ma anche sulle controverse questioni etiche, sociali e giuridiche dischiuse dallo stesso.

Gli autori ragionano, fra le altre cose, sui vantaggi e sui pericoli riconducibili al verificarsi di scenari normativi "sintetici", facendo riferimento, con questa espressione, all'eventualità – non così remota – che le interazioni umane si svolgano all'interno di ambienti governati prevalentemente da regole scritte in linguaggio formale, ossia in un linguaggio accessibile e processabile solo ad opera di una macchina. Il pericolo, segnalato da Casadei e Pietropaoli, è che l'interazione fra mondo digitale e agire umano finisca col produrre non tanto o non solo benefici per la società ma forme di governo del primo sul secondo.

Come sottolineato, peraltro, il timore in questione si ricollega a molti degli scenari tecnologici attuali. Si pensi, solo per fare un esempio, ai vincoli materiali – iscritti nel codice informatico – che condizionano l'operato di chiunque interagisca con la rete. Un profilo critico che assume manifestazione più complesse nel contesto dell'altro fenomeno segnalato all'interno del capitolo, ossia l'intelligenza aumentata, intesa come diffusione di modelli che si propongono non di sostituire ma di potenziare l'intelligenza umana attraverso l'integrazione – anche nella forma dell'innesto fisico – con specifici strumenti hardware e software.

L'obiettivo che sembra animare il discorso dei due Autori è soprattutto quello di porre i lettori a confronto con questioni sì di frontiera ma destinate a materializzarsi sempre più rapidamente nel vivere quotidiano, con effetti che il diritto non potrà certo permettersi di ignorare. La sensazione è che, nell'interagire con i nuovi scenari tecnologici, la scienza giuridica sia sempre più spesso costretta a ridefinire i suoi confini, pressata dalla comparsa di fenomeni che insistono non su aspetti formali ma sullo stesso tessuto valoriale che orienta la funzione ordinatrice del diritto.

La riflessione offre una buona introduzione ai successivi contributi della Parte IV, tesi a fotografare alcuni degli effetti già concretamente prodotti dal descritto processo di trasformazione tecnologica della società.

Un primo interessante contributo in questo senso è offerto da Serena Vantin che si sofferma sull'annoso problema del *digital divide*, ossia del divario fra chi ha la possibilità effettiva di accedere alle tecnologie dell'informazione e chi ne è parzialmente o totalmente escluso. Le parole dell'Autrice delineano in modo puntuale i confini

e le diverse declinazioni del fenomeno. L'attenzione è posta soprattutto sui rischi, in termini di discriminazioni e nuove vulnerabilità personali, che da esso sembrano scaturire e sulla conseguente urgenza di immaginare azioni di contrasto mirate, che sappiano dialogare con la realtà socio-culturale al cui interno il fenomeno si inserisce.

L'idea che le tecnologie digitali possano alimentare nuove e più pervasive forme di discriminazione ritorna anche nel contributo di Barbara Giovanna Bello, che approfondisce il tema dei discorsi d'odio diffusi attraverso internet. Dopo una disamina dei profili che rendono giuridicamente rilevante il fenomeno sociale dell'odio, l'Autrice si sofferma sulle caratteristiche proprie degli *hate speech online*¹⁰, ossia sul problema della diffusione sulla rete di espressioni, termini, messaggi volti a veicolare un contenuto discriminatorio e offensivo nei confronti di categorie specifiche di soggetti. La riflessione offerta si sofferma sulle diverse forme che un problema antico come l'odio può assumere se combinato con i modelli comunicativi della rete, estendendosi poi alle possibili strategie di regolazione e contrasto attuabili in questa direzione.

D'altra parte, come precisato da diversi Autori all'interno del Manuale, il cyberspazio può essere sede di grandi libertà ma anche di profondi pericoli per la dignità della persona. Pericoli che, come sottolinea Valeria Marzocco nel ripercorrere i problemi etico-giuridici collegati al tema della *morte digitale*¹¹, impongono al diritto di evolvere, di ripensare le proprie categorie. Un passaggio che si presenta strumentale e necessario all'elaborazione di strategie di contenimento adeguate o, in alcuni casi, di vera e propria fuga dal mondo digitale.

Anche in questo si sostanzia l'idea, articolata da Rosaria Piroso nel contributo che chiude il volume, di un approccio *critico* allo studio del rapporto fra diritto e tecnologia. Mettendo a confronto la prospettiva dei *Critical Legal Studies* con alcune recenti letture ispirate al movimento dei *Critical Data Studies*¹², la studiosa suggerisce di ridisegnare il quadro concettuale di cui il diritto si serve per rispondere ai problemi posti dalla tecnologia e, in modo particolare, dalle nuove forme di *algorithmic governance*¹³.

Problemi come quello delle discriminazioni digitali, ad esempio, potrebbero essere affrontati utilizzando categorie giuridiche nuove, che non puntano alla gerarchizzazione tra individui e gruppi, e sono in grado di integrarsi con approcci regolativi non convenzionali, ispirati al paradigma della tecnoregolazione.

7. Conclusioni

10 Formula usata per descrivere le manifestazioni di odio che hanno luogo sulla rete.

11 L'espressione si riferisce, per usare le parole della stessa Marzocco, a quella "porzione dell'esistenza, consegnata alla rete attraverso dati e informazioni personali, che sopravvive al decesso naturale dell'individuo".

12 In questo senso, si v. Lettieri 2020.

13 Per una disamina sui vari effetti della regolazione algoritmica, con particolare riguardo all'ambito giuridico, si veda da ultimo il fascicolo monografico, a cura di A.Andronico e Th. Casadei, della rivista *Ars interpretandi*, 26(1), 2021 dedicato a *Algoritmi ed esperienza giuridica*.

La panoramica fin qui proposta suggerisce, ancora una volta, l'idea che il volume *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali* vada oltre la funzione didascalica tipica di una manuale.

Ai contributi presentati, che gettano luce su questioni nuove, complesse e spesso sottovalutate dalla comunità giuridica, può senza dubbio essere riconosciuto il merito di aver provato a far chiarezza sulle molteplici dimensioni che il rapporto fra diritto e evoluzione tecnologica va oggi assumendo.

La società digitale in cui viviamo non offre solo strumenti o categorie di servizi innovativi. Essa pone cittadini e regolatori di fronte a interrogativi e sfide inediti, per affrontare i quali occorre acquisire nuove competenze e sviluppare nuove categorie concettuali. Il Manuale in commento guarda esattamente in questa direzione, proponendo delle chiavi di lettura con cui interpretare i nuovi fenomeni della realtà.

Il giurista in formazione, lo studioso di diritto o anche semplicemente il privato cittadino sono così accompagnati in una delicata operazione di decifrazione utile a identificare la dimensione tecnologica, etica e giuridica di questi fenomeni e a relazionarsi consapevolmente con essi.

Un processo che aiuta a governare l'incertezza che si annida nello scenario della società digitale e ad evitare di essere brutalmente travolti da essa.

Bibliografia

- Andronico, A – Casadei, Th., 2021, “Algoritmi ed esperienza giuridica”, *Ars interpretandi*, 26(1).
- Carloni, E., 2019, “Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni”, *Diritto pubblico*, 25(2), 363-392.
- Faini, F., 2019, *Data society: governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Faini, F., 2017, “Social open government: l'utilizzo dei social media nell'amministrazione digitale e aperta”, *Informatica e diritto*, 26, n. 1, 319-345
- Faini, F. – Palmirani, M., 2016, September. *Italian Open and Big Data Strategy. International Conference on Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Springer, 105-120.
- Faini, F. – Pietropaoli S., 2021 [2017], *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino: Giappichelli.
- Fioriglio, G., 2004, *Temi di informatica giuridica*, Roma: Aracne
- Frosini, V., 1975, “La giuritecnica: problemi e proposte”, *Informatica e diritto*, 1, n. 1, 26-35.
- Karlström, H., 2014, *Do libertarians dream of electric coins? The material embeddedness of Bitcoin*, *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, 15, n. 1, 23-36.
- Lessig, L., 2003, “Law regulating code regulating law”, *Loy. U. Chi, LJ*, 35, 1.
- Lessig, L., 2016 [2005], “Il diritto del cavallo: la lezione del cyberdiritto”, in Colomba, V., (a cura di), *I diritti nel cyberspazio: architetture e modelli di regolamentazione*, Parma: Diabasis, 38-75.
- Lettieri, N., 2021, “Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico”, *Ars Interpretandi*, n. 1, 83-96.

- Lettieri, N., 2020, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena: Mucchi.
- Losano, M.G., 1971, "Lo stato attuale dell'Informatica giuridica in Europa", *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 867-871.
- Mayer-Schönberger, V. – Cukier, K., 2013, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano: Garzanti.
- Plantamura V., 2019, "Il Cybericiclaggio", in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Torino: Utet, 859-890.
- Sartor, G., 2014, "Nozione e settori dell'informatica giuridica", *L'informatica giuridica in Italia: cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, in Ginevra Peruginelli e Mario Ragona (a cura di), Napoli: ESI, 59-74.
- Swan, M. – De Filippi, P., 2017, "Toward a philosophy of blockchain: A symposium: Introduction", *Metaphilosophy*, 48, n. 5, 603-619.
- Taddei Elmi, G., 2014, "Informatica e Diritto. Presupposti, storia, disciplina, insegnamento, ius condendum", *Informatica e diritto*, 23, n. 2, pp. 85-123.
- Vantin, S., Colomba, V., 2017, "I diritti nel cyberspazio. Architetture e modelli di regolamentazione, con un saggio di Lawrence Lessig, Diabasis, Parma 2015", *Ars interpretandi*, 22, n. 1, 95-98.

Federico Costantini*

*Etica, diritto e design tecnologico:
un modello per la “Legge sull’Intelligenza Artificiale”*

Abstract: This contribution outlines the background in which the recent Proposal for a Regulation (EU) “Artificial Intelligence Law” adopted by the European Parliament on 21 April 2021 is set. After few preliminary historical notes on the reception of cybernetics in Italy, the relationship between law and information technology is framed through an ideal three-tiered path with the aim of explaining how the central role of law is played today by technological design and how its three traditional conjugations – justice, validity, effectiveness – can be reconfigured today as variants of the notion of “information”. In conclusion, some overall considerations are given, and future research paths are identified.

Keywords: Cybernetics, Artificial Intelligence, Technological Design, AI ethics, Philosophy of Information

1. Introduzione: dall’invettiva di Salvatore Satta al monito di Norbert Wiener

Il contributo può essere introdotto con una citazione che esemplifica l’atteggiamento iniziale della dottrina più compassata di fronte alle proposte, allora rivoluzionarie, espresse dalla giuscibernetica¹. Nel recensire un lavoro di Mario G. Losano – che oggi si potrebbe definire pionieristico – Salvatore Satta ebbe a scrivere quanto segue:

vorrei solo consigliare una cosa a questi bravi e dotti studiosi della nuova filosofia del diritto: frequentino i tribunali, vadano a vedere che cosa sia il chiedere e il rendere (o non rendere) giustizia, ma più che vedere, collaborino a questa impresa, e non tanto da giudici (...) quanto da avvocati. È assurdo che si possa parlare di norma, di precetto, di linguaggio prescrittivo e descrittivo e di (...) giuscibernetica senza aver trattato una causa.²

* Ricercatore, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Udine – federico.costantini@uniud.it.

1 Il riferimento d’obbligo è all’articolo che davvero può essere definito seminale Loevinger 1949.

2 Satta 1970: 121. Vale la pena di ricordare che nello stesso periodo venne pubblicato un altro volume seminale per l’informatica giuridica italiana, cfr. Frosini 1968. Solo cinque anni dopo lo scritto di Satta, peraltro, avrebbe iniziato la pubblicazione la prestigiosa rivista “Informatica e Diritto” per i tipi della casa editrice fiorentina Le Monnier. Per uno sguardo retrospettivo, cfr. Peruginelli, Ragona 2014. Con particolare riferimento alla giuscibernetica, cfr. Romeo 2016.

Al di là dei toni polemici, caratteristica che esprime la nota vivacità da parte dell'insigne studioso, la censura poggia sul richiamo alla "giustizia" intesa non tanto come armonia universale metafisica, o regola razionale scolpita in modo indelebile nella ragione umana – torneremo su queste concezioni più avanti – quanto sulla sofferta quotidiana pratica professionale: il "tribunale" frequentato dall'"avvocato" come sede del 'vero' e unico diritto³.

La visione da cui Satta muove per criticare la giuscibernetica si avvale essenzialmente di tre argomenti che oggi con relativa serenità si possono considerare indeboliti, se non proprio superati. Anzitutto, la pretesa cristallizzazione di un elemento dell'esperienza giuridica⁴ – il luogo del "tribunale" – si scontra con l'acquisita consapevolezza che la giuridicità è un fenomeno che travalica la solennità dei Palazzi di Giustizia soprattutto per effetto dell'apertura a strumenti atipici di regolazione⁵ e a modalità conciliative e stragiudiziali di definizione delle liti⁶. In secondo luogo, l'attribuzione della 'vera' conoscenza del diritto ad una determinata professione – l'"avvocato" – escludendo – si potrebbe sottintendere un ulteriore elemento polemico o ravvisare quello che oggi sarebbe qualificato come bias discriminatorio – altre figure come il magistrato e il notaio, tanto per citare gli altri due elementi che compongono la 'triade' delle professioni giuridiche, non tiene conto del fatto che il diritto non è più esclusivo appannaggio di una determinata 'classe sociale' – se si permette l'utilizzo di questo termine senza alcuna sfumatura ideologica – ma di un variegato insieme di professioni⁷. In terzo luogo, il rifiuto di contaminare la dimensione giuridica con l'elemento tecnologico, come se si trattasse di una contrapposizione irresolubile: da una parte il 'giure', all'antica, dall'altra tutto il resto, tra cui la tecnologia. Contrariamente all'invettiva di Satta, oggi, come per quasi tutte le professioni, è impensabile 'praticare' il diritto senza Internet o la PEC⁸: molto prosaicamente, non c'è "avvocato" senza "consolle avvocato"⁹.

3 Si coglie peraltro la drammaticità insita nel fatto che non sempre la richiesta di giustizia trova risposta da parte del sistema giudiziario.

4 Sulla nozione di "esperienza giuridica", così come intesa da Satta quale dimensione nella quale la giuridicità si fa percepibile e conoscibile, consentendo la fondazione della scienza giuridica, cfr. almeno Opocher 1976.

5 Si pensi al modo in cui si presentano gli esempi di *soft law* dal punto di vista della teoria delle fonti.

6 L'investimento da parte del legislatore compiuto negli ultimi anni in procedure che prevedono il passaggio attraverso conciliazioni e pratiche ADR è talmente evidente da non richiedere ulteriori precisazioni.

7 La giuridicità non qualifica tanto una figura soggettiva quanto un ambito di questioni da risolvere, e quindi un *habitus* mentale, Pascuzzi 2017.

8 Posta Elettronica Certificata, strumento di comunicazione il cui utilizzo è divenuto obbligatorio per Pubbliche Amministrazioni, imprese e liberi professionisti.

9 Nel frattempo, l'avvento dell'Intelligenza artificiale nella pratica della professione forense è quanto mai prossimo, come confermano per un verso la sentenza del Consiglio di Stato 4-25 novembre 2021 n. 7891, nella quale si distingue tra "algoritmo" e "intelligenza artificiale" vera e propria, e per converso la discussione che si svolge anche sull'organo di stampa della FAI Fondazione dell'Avvocatura Italiana, cfr. l'edizione de "Il Dubbio del lunedì" del 20 dicembre

Con particolare riferimento alle tecnologie dell’informazione occorre compiere due ulteriori precisazioni che consentono di proseguire nel discorso: in primo luogo, esse non sono ‘neutrali’; in secondo luogo, non sono nemmeno tutte uguali.

Anzitutto, i dispositivi che utilizziamo non sono soltanto delle macchine composte di plastica, vetro e metallo, ma hanno un ruolo determinante nel modo in cui ciascuno di noi interagisce con il mondo esterno e quindi con gli altri. Essenzialmente, gli artefatti determinano il modo in cui si plasmano le nostre relazioni¹⁰.

In secondo luogo, esistono tecnologie che hanno un impatto più significativo di altre, sebbene l’effetto dell’introduzione di una tecnologia non sia perfettamente prevedibile. Ve ne sono alcune, in particolare, che producono una rottura degli esistenti assetti economici, ridisegnando nuovi scenari nei rapporti di concorrenza, anche a livello globale. Tali ultime tecnologie, comunemente qualificate disruptive¹¹ sono, tra le altre, le tecnologie ad archivio distribuito – c.d. blockchain¹² – la c.d. Internet of Things¹³ e ovviamente l’intelligenza artificiale (d’ora in poi, IA)¹⁴.

2021, <https://ildubbio-ita.newsmemory.com/?editionStart=II%20Dubbio%20Dike>. Cfr. di recente sulla digitalizzazione in ambito giudiziario, Costantini 2021a.

10 Rizzo 2000; Bijker, Hughes and Pinch 1987.

11 Per ragioni di spazio non è possibile approfondire in questa sede il rapporto tra “innovazione” e società alla luce del concetto di “distruzione”. È evidente che, per essere tale, ogni innovazione, a prescindere dal fatto che essa sia benefica o meno, produce un cambiamento rispetto allo *status quo* delle relazioni sociali. Tuttavia, all’innovazione venne essenzialmente associata l’idea della distruzione a partire dal pensiero di Joseph Schumpeter, il quale concentrò la sua attenzione sulla figura dell’imprenditore quale soggetto capace di introdurre nel sistema economico capitalistico il momento dinamico della “distruzione creatrice”, Schumpeter 1942. Sulla radice dell’attuale nozione di “innovazione distruttiva”, cfr. Christensen, Bower 1996; Christensen, Raynor, McDonald 2015.

12 Cfr. la definizione normativa prevista dal D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*, in GU n.290 del 14-12-2018, convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019. In particolare l’art. 8-ter, rubricato *Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract* così prevede al comma 1: “*Si definiscono “tecnologie basate su registri distribuiti” le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili*”.

13 Il termine “Internet of Things”, coniato nel 1999, originariamente era riferito soltanto ai sistemi di trasmissione RFID (Radio-Frequency Identification). Nel 2012 la International Telecommunication Union (ITU) definisce questo insieme di tecnologie come “*a global infrastructure for the information society, enabling advanced services by interconnecting (physical and virtual) things based on existing and evolving interoperable information and communication technologies*”, cfr. <https://www.itu.int/ITU-T/recommendations/rec.aspx?rec=y.2060>.

14 Una definizione sintetica utile ai fini della prosecuzione della presente trattazione può essere la seguente, elaborata in sede europea e trasfusa poi nella bozza di Regolamento di cui si tratterà più avanti: “*sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull’IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, software per l’analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure incorporare l’IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell’Internet delle cose)*”, cfr. Gruppo di esperti ad alto

Rispetto a quest'ultima in particolare, le preoccupazioni degli esperti non sono recenti, ma risalgono alle sue origini. Infatti già nel 1950 Norbert Wiener sollevava, in conclusione all'opera più rappresentativa della letteratura cibernetica, un vero e proprio monito:

[...] to throw the problem of his responsibility on the machine, whether it can learn or not, is to cast his responsibility to the winds, and to find it coming back seated on the whirlwind.¹⁵

In altri termini, non è concepibile per il genere umano delegare agli agenti artificiali il problema della responsabilità etica, a meno di non doversi trovare ad affrontare il problema con risvolti e implicazioni inaspettate. Si tratta di una assunzione di responsabilità molto importante che stigmatizza un atteggiamento 'pilatesco' già diffuso all'epoca tra gli esperti¹⁶. Di fatto, dalla pretesa della supposta 'neutralità' della tecnologia discenderebbe anzitutto l'impossibilità di imputare a progettisti, produttori e distributori una qualche responsabilità etica e, di conseguenza, una forte limitazione della legittimità di collegare ad essi anche responsabilità giuridiche. Molto interessante è in particolare l'inciso che riguarda la capacità di apprendimento da parte dell'agente, perché sottolinea come in punto di principio la questione non cambia con l'utilizzo delle tecnologie più sofisticate di elaborazione di informazione, come l'odierno machine learning.

2. L'IA tra questioni etiche e iniziative legislative in ambito UE

Concentriamo l'attenzione sull'intelligenza artificiale per rilevare che nel corso degli ultimi cinque anni si è verificata una diffusione esponenziale di documenti che esprimono preoccupazioni di carattere etico. Infatti, istituzioni governative, organizzazioni internazionali, società accademiche, comunità di esperti e associazioni professionali in tutto il mondo hanno pubblicato lettere aperte, linee guida, manifesti e codici deontologici non solo per sollecitare l'intervento dei legislatori o per la definizione o l'aggiornamento di standard tecnici, ma anche per far valere la loro posizione nei confronti dell'opinione pubblica e accrescere una diffusa ed approfondita consapevolezza sulle problematiche sottese all'avvento di questa famiglia di tecnologie¹⁷.

livello sull'intelligenza artificiale, Una definizione di IA: principali capacità e discipline scientifiche, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

¹⁵ Wiener 1950: 185.

¹⁶ Questo atteggiamento si esprime dal punto di vista linguistico nella considerazione degli aspetti etici, sociali ed economici delle tecnologie in termini di "impatto". In questo senso sembra che l'innovazione sia un fenomeno tendenzialmente incontrollabile ed imprevedibile – un dato di fatto comunque indiscutibile – di cui non si possa far altro che studiare o misurare le conseguenze, eventualmente rimediando agli effetti negativi piuttosto che tentare di evitarli sin dall'origine.

¹⁷ Cfr. in tal senso il primo documento rilevante a livello internazionale, ossia Dichiarazione di Asilomar del 2017, <https://futureoflife.org/ai-principles/>; per quanto riguarda la UE, nel

In effetti bisogna riconoscere che l’utilizzo di algoritmi – sebbene non così avanzati da rientrare nella definizione di IA¹⁸ – sta già ridefinendo i rapporti sociali in modo più o meno silenzioso e pervasivo a seconda dei contesti in cui essa opera: al di là delle sperimentazioni in corso sui veicoli a guida autonoma¹⁹, forse l’applicazione che suscita maggiormente scenari fantascientifici, basti pensare al fenomeno dei riders nella platform economy in ambito lavorativo²⁰, o alla sorveglianza sociale condotta mediante Social Credit System²¹. Il fatto che attraverso gli agenti artificiali sia possibile creare modelli economici o strumenti di controllo di massa prima impraticabili, con conseguenze sociali sconosciute ed imprevedibili, contribuisce a rendere urgente la problematica dal punto di vista filosofico e politico²².

2018 si trova un primo accenno con la dichiarazione su Intelligenza artificiale, robotica e sistemi “autonomi” da parte del Gruppo Europeo sull’etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie (GEE), https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/support-policy-making/scientific-support-eu-policies/eg_e_en; il documento dell’Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), punto di riferimento per gli esperti del settore e per la comunità accademica *Ethically Aligned Design* del 2019, in due versioni ravvicinate, <https://ethicsinaction.ieee.org/>; Nell’ambito dell’Unione Europea vengono pubblicati da parte del Gruppo Indipendente di Esperti ad Alto Livello sull’intelligenza Artificiale (AI HLEG) alcuni documenti che raccolgono in forma organica i risultati delle discussioni a livello internazionale e che costituiscono la base ideale delle azioni successivamente intraprese a livello comunitario: *Ethical guidelines for trustworthy AI* (8 aprile 2019), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, *Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence* (19 giugno 2019), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>, *Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment* (17 luglio 2019), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment>, *Sectoral Considerations on Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI* (23 luglio 2020). <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document/ai-hleg-sectoral-considerations-policy-and-investment-recommendations-trustworthy-ai>. La visione sottostante questi documenti si può individuare in Floridi 2015. Di recente cfr. la Raccomandazione approvata il 24 novembre 2021 da parte dell’UNESCO, cfr. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics#recommendation>. Per un costante aggiornamento sul tema si segnala <https://algorithmwatch.org/>.

18 Per comodità si prende come riferimento la definizione coniata dalla Commissione Europea nella Comunicazione *L’intelligenza artificiale per l’Europa*, COM/2018/237 final del 25 aprile 2018: “*Intelligenza artificiale* (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull’IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, software per l’analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure incorporare l’IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell’Internet delle cose)”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2018:237:FIN>. Questa definizione è stata successivamente ampliata dal Gruppo Indipendente di Esperti ad Alto Livello sull’intelligenza Artificiale (AI HLEG) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> ed è poi confluita nella Proposta di Regolamento menzionata più avanti.

19 Cfr. Scagliarini 2019.

20 Sul punto Costantini 2021b, Costantini 2021c.

21 Sull’argomento Costantini, Franco 2019.

22 Cfr. di recente sul tema Durante 2019, Lettieri 2020, Benanti 2020.

La grande novità del 2021 è data dall'adozione di una proposta normativa. La Proposta di Regolamento (UE) votata dal Parlamento Europeo il 21 aprile 2021 c.d. "Legge sull'Intelligenza Artificiale"²³ (di seguito LIA) è di estrema rilevanza poiché la sua definitiva approvazione verosimilmente segnerà la fine dell'epoca in cui le discussioni sull'argomento avvenivano de iure condendo²⁴ e l'inizio di una nuova età in cui tali questioni verranno trattate de iure condito. Ciò non significa, tuttavia, che tra i due periodi non vi sia alcuna relazione, poiché la stessa normativa raccoglie i frutti dei dibattiti tra gli esperti e li cristallizza in un articolato alquanto complesso. Più che analizzare la bozza di testo, sembra utile in questa sede proporre alcune riflessioni che riguardano il contesto ideale in cui matura tale proposta legislativa prendendo in considerazione gli aspetti che rendono maggiormente conto della novità dal punto di vista concettuale, ossia la stretta sinergia che si realizza tra la dimensione giuridica e quella tecnologica, ma soprattutto dell'adozione generalizzata del "design tecnologico" come strumento regolativo universale.

L'intenzione è quella di delineare un percorso ideale, suddiviso in tre fasi, che consenta di chiarire il rapporto tra la dimensione giuridica e la tecnologia tentando di sviluppare una visione idonea ad abbracciare tanto l'etica quanto l'economia, per un verso, e a comprendere la sfera individuale e quella collettiva, per altro verso²⁵.

23 Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM/2021/206 final del 21 aprile 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Per un confronto con la definizione proposta dal Ai sensi dell'articolo 3 (1) si definisce il "sistema di intelligenza artificiale" come *"un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono"*. L'allegato I, richiamato dalla disposizione, comprende diverse tecnologie: *"a) Approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (deep learning); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione"*.

24 L'intelligenza artificiale è una tecnologia a cui la UE ha dedicato particolare attenzione per la sua rilevanza strategica non solo dal punto di vista economico, in vista della crescita del "mercato unico digitale" ma anche sotto il profilo geopolitico, in considerazione dell'agguerrita concorrenza con altri attori sullo scenario mondiale (USA e Cina in particolare). Cfr. COM(2020) 65 final del 19 febbraio 2020, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf; COM(2018) 795 final del 7 dicembre 2018, *Piano coordinato sull'intelligenza artificiale*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018DC0795>; COM(2021)/118 final del 9 marzo 2021, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021DC0118>; COM(2021)205 final del 21 aprile 2021, *Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021DC0205>.

25 Per la precisione, si delinea qui un percorso fenomenologico ma non storicistico, nel senso che non si pretende che i mutamenti siano stati necessari e che vi sia un qualche "destino" nascosto tra le pieghe del futuro, piuttosto si crede in questo modo sia possibile esporre una prospettiva in modo semplice e lineare.

3. Primo passaggio: le concezioni tradizionali del diritto (in una visione tridimensionale)

Volgiamo lo sguardo ai classici del Novecento italiano e prendiamo in considerazione gli anni in cui Satta scrive le sue invettive e la giuscibernetica muove i primi passi nel nostro Paese. Uno per tutti, concentriamo l’attenzione su Norberto Bobbio, autore di una delle opere più lette dalle più recenti generazioni di giuristi: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, uscito nel 1965²⁶. È noto che il secondo dei saggi contenuti in questa raccolta, intitolato *Natura e funzione della filosofia del diritto*²⁷, propone una quadripartizione dei campi di ricerca ricompresi all’interno della “filosofia del diritto” in senso lato. Di seguito uno schema riepilogativo:

Oggetto	Denominazione
“massime elevate a principi supremi della condotta”	“confina con la filosofia politica” ²⁸
“nozioni generali comuni a tutti gli ordinamenti giuridici”	Teoria generale del diritto
“studio del diritto come fenomeno sociale”	Sociologia del diritto
“studi sulla scienza giuridica”	Metodologia giuridica

Dopo aver esposto questa classificazione, nei capitoli successivi l’Autore prosegue argomentando sulla difficoltà di definire un campo specifico per la ricerca relativa alla “filosofia del diritto”, la quale sarebbe stata incline ad essere “filosofia” applicata al diritto e quindi essenzialmente a dipendere dal succedersi delle stagioni e dei movimenti della “filosofia generale”, da cui la ben nota distinzione tra “filosofia del diritto dei filosofi” e “filosofia del diritto dei giuristi”, e quindi tra “filosofi-giuristi” e “giuristi-filosofi”²⁹, che lo stesso Bobbio poi rielabora la sua tripartizione ricostruendo la “filosofia del diritto” in senso stretto come “teoria della giustizia”. In questa sede non interessa addentrarci nella ricostruzione della discussione sullo statuto epistemologico della scienza giuridica e del ruolo degli studi giusfilosofici, ciò che conta invece è evidenziare la complessità delle discipline e la difficoltà di individuare confini netti sia all’esterno – diritto e politica – che all’interno – teoria, sociologia, metodologia – del contesto giuridico.

26 Bobbio 1965.

27 Il saggio venne pubblicato per la prima volta in lingua francese, Bobbio 1962.

28 Si tratta, in effetti, di un riferimento stranamente generico che lascia perplessi ad ogni rilettura.

29 È noto che Bobbio poi prosegue nella definizione del proprio programma di lavoro e nella tripartizione tra le tre teorie – del diritto, della giustizia, della scienza giuridica – ma questo non interessa ai fini del presente discorso. Del resto, lo stesso Bobbio si riferisce – senza menzionarli espressamente – a diversi tentativi di ripartizione compiuti in precedenza nel campo – in effetti assai vasto – della filosofia del diritto, come per esempio la suddivisione tra ricerca logica, deontologica e fenomenologica compiuta da Giorgio Del Vecchio, cfr. Del Vecchio 1958.

È interessante mettere in relazione questa categorizzazione con quanto risulta da un'opera dello stesso periodo, *The Concept of Law* di Herbert Hart³⁰. Come è noto, qui lo studioso espone la sua tesi in merito ad una delle problematiche più discusse, ossia la separazione dell'ambito giuridico dal campo della morale e la distinzione tra norme primarie, "rules of obligation", e norme di secondarie, che comprendono "rules of recognition", "rules of change" e "rules of adjudication". Soprattutto le regole di riconoscimento sono rilevanti per giustificare la vigenza dell'ordinamento giuridico, distinguendo il punto di vista "interno" e quello "esterno". Di seguito lo schema logico:

Tipo di norma		Funzione
Norme primarie: rules of obligation		Stabilire obblighi
Norme secondarie		
	rules of recognition	Determinare la competenza a stabilire obblighi
	rules of change	Determinare le modalità con cui le norme sono modificate
	rules of adjudication	Determinare le modalità con cui le norme sono applicate

Queste due posizioni a ben vedere sono accomunate non soltanto dalla medesima sensibilità di fondo, ma anche dagli stessi esiti, perché consentono di distinguere tre elementi della giuridicità che già in precedenza erano stati isolati:

(1) la dimensione valoriale, incorporata principalmente nel problema della giustizia, da cui la connessione con le questioni legate all'etica collettiva e alla morale individuale;

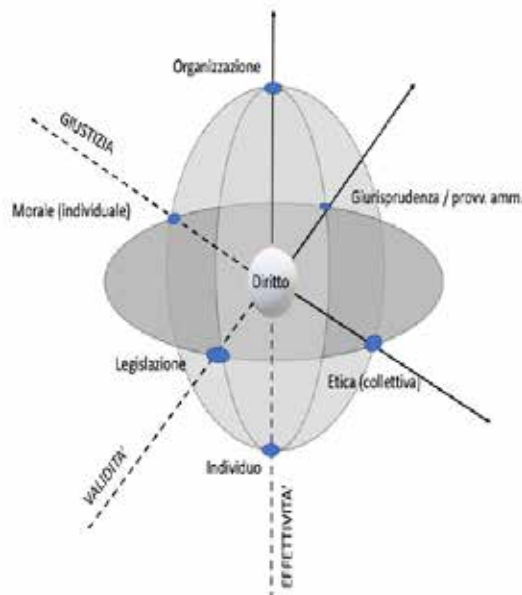
(2) l'ambito della validità, nella quale si contempla l'esigenza di ritrovare – o di assumere a priori – una qualche coerenza intrinseca all'ordinamento, che riguarda il sistema normativo nei confronti della collettività dei consociati o, individualmente, le decisioni giudiziali che coinvolgono le parti del processo e i provvedimenti amministrativi rispetto a coloro che ne sono destinatari;

(3) la sfera dell'effettività, tangente la questione della legittimità del potere costituito, per un verso, e la giustificazione del rimedio sanzionatorio nei casi di inottemperanza ai precetti.

Vale la pena di sistemare queste concezioni evidenziando come ciascuna di essa si possa declinare sia in senso individuale che in senso collettivo:

Dimensione della giuridicità	Dimensione individuale	Dimensione collettiva
Giustizia	Credenze del singolo individuo, ‘morale’	Valori, credenze socialmente condivise, ‘etica’
Validità	Sentenze giudiziarie, provvedimenti amministrativi, obbligazioni	Individuazione e articolazione interna del sistema giuridico
Effettività	Coercitività, effettiva applicazione del diritto	Legittimità delle istituzioni pubbliche

In massima sintesi, se vale questa sistemazione generale – e quindi giustizia, validità ed effettività sono diverse declinazioni della giuridicità – quest’ultima può essere rappresentata come uno spazio tridimensionale, secondo lo schema seguente³¹:



31 Si potrebbero dare diversi nomi a questa entità logica: “dominio logico”, “spazio trascendentale”, ma si preferisce utilizzare una definizione più semplice. Non è escluso che nello schema che segue si possano inserire specifici riferimenti a specifici autori (es: Hans Kelsen) o movimenti del pensiero giusfilosofico (es: la “scuola dell’Esegesi), tuttavia ciò non rientra nello scopo del presente contributo. La figura è disegnata in modo da essere di facile comprensione e da non presentare difficoltà in sede di eventuale stampa; da ciò la scelta di marcare dei contorni con linee continue nella sfera centrale denominata “diritto”. Ci si riserva di migliorare la qualità della rappresentazione grafica in futuro.

Ciò che conta per proseguire nel discorso è l'assunto per cui tutte le tradizionali concezioni del diritto si potrebbero collocare all'interno dello spazio geometrico composto dalla combinazione tra le coordinate "giustizia", "validità", "effettività"³².

4. Secondo passaggio: la giuscibernetica e il diritto "artificiale"

Vale la pena di fornire ora alcuni brevi note sui presupposti dell'applicazione della cibernetica alla dimensione giuridica, ossia alla proposta che suscitò l'accesa reazione di Satta.

È noto che la cibernetica sorse nella prima metà del Novecento³³ con il proposito di costruire una "visione unitaria di mente e natura"³⁴ in grado di descrivere i fenomeni naturali – biologici, culturali, psichici – sulla base della teoria dell'informazione³⁵. Le ricerche dei cibernetici approdarono alla definizione generale di "autopoiesi" – la qualità dei sistemi in grado di sorgere, proliferare e riprodursi³⁶ – ossia ad un modello concettuale che venne applicato agli organismi biologici³⁷, alle organizzazioni sociali³⁸ e agli agenti artificiali, soprattutto se dotati di meccanismi di auto-apprendimento³⁹. Dal punto di vista pratico, ciò ha consentito di ampliare la comprensione dei fenomeni naturali, di approfondire le possibilità di condizionare il comportamento di animali ed esseri umani naturali – sia a livello individuale che collettivo – e di inventare dispositivi e tecnologie sempre più complesse per l'automazione del loro controllo.

La cibernetica applicata alla giuridicità ha portato a delineare una visione che è stata definita anche come "diritto artificiale"⁴⁰. Per contestualizzare tale nozione si potrebbe riprendere lo schema tridimensionale sopra esposto, affermando che essa

32 Ovviamente, come per ogni rappresentazione geometrica, sarebbe necessario adottare delle convenzioni, ma non è questo lo scopo del modello teorico qui proposto.

33 Cfr. per tutti Wiener 1948.

34 Bateson 1979.

35 Shannon, Weaver 1949.

36 Maturana, Stafford Beer, Varela 1972.

37 Ashby 1947.

38 Cfr. Parsons 1952; Luhmann 1984. Sulla distinzione tra "teoria dei sistemi" e "cibernetica", cfr. Losano 2002. Sulla "cibernetica giuridica" Pagallo 2015b: 52-56.

39 Per quanto riguarda la storia e le basi teoretiche, Hofstadter 1984 [1979]; per un'introduzione sul funzionamento delle tecnologie disponibili, Russell, Norvig 2016.

40 Il termine si ritrova negli scritti di Vittorio Frosini con due accezioni: la "*possibilità di valersi degli elaboratori elettronici per la soluzione di problemi d'ordine giuridico*" (Frosini 1969: 13) e, in modo più pregnante, quale "*espressione [...] volutamente usata in contrapposizione a quella di "diritto naturale", giacché l'antitesi della natura, la physis dei greci, è precisamente quella che gli stessi greci chiamano la techné, e cioè la creazione artificiale*" (ivi). Nel primo senso il termine è stato ripreso e sviluppato in un interessante volume sull'intelligenza artificiale, Romeo 2002. Nella seconda accezione, è stato utilizzato con specifico riferimento alla nozione cibernetica di "controllo", Amato Mangiameli 2015 [2010]: 36. Ai fini del presente contributo l'artificialità viene sviluppata con un significato più teoretico.

si pone in continuità con le concezioni formalistiche della giuridicità – collocandosi dunque in prossimità del vettore relativo alla validità – essendo molto ridotta l’importanza tanto della coazione, e quindi dell’effettività, quanto del contenuto normativo, ossia della giustizia. Tuttavia, vi è un elemento ulteriore che impone di ripensare l’intero modello concettuale, dato appunto dall’“autopoiesi”, ossia dall’assunto che il diritto abbia la capacità di auto-fondarsi e che proprio per questa sua proprietà non sia necessario, se non accidentalmente e comunque in modo molto limitato, il ricorso alla forza o il sostegno dei valori. È molto importante sottolineare, sotto questo punto di vista, che l’artificialità del diritto esprime in questo senso uno spiccato “naturalismo” filosofico⁴¹, giungendo ad esiti che non sono lontani da quelli del “nichilismo giuridico”⁴². Tale accostamento si basa sul rilievo che in entrambi il diritto si pone in funzione servente rispetto al potere e, proprio per questo, la giuridicità stessa può essere concepita come una sorta di tecnologia. A questo punto si comprende meglio come la visione artificiale del diritto sottende – celebra, quasi – la capacità dell’essere umano di plasmare la natura attorno a sé, di organizzare la comunità sociale e, in fin dei conti, di determinare la sua stessa esistenza, avendo sempre come unico punto di riferimento un’idea di libertà misurata più in termini di opportunità contingente che di valori non negoziabili⁴³.

Volendo rappresentare graficamente la concezione del “diritto artificiale” si può ricorrere alla seguente immagine che rappresenta lo scambio di informazione tra l’ordinamento giuridico – inteso in senso cibernetico – e il contesto sociale⁴⁴. Si può osservare come nell’equilibrio tra sistema giuridico ed ecosistema sociale siano indispensabili sia processi che strutturano le relazioni sociali, ‘codificando’ i processi in precetti giuridici ed istituzioni, sia processi che rendono permeabile il diritto alla società, conferendogli dinamicità e adattabilità e quindi ‘decodificando’ l’ordinamento⁴⁵.

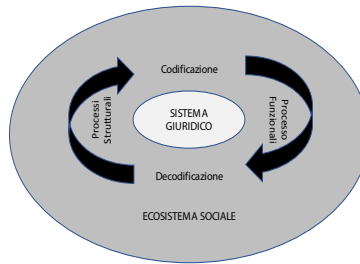
41 Per “naturalismo” si intende, in massima sintesi, la considerazione di un fenomeno “*iuxta propria principia*”, ossia accompagnata dal rifiuto della ricerca di fattori trascendenti o aprioristici, cfr. Laudisia 2014.

42 Cfr. per tutti Irti 2004. È ancora di particolare suggestione, a distanza di vent’anni, il volumetto Irti, Severino 2001.

43 Si può sostenere, in questo senso, che il riferimento ai “diritti fondamentali” sia un modo per tradurre i valori etici in principi che, per quanto stabili e condivisi, non si assumono come assoluti. Così, peraltro, in Bobbio 1990. Un riferimento problematico in questo senso si trova in conclusione al volume Todescan 2013. Cfr. in senso più ampio – e sempre attuale – Angelino, Piovani 1974.

44 Il sistema giuridico è qui rappresentato sinteticamente come un insieme intrinsecamente coerente di relazioni. In realtà un’analisi più approfondita alla luce della metodologia adottata dalla cibernetica dovrebbe distinguere tre livelli di complessità, a seconda che l’interazione riguardi solo esseri umani (I grado), esseri umani e macchine (II grado), esclusivamente automi (III grado). In questa sede l’aspetto della complessità giuridica non rileva e pertanto se ne prescinde. A tal proposito, oltre al volume di Losano sopra citato, cfr. Bocchi, Ceruti 1985; per un’introduzione cfr. inoltre Falzea 2007.

45 L’ovvio riferimento, sebbene rielaborato, è a Irti 1979, ma cfr. anche Irti 1999. È evidente che il termine “codice” non ha un utilizzo solo nell’ambito della tecnologia, essendo presente da molto prima nel diritto. In questa sede, per ragioni di spazio, non è possibile appron-



5. Terzo passaggio: techno-regolazione e design tecnologico

Da quindici anni a questa parte il rapporto tra il diritto e la tecnologia, in particolare quella dell'informazione, si è intrecciato sempre più strettamente, tanto che lo scenario è nuovamente cambiato. Ciò può essere dovuto certamente al significativo progresso, che ha consentito l'introduzione sul mercato di dispositivi e servizi estremamente evoluti (es: assistenti vocali) e che ha imposto all'attenzione dei pratici questioni che in precedenza si ponevano in modo del tutto ipotetico (es: responsabilità degli internet providers), ma anche alla maturazione di prospettive teoretiche nuove, che hanno rivisitato le categorie della cibernetica in modo da renderle più facilmente praticabili, come la "Filosofia dell'Informazione"⁴⁶. In questa sede per ragioni di spazio non è possibile esporre compiutamente questa prospettiva; tuttavia, è significativo che, all'interno di essa, l'informazione sia effettivamente coniugata in tre modi diversi⁴⁷:

"Informazione come realtà", che corrisponde al messaggio veicolato attraverso un canale ed il cui processo di trasmissione avviene a prescindere dal contenuto. In questa categoria si possono comprendere tutti quei dati che riguardano la forma estrinseca, come per esempio la corrispondenza a determinati requisiti tecnologici.

"Informazione sulla realtà", che riguarda la descrizione dei fenomeni empirici. Questa categoria di informazione è l'unica a cui si può attribuire un valore "aletico", ossia una qualificazione in termini di 'vero' o 'falso'.

dirne l'importanza storica e il significato teorico; tuttavia, è utile sottolineare che, in fin dei conti, come il 'Codice Napoleone' si proponeva di 'codificare' i rapporti sociali trasfigurandoli in una manifestazione del potere legislativo, così il calcolatore trasforma oggi le istruzioni in operazioni. Si tratta in entrambi i casi di un'attività in cui il "codice" – legislativo o informatico – rappresenta la necessaria formalizzazione intermedia, cfr. per tutti Grossi 2007.

46 Per una visione d'insieme, cfr. Floridi 2010, Floridi 2013, Floridi 2014, Floridi 2019.

47 La tripartizione è stata proposta in Floridi 1999 e successivamente rielaborata. Essa corrisponde idealmente alla tripartizione "technical information", "semantic information" e "influential information", proposta in Weaver 1949 e ripresa – come "technological information", "natural information", "cultural information" – in Borgman 1999. Dal punto di vista epistemologico è interessante che il rapporto tra l'informazione e quella che viene indicata come "realtà" non è mai configurato come una semplice "rappresentazione". Per una storia del concetto di informazione, cfr. Gleick 2012.

“Informazione per la realtà”, che concerne istruzioni operative, comandi o algoritmi destinati a più destinatari. Qui si prende in considerazione tutto ciò che ha lo scopo di guidare una serie di operazioni che modificano la realtà empirica.

È utile in questa sede mettere in relazione questa tripartizione con le tre dimensioni della giuridicità individuate in precedenza, in modo da sviluppare la seguente corrispondenza⁴⁸:

Declinazione di informazione	Dimensione della giuridicità
Informazione come realtà	Validità
Informazione sulla realtà	Giustizia
Informazione per la realtà	Effettività

Qui è significativo prendere atto del fatto che il diritto si declina come “informazione” in ciascuno dei tre modi. Qui sta peraltro la sostanziale evoluzione rispetto alla visione del diritto “artificiale”, la quale prende in considerazione quasi esclusivamente la dimensione della validità. Ciò avviene perché emerge con forza la consapevolezza che la tecnologia informatica rappresenta l’infrastruttura dei rapporti sociali ed economici; quindi, per un verso ne condiziona lo svolgimento e per altro verso ne risulta contaminata⁴⁹. Diritto e tecnologia, combinati insieme, declinano in modo diverso le tre componenti della giuridicità sopra individuate.

Con riferimento alla “validità”, la norma e la tecnologia finiscono per compenetrarsi nella determinazione dei requisiti estrinseci che devono essere rispettati nel concreto sia a livello individuale che collettivo. Qui il riferimento scontato è alla privacy by design, insieme di principi relativi alla protezione dei dati personali che sono stati inclusi nell’art. 25 del Reg. (UE) 679/2016, c.d. “GDPR”⁵⁰, dopo essere stati concepiti per la prima volta agli inizi degli anni Duemila dalla giurista canadese Ann Cavourkian.

Con riferimento alla “giustizia”, si assiste all’adozione di standard industriali relativi al funzionamento dei dispositivi tecnologici ed al loro recepimento da parte dei regolatori dei mercati di riferimento. In altri termini, la normativa prevede che, per poter essere distribuiti, i prodotti e i servizi debbano rispettare determinati requisiti, che sono stabiliti con lo scopo di abilitare soltanto funzionalità conformi o perlomeno non incompatibili con determinati valori. In questo senso vale la pena sottolineare come il cuore della “Legge sull’Intelligenza Artificiale” attualmente in discussione consista proprio nell’istituzione di un sistema di certificazione eti-

48 La corrispondenza tra ciascuna ‘declinazione di informazione’ e la relativa ‘dimensione della giuridicità’ è giustificata poco più avanti.

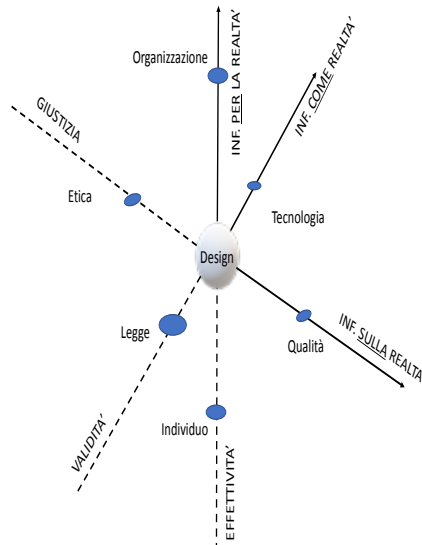
49 Pagallo 2015a.

50 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), in GUUE L 119 del 4.5.2016, pagg. 1–88.

ca per gli agenti artificiali⁵¹ e di un sistema decentrato di sorveglianza gestito da un'apposita istituzione con diramazioni in ciascuno Stato membro⁵².

Con riferimento all'“effettività”, vale la pena menzionare la diffusione di strumenti di soft law che lasciano ai destinatari delle norme un'ampia possibilità di adottare le soluzioni pratiche ritenute più efficaci nel caso concreto. In questo senso è significativa la proliferazione di Linee guida emanate anche a livello istituzionale⁵³.

Il fatto che il diritto si combini con l'informazione e, in generale, la normativa con la tecnologia, comporta che il punto di intersezione dei tre vettori individuati in precedenza – “giustizia”, “validità”, “effettività” – non sia più il diritto e non possa essere l'informazione in quanto tale. Il ruolo tradizionalmente occupato dalla giuridicità viene ora svolto da un nuovo concetto, quello di design⁵⁴, come nello schema che segue⁵⁵.



51 Sulla base della bozza attualmente disponibile si può rilevare come la certificazione sia obbligatoria per agenti qualificati come “ad alto rischio” (artt. 6 e 49) e facoltativa per tutti gli altri.

52 Si prevede l'istituzione del Comitato europeo per l'intelligenza artificiale, con svariati compiti, tra cui il coordinamento delle singole autorità nazionali (artt. 56-58).

53 Si pensi alle – peraltro numerose – linee guida in tema di tutela dei dati personali emanate dall'EDPB, <https://edpb.europa.eu> (in italiano, Comitato Europeo per la Protezione dei Dati) ed al loro ruolo nell'interpretazione della normativa comunitaria ed italiana.

54 Floridi definisce il design nella versione inglese nella sua più recente opera come il risultato di una creatività vincolata a determinati vincoli progettuali (Floridi 2019). Questa concezione consente all'autore di connettere l'argomentazione di stampo epistemologico con quella di stampo etico, permettendogli di legittimare la conoscenza e la libertà individuale senza dover ricorrere a una legittimazione trascendente.

55 Rispetto a questa figura valgono le stesse avvertenze esposte in relazione al primo schema.

6. Conclusioni

Si sostiene autorevolmente che il diritto positivo oggi sia concepibile come un *corpus iuris*⁵⁶. In questo senso, la giuridicità si manifesta come un insieme molto complesso di concetti, valori e pratiche sociali consolidate nell’ambito di diversi ordinamenti e condivise a diversi livelli e con diversi gradi di effettività, tramontata la pretesa kelseniana di racchiudere il diritto in un sistema normativo perfetto, per un verso, e bilanciata l’esigenza ermeneutica con la proceduralità nell’adattamento della regola ai casi concreti, per altro verso. Questa visione ha il vantaggio di consentire dal punto di vista metodologico alla scienza giuridica di dialogare con la filosofia o la scienza – dal punto di vista epistemologico, ma dal punto di vista teorico consente anche al diritto di aprirsi all’etica e alla tecnologia. Il problema successivo è comprendere in che modo oggi ciò possa avvenire. Il modello esplicativo che è stato qui proposto descrive come il “design tecnologico” si frapponga quale interfaccia tra normatività e tecnologia e rende l’idea della complessità che ha assunto la configurazione dei rapporti tra “giustizia”, “validità” ed “effettività”. Il design tecnologico sembra davvero, allo stato delle cose, il miglior modo per poter contenere i rischi che possono derivare dalle disruptive technologies, prima tra tutte l’intelligenza artificiale.

Vi sono tuttavia due questioni che meritano ulteriore approfondimento. Anzitutto, il problema principale è che il “design tecnologico” sconta dei limiti intrinseci, dati dal rischio di commistione tra l’indagine relativa al fondamento dei valori etici e l’analisi delle condizioni di accettabilità sociale delle pratiche concernenti le tecnologie. In altri termini, un conto è se un certo valore sia effettivamente ‘giusto’, almeno all’interno di una determinata comunità sociale, un altro conto è la user experience dei dispositivi. Il secondo è che le attuali discussioni in tema di “design tecnologico” sembrano quasi escludere l’elemento della giuridicità, confinandolo alla dimensione regolativa o comunque applicativa di equilibri o soluzioni già individuate da innovazione tecnologica, dinamiche di mercato e prassi sociali⁵⁷. Sotto questo profilo, occorre indagare quale sia effettivamente il ruolo della giuridicità prendendo in considerazione il suo rapporto con la tecnologia – in particolare, ma non esclusivamente, con le tecnologie dell’informazione – sia dal punto di vista individuale che collettivo. In questo senso il modello qui suggerito può forse essere utile a far emergere simmetrie nascoste e aspetti inattesi.

Bibliografia

- Amato Mangiameli, A.C., 2015, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*. Torino: Giappichelli.
- Angelino, C., Piovani, P., (a cura di), 1974, *L’etica della situazione, Esperienze*, Napoli: Guida.

56 Questa visione è espressa in forma sintetica in Viola 2021.

57 Per tutti, il fondamentale volume Van den Hoven, Vermaas, Van de Poel 2015.

- Ashby, W. R., 1947. "Principles of the Self-Organizing Dynamic System", *The Journal of General Psychology* 37 (2): 125-128. <https://doi.org/10.1080/00221309.1947.9918144>. <http://dx.doi.org/10.1080/00221309.1947.9918144>.
- Bateson, G., 1979, *Mind and nature: a necessary unity*, 1 ed. New York: Dutton.
- Benanti, P., 2020, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna: Marietti 1820.
- Bijker, Wiebe E., Hughes T.P., Pinch T., 1987, *The Social Construction of Technological Systems*, MIT Press.
- Bobbio, N., 1962, "Nature et fonction de la philosophie du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, (VII): 1-11.
- . 1965, *Giustizialismo e positivismo giuridico*. Vol. 1 *Diritto e cultura moderna*. Milano: Edizioni di Comunita.
- . 1990, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.
- Bocchi, G., Ceruti M. (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano: Feltrinelli.
- Borgmann, A., 1999, *Holding on to Reality. The Nature of Information at the Turn of the Millennium*, Chicago: University of Chicago Press.
- Christensen, Clayton M., and Bower J.L., 1996, "Disruptive technologies: Catching the wave", *The Journal of Product Innovation Management*, 1 (13): 75-76.
- Christensen, Raynor M.E., and Mc Donald R., 2015, "What is disruptive innovation?", *Harvard Business Review*, 93 (12): 44-53.
- Costantini, F., 2021a, "Giustizia elettronica e digitalizzazione giudiziale: contesto europeo ed esperienza italiana", In *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, T. Casadei e S. Pietropaoli (a cura di), Milano: Wolters Kluwer: 105-117.
- . 2021b, "Intelligenza artificiale, design tecnologico e futuro del lavoro nell'UE: i presupposti e il contesto", *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, (8-9): 807-816.
- . 2021c, "Intelligenza artificiale, design tecnologico e futuro del lavoro nell'UE: il caso dei platform workers", *Il lavoro nella Giurisprudenza*, (12): 1124-1135.
- Costantini, F., e Gabriele F., 2019, "Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un "Social credit system"?", *Istituzioni del Federalismo*, XL (3): 715-738.
- Del Vecchio, G., 1958, *Lezioni di filosofia del diritto*, 10 ed. Milano: Giuffrè.
- Durante, M., 2019, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società e sapere*, Milano: Meltemi.
- Falzea, A., 2007, "Complessità giuridica", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. I Annali 2007. Milano: Giuffrè: 201-218.
- Floridi, L., 1999, *Philosophy and computing. An introduction*, London-New York: Routledge.
- . 2010, *The philosophy of information*, Oxford: Oxford University Press.
- . 2013, *The Ethics of Information*, Oxford: Oxford University Press.
- . 2014, *The 4th Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford: Oxford University Press.
- ed. 2015, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Open Access. Cham: Springer International Publishing.
- . 2019, *The Logic of Information: A Theory of Philosophy as Conceptual Design*.
- Frosini, V., 1968, *Cibernetica, diritto e società*, Milano: Edizioni di Comunità.
- Gleick, J., 2012, *L'informazione. Una storia, una teoria, un diluvio*, Milano: Feltrinelli.
- Grossi, P., 2007, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè.
- Hart, H.L.A., 1961, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.

- Hofstadter, D.R. 1984, *Gödel, Escher, Bach. Un'Eterna Ghirlanda Brillante*, 2 ed. Milano: Adelphi.
- Irti, N., 1979, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè.
- . 1999, "L'età della decodificazione vent'anni dopo", *Diritto e società* (2): 193-203.
- . 2004, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.
- Irti, N., e Severino E., 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari: Laterza.
- Laudisa, F. 2014, *Naturalismo. Filosofia, scienza, mitologia*, Roma-Bari: Laterza.
- Lettieri, N., 2020, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena: Mucchi.
- Loevinger, L., 1949, "Jurimetrics: The Next Step Forward", *Minnesota Law Review* 33: 455-493.
- Losano, M.G., 2022, *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. III. *Dal Novecento alla postmodernità*, Milano: Giuffrè.
- Luhmann, N., 1984, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Maturana, H.R., Stafford Beer A., and Varela F.J., 1972, *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*, Dordrecht: D. Reidel Pub. Co.
- Opocher, E., 1976, "La filosofia dell'esperienza giuridica", Atti dell'XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica tenutosi a Napoli nei giorni 4-7 ottobre 1976, Milano: Giuffrè.
- Pagallo, U., 2015a, "Good Onlife Governance: On Law, Spontaneous Orders, and Design", in *The Onlife Manifesto*, Luciano Floridi (ed), Springer International Publishing: 161-177.
- . 2015b, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino: Giappichelli.
- Parsons, T., 1952, *The social system. Outlines of a conceptual scheme for the analysis of structure and process in social systems*, London: Tavistock Publ.
- Pascuzzi, G., 2017, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna: Il Mulino.
- Peruginelli, G., e Ragona M., a cura di. 2014, *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Rizzo, A., 2000, "La natura degli artefatti e la loro progettazione", *Sistemi intelligenti* XII (2): 437-452. <https://doi.org/10.1422/3549>.
- Romeo, F., 2002, *Il diritto artificiale*, Torino: G. Giappichelli.
- . 2016, "Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design", *Informatica e diritto* XXV (2): 9-23.
- Russell, S., and Norvig P. 2016, *Artificial intelligence. A modern approach*, 3 ed. Boston: Pearson.
- Satta, S., 1970, "Giuscibernetica (Recensione a M. G. Losano, *Macchine e modelli ciberneticici nel diritto*, Torino, 1969)." *Quaderni* III: 120.
- Scagliarini, S., 2019, *Smart Roads e Driverless Cars. Tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti (a cura di), Torino: Giappichelli.
- Schumpeter, J.A., 1942, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper & Row.
- Shannon, C.E., and Weaver W. 1949, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana: University of Illinois Press.
- Todescan, F. 2013, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, 2 ed. Padova: CEDAM.
- van den Hoven, J., Vermaas, P.E., and van de Poel I., (eds). 2015, *Handbook of Ethics, Values, and Technological Design*, Dordrecht: Springer.
- Viola, F., 2021, "L'esperienza giuridica nella società dell'informazione contemporanea: il problema delle "norme sperimentali"." in *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ri-*

cordo di Francesco Gentile, Alberto Scerbo (a cura di) 2021, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane: 16-37..

Weaver, W., 1949, "The Mathematics of Communication", *Scientific American*, 181 (1): 11-15.

Wiener, N., 1948, *Cybernetics or control and communications in the animal and the machine*, Paris-Cambridge: Hermann & Cie-The Technology Press.

---. 1950, *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*, Boston: Houghton Mifflin.

Raffaele Battaglini*

Risoluzione dispute e piattaforme decentralizzate

Abstract: The commercial need for fast and efficient justice, combined with the need to relieve the backlog of litigation in the courts, has led to the expansion of alternative dispute resolution tools such as arbitration and mediation. In addition, digital platforms and the rise of online transactions have fostered the development of online dispute resolution tools within the platforms themselves. With the spread of blockchain technology and the adoption of smart contracts, these trends have expanded, which has led economic actors to implement decentralised dispute resolution systems based on blockchain technology, smart contracts, tokens and human oracles. This paper, after a brief introduction of the technological concepts, describes the reasons that led to the emergence of decentralised dispute resolution systems and the three platforms that exist to date, highlighting their characteristics, advantages, disadvantages and legal validity, then presents thoughts on their reasons and purposes, as well as possible future developments.

Keywords: blockchain, smart contract, token, decentralizzazione, risoluzione alternativa delle controversie.

1. Introduzione: blockchain, smart contract e token

Blockchain, smart contract e token sono i tre strumenti tecnologici alla base dei processi di risoluzione delle dispute tramite piattaforme decentralizzate.

In questa sezione si fornirà solo una sintetica descrizione degli stessi in quanto, in letteratura, vi sono ormai diversi e approfonditi testi che illustrano in dettaglio, dal punto di vista tecnologico e giuridico, le peculiarità della blockchain, degli smart contract e dei token¹.

Una blockchain è un protocollo informatico che realizza un libro mastro di transazioni ordinate in modo cronologico con relativa prova computazionale condiviso da una vasta rete di computer (chiamati nodi). Tali nodi operano in sincronia per elaborare e memorizzare le transazioni in blocchi legati tra loro da funzioni di crittografia e ogni aggiunta di dati deve essere sottoposta a una procedura di convalida chiamata ‘meccanismo di consenso’, basata su algoritmi. Tutto ciò garantisce

* Fondatore e CEO di Futura Law Firm S.t.a.r.l. S.B.

1 Si vedano, *inter alia*, Finck 2018; De Filippi – Wright 2019; Battaglini – Giordano (a cura di) 2019.

l'immutabilità dei dati. La tecnologia blockchain è stata introdotta nel 2009 da Satoshi Nakamoto, pseudonimo dietro cui non si sa chi si nasconda davvero, con la generazione dei bitcoin, la prima criptovaluta per un sistema di pagamento 'peer-to-peer', senza intermediari².

La rilevanza della tecnologia blockchain è tale da aver indotto svariati legislatori a normare il fenomeno, incluso quello italiano. Ai sensi dell'art. 8 *ter*, comma primo, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito con legge 11 febbraio 2019, n. 12

Si definiscono «tecnologie basate su registri distribuiti» le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

Gli smart contract sono diventati popolari a seguito dell'introduzione, nel 2015, della blockchain Ethereum, ma la nozione degli stessi risale agli scritti di Nick Szabo degli anni '90 del secolo scorso³. Szabo, infatti, aveva teorizzato l'automatizzazione contrattuale utilizzando software e hardware – come nel caso della 'vending machine' – per evitare il rischio di inadempimento e successivo contenzioso. Gli smart contract, in quanto software, esprimono obbligazioni contrattuali secondo i principi della logica computazionale, ossia secondo la struttura sintattica se-allora-altrimenti.

Con l'avvento della tecnologia blockchain, l'uso degli smart contract è cresciuto ad un ritmo sempre più accelerato. Uno dei primi usi è stato l'emissione di token, ossia criptovalute programmabili con istruzioni e funzioni aggiuntive che, più recentemente, hanno portato allo sviluppo di soluzioni di finanza decentralizzata. In quanto eseguiti su tecnologia blockchain, gli smart contract sono anch'essi immutabili, trasparenti, verificabili e tracciati.

Anche in tale caso, il legislatore italiano ha definito il fenomeno con l'art. 8 *ter*, comma secondo, del menzionato decreto legge:

Si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

A titolo esemplificativo, proprio nell'ambito della menzionata finanza decentralizzata, con gli smart contract si possono gestire in modo automatizzato scambi tra

2 Nakamoto 2008.

3 Per approfondimenti, si rimanda a Szabo 1994; Szabo 1995; Szabo 1996.

token diversi, si pensi a piattaforme come UniSwap e PancakeSwap dove i rapporti tra gli utenti sono integralmente gestiti con smart contract.

Gli smart contract possono essere adottati per rapporti più complessi di semplici trasferimenti monetari o di valuta. A tal fine, è necessario che gli smart contract ricevano dati da fonti esterne chiamate ‘oracoli’ il cui compito è tradurre le informazioni fornite da una piattaforma esterna in modo che un’applicazione decentralizzata possa ricevere dati dal mondo esterno colmando così le lacune dello smart contract⁴. Queste lacune possono essere la fissazione di un termine o l’avveramento di circostanze successive alla formazione del contratto.

In sintesi, dunque, uno smart contract è un software immutabile che, seguendo le istruzioni scritte nel codice informatico, automatizza un processo fornendo un risultato (output) a seguito dell’avverarsi di un evento (input) che può essere un dato interno alla blockchain di riferimento (smart contract deterministico) o esterno alla stessa e fornito da oracoli (smart contract non-deterministico).

Un tema nodale, sempre più sentito negli ultimi tempi, è se uno smart contract (a prescindere che sia deterministico o non-deterministico) abbia validità legale diventando, dunque, uno smart legal contract⁵. In linea generale, si può affermare che uno smart contract è un software e non un contratto a meno che non siano soddisfatti alcuni requisiti rigorosi (quali quelli elencati all’art. 1325 c.c.). In altre parole, uno smart contract è un mezzo per automatizzare l’esecuzione di obbligazioni contrattuali e l’implementazione di uno smart contract permette l’esecuzione automatica del contratto legale tramite blockchain⁶.

Sul punto, particolarmente rilevante risulta il lavoro della UK Jurisdiction Taskforce⁷ secondo cui uno smart legal contract è uno smart contract che è, o è parte di, un contratto legale vincolante secondo uno dei seguenti tre modelli operativi:

- ‘Solo Codice’: il codice è scambiato tra le parti ed è usato per automatizzare il rapporto contrattuale;
- ‘Interno’: il documento scritto include sia linguaggio naturale sia codice informatico;
- ‘Esterno’: vi sono due documenti, uno è il contratto redatto in linguaggio naturale e l’altro è lo smart contract in linguaggio informatico.

Come già anticipato, un token è una rappresentazione di valore in forma digitale basata sulla tecnologia blockchain. Il fenomeno è decisamente eterogeneo ed è pratica comune distinguere i token in tre categorie, in base alle loro funzioni:

- i token di pagamento sono utilizzati come mezzi di scambio;
- i token di utilità sono quelli necessari per accedere a una piattaforma digitale al fine di usarne i servizi;

4 Per approfondimenti sulla funzione degli oracoli, si veda Buck 2017.

5 Grigg 2011.

6 Per approfondimenti, si veda Battaglini – Nicorelli 2021.

7 UK Jurisdiction Taskforce 2019, *Legal statement on cryptoassets and smart contracts*. Disponibile su https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf (accesso: 21 novembre 2021).

- i token di investimento incorporano o rappresentano strumenti finanziari o prodotti di investimento.

Con i token, è possibile creare micro-economie nelle piattaforme digitali con incentivi e disincentivi di tipo, *lato sensu*, economico: tale metodo è chiamato ‘tokenomia’ o ‘tokenomica’.

2. Nascita delle piattaforme decentralizzate di risoluzione dispute

Con l’avvento della blockchain e il diffondersi degli smart contract, sono nate piattaforme decentralizzate di risoluzione dispute, chiamate anche ‘decentralised dispute resolution’ (DDR)⁸.

Tale sviluppo sembra dovuto a due ordini di ragioni.

In primo luogo, gli ordinamenti nazionali e internazionali riconoscono diverse modalità di risoluzione delle controversie quali arbitrato, mediazione, conciliazione, negoziazione assistita, ibridi mediazione-arbitrato e determinazioni degli esperti. Questi metodi alternativi sono nati dalla necessità di offrire modi più rapidi per risolvere le controversie. Tale spinta ha portato, nel ventunesimo secolo, diverse piattaforme digitali ad adottare meccanismi di risoluzione delle controversie incorporati nelle piattaforme stesse, basti pensare a eBay e Paypal, alle violazioni della proprietà intellettuale su YouTube, alle recensioni su Airbnb e TripAdvisor. Tali meccanismi di ‘online dispute resolution’ (ODR) forniscono ai commercianti e ai consumatori un accesso più facile alla risoluzione dispute a costi minimi o nulli. E anche l’Unione Europea si è dotata di una propria piattaforma online per le controversie transfrontaliere tra commercianti e consumatori.

Tuttavia, i sistemi di risoluzione dispute qui menzionati presentano una o più delle seguenti limitazioni:

- le decisioni non hanno esecutività immediata;
- le procedure soffrono di mancanza di trasparenza;
- sono progettati per la piattaforma di cui fanno parte e quindi non possono servire come modello universalmente applicabile per tutti i tipi di disputa;
- non vi sono procedure di appello.

In secondo luogo, sono sempre di più le piattaforme che usano smart contract per gestire i rapporti contrattuali tra gli utenti, come le già menzionate piattaforme di finanza decentralizzata. E, nonostante l’automazione delle obbligazioni contrattuali e l’uso di oracoli, lo stato attuale della tecnologia non è sufficiente per fornire valutazioni di elementi soggettivi, compresi i principi di correttezza e buona fede. Ne deriva come anche le piattaforme blockchain possono far sorgere dispute tra le parti che non possono essere evitate dagli automatismi informatici. Se, da un lato, un’implementazione come quella degli oracoli rafforza certamente la capacità di automazione degli smart contract, dall’altro, quando si tratta di risolvere controversie derivanti da transazioni complesse, non vi è alternativa all’intervento uma-

8 Per un approfondimento sulla rilevanza della decentralizzazione, si rimanda a Dixon 2018.

no, soprattutto nei casi in cui la valutazione di determinati elementi passa attraverso un giudizio soggettivo e non automatizzabile. Discorso simile vale per rapporti contrattuali le cui prestazioni hanno carattere soggettivo o comunque slegate da parametri oggettivi: si tratta di prestazioni che non possono essere automatizzate con codice informatico.

Alla luce dei sopra descritti limiti dei tradizionali metodi di risoluzione di dispute e di quelli insiti negli smart contract, nonché delle spinte interne al settore blockchain stesso, desideroso di realizzare strumenti di risoluzione di dispute basati su tale tecnologia in modo da restare al di fuori dei circuiti statali o comunque regolamentati, sono dunque stati sviluppati i sistemi DDR che uniscono immutabilità e tracciabilità della blockchain, automazione degli smart contract e flessibilità dell'intervento di un oracolo umano⁹.

Vi è una significativa area di opportunità per le piattaforme DDR in quanto vi è una significativa domanda di metodi di risoluzione di dispute efficienti, poco costosi e veloci. Il presupposto è che lo sviluppo di protocolli basati su blockchain possa semplificare la risoluzione delle controversie tra attori privati e rendere i procedimenti più efficienti.

Bisogna tuttavia subito precisare come, in assenza di un quadro giuridico dedicato, le piattaforme DDR non possono essere considerate un arbitrato valido con decisioni giuridicamente vincolanti. I sistemi DDR a oracolo umano possono pertanto essere definite come protocolli di aggiudicazione basati su blockchain e smart contract in cui l'essere umano è coinvolto in modo decentralizzato per colmare le lacune degli smart contract e risolvere le controversie sulla base di incentivi e disincentivi derivanti da una dedicata tokenomia.

3. Descrizione delle esistenti piattaforme decentralizzate di risoluzione di dispute

Alla data di redazione del presente contributo, risultano esistenti tre piattaforme DDR: Jur Open Layer (www.jur.io), Kleros Court (www.kleros.io) e Aragon Court (www.aragon.org).

Jur Open Layer

Jur ha reso disponibile sul mercato, nel 2019, una piattaforma di gestione dell'adempimento contrattuale con annesso meccanismo di risoluzione di dispute decentralizzato chiamato 'Open Layer' il cui funzionamento è basato sui principi economici della teoria dei giochi e sulla teoria sociologica della saggezza della folla applicati anche per il tramite del token JUR, che è la criptoattività che alimenta l'ecosistema.

Le parti caricano nel sistema un contratto tradizionale firmato e indicano gli elementi chiave a cui una o entrambe le parti devono aderire affinché gli obblighi contrattuali possano essere considerati eseguiti. Fatto ciò, le parti indicano quali

9 Per una interessante riflessione sul tema, si veda Ortolani 2018.

sono le evidenze da fornire per dimostrare l'avvenuto adempimento e depositano token JUR in via fiduciaria tramite un apposito smart contract in numero coerente con il valore del contratto stesso.

In caso di disputa, ogni parte carica sulla piattaforma una proposta economica di risoluzione della disputa espressa in token JUR, fornendo documenti a sostegno della propria tesi. Per aprire una controversia, la parte ricorrente deve depositare un numero di token JUR pari ad almeno 1% del valore del contratto oggetto di disputa. Tale deposito vale come se fosse un voto per cui i relativi token JUR seguiranno le regole di distribuzione indicate di seguito.

Completata questa fase introduttiva, ogni possessore di token JUR presente sull'Open Layer potrà agire come votante usando una certa quantità di token JUR e avrà tre scelte: votare per il ricorrente, votare per il resistente, rifiutare la disputa. Il voto di rifiuto è stato introdotto per superare il rischio che due parti sottopongano al sistema una disputa inerente a un contratto illegale o contraria a diritti inviolabili.

Al termine del periodo di voto, l'Open Layer esegue due procedure.

La prima riguarda le parti della controversia: il sistema confronta il numero di voti espressi in favore di ciascuna parte e la proposta che avrà ottenuto il maggior numero di voti verrà messa in esecuzione in modo automatico tramite lo smart contract ove erano stati depositati i token JUR a fini fiduciari.

La seconda riguarda i votanti: coloro i quali hanno votato per la proposta che ha ricevuto il maggior numero di voti riceveranno, in aggiunta ai propri token JUR usati per votare, anche i token JUR di coloro che hanno votato l'altra proposta. Si noti che i token JUR di ricompensa sono assegnati solo a quei votanti il cui voto è stato determinante per raggiungere la maggioranza. Pertanto, se la proposta vincente ricevesse 15 voti e quella perdente 10 voti, solo i votanti dei primi 11 voti riceverebbero, in modo proporzionale, i token della parte minoritaria.

Qualora prevalessero i voti per il voto di rifiuto, i token JUR versati a titolo di deposito fiduciario sarebbero restituiti e i votanti di maggioranza otterrebbero i token dei votanti che hanno selezionato una delle due soluzioni proposte dalle parti. Se i votanti di rifiuto non prevalgono, allora i relativi token JUR sarebbero distribuiti a coloro che hanno votato per la proposta vincente.

Da tale descrizione dell'Open Layer, si possono evincere due aspetti. Il primo è che le parti non versano compensi ai votanti. Il secondo: l'Open Layer non è un sistema di voto democratico in cui ogni persona ha un voto, ma ogni votante ha influenza in proporzione alla quantità di token JUR usati per la singola disputa.

Come anticipato, il descritto meccanismo di incentivi e disincentivi economici è basato sulla teoria dei giochi e, in particolare, sul 'Punto di Schelling' secondo cui i partecipanti, di fronte a una domanda, sono tenuti a prevedere la risposta degli altri partecipanti: se queste persone hanno un incentivo adeguato, sotto forma di una ricompensa, e non sono in grado di comunicare tra loro, dovrebbero fornire la risposta corretta alla domanda in quanto non vi sarebbe incentivo a comportarsi diversamente. Come chiarisce Schelling, il 'punto focale' è una soluzione del gioco che le persone tenderanno a usare in assenza di comunicazione.

L'Open Layer funziona proprio su questo principio. Ai possessori di token JUR viene chiesto di selezionare la proposta più equa e, se prevedono la posizione della

maggioranza, saranno ricompensati. La migliore strategia per ottenere la ricompensa è prevedere ciò che gli altri possessori di token JUR pensano sia giusto. La possibile ricompensa in token JUR o la perdita di quelli usati per votare rappresentano la tokenomia della piattaforma, ossia il sistema di incentivi e disincentivi economici in favore di una previsione corretta del voto di maggioranza. Il punto focale all'interno dell'Open Layer è, dunque, prevedere quale proposta di soluzione della disputa sarà considerata la più equa dalla maggioranza dei votanti.

Il sistema prevede una serie di ulteriori regole, correttivi e meccanismi di incentivo e disincentivo per evitare comportamenti distortivi.

Innanzitutto, ogni votante ha lo stesso sistema di incentivi e le stesse informazioni.

In secondo luogo, il sistema è tale per cui una proposta può al massimo ricevere un numero di voti pari al doppio dei voti dell'altra; questo serve a evitare che un possessore di molti token JUR falsi il meccanismo di voto.

Inoltre, solo i votanti i cui voti sono necessari per creare e mantenere la maggioranza sono ricompensati con i token JUR della parte minoritaria in base a un principio di cronologia del voto. Ciò significa che i votanti che compongono la maggioranza devono votare in tempi brevi in modo che i loro voti siano necessari per determinare la maggioranza. Ciò comporta che i votanti non sono solo incentivati a votare secondo l'equità percepita dalla maggioranza, ma anche a votare rapidamente per essere rilevanti per quella maggioranza.

Ancora, nel caso in cui un numero insolitamente alto di voti venga ricevuto negli ultimi 30 minuti di votazione, il limite di tempo viene esteso automaticamente.

Infine, l'ultima regola è chiamata "Clausola di sicurezza". Qualora il numero di token JUR usati per votare sia anormalmente alto rispetto al valore della disputa, l'Open Layer rinverrà automaticamente la controversia a un sistema di arbitrato online che riflette i principi della Convenzione di New York e la Legge Modello UNCITRAL. Come tale, la sua attivazione è legittima a condizione che le parti abbiano espresso il loro consenso all'arbitrato in una specifica clausola arbitrale. Il 50% dei token JUR usati per il voto sarà utilizzato per pagare l'arbitro. La clausola di sicurezza ha dunque lo scopo di scoraggiare o correggere qualsiasi manovra impropria compiuta dai votanti in possesso di una grande quantità di token JUR.

Dalla descrizione così fornita, risulta evidente che l'Open Layer è un sistema di voto – un'aggiudicazione – e non un procedimento avente forza legale vincolante. L'elemento caratterizzante è l'esecuzione automatica del voto tramite smart contract, unito a costi quasi nulli per le parti.

L'Open Layer, inoltre, non è adatto per dirimere controversie commerciali complesse dove, per esempio, l'esame di molta documentazione o la strutturazione di un complesso ragionamento giuridico sono necessari per arrivare a una decisione. Inoltre, non è adatto per controversie che coinvolgono decisioni diverse o in aggiunta al semplice trasferimento di somme di denaro.

Kleros Court

Il progetto Kleros, sviluppato sulla blockchain Ethereum, si propone di fornire un servizio di arbitrato decentralizzato poco costoso e veloce tramite cosiddetti 'jurors' che analizzano e decidono le dispute. Di particolare rilevanza è l'uso di un

meccanismo cosiddetto di ‘crowdsourcing’ dove i soggetti chiamati a dirimere la controversia ricevono un incentivo economico rappresentato da un token chiamato Pinakion, termine del greco antico che indica una tavoletta sulla quale venivano incisi i riferimenti identificativi dei giurati¹⁰.

La prima fase del procedimento di risoluzione dispute tramite Kleros Court è svolta dalle parti le quali sono tenute a selezionare il tipo di tribunale, in base alla materia, tra quelli presenti sulla piattaforma e fornire i documenti a sostegno delle proprie tesi. Le parti sono tenute a depositare immediatamente la criptovaluta Pinakion o Ether (la criptovaluta della blockchain Ethereum) per il pagamento dei giurati.

Quindi, il sistema seleziona i giurati in modo casuale e attribuisce agli stessi un numero di voti. Le probabilità di essere scelti e il numero di voti a disposizione dipende dalla quantità di token Pinakion depositati da ciascun giurato per cui è possibile che un giurato abbia più voti di un altro giurato. Operata tale selezione, il sistema sottrae automaticamente una certa quantità di Pinakion dal deposito e li trasferisce in un altro smart contract a garanzia dell’operato del giurato nella disputa specifica.

I giurati, dopo aver esaminato il caso, esprimono il proprio voto. Alcuni chiarimenti sono necessari:

- i giurati possono rendere il proprio voto pubblico solo alla scadenza del termine previsto oppure quando tutti i giurati hanno espresso il proprio voto: ciò serve a evitare che i giurati si influenzino a vicenda;
- i giurati possono votare in favore di una delle parti o possono rifiutare di votare qualora ritenessero il caso contrario a norme imperative o illegale;
- i giurati sono autorizzati a raccogliere ulteriori dati dal “mondo reale” al fine di prendere una decisione nel merito.

La parte che riceve il maggior numero di voti si aggiudica la vittoria del procedimento, i giurati che hanno votato in modo coerente alla maggioranza ottengono una porzione della criptovaluta depositata dalle parti a inizio disputa e una porzione dei Pinakion dei giurati che hanno votato con la minoranza posti a garanzia a inizio procedimento: le porzioni distribuite dipendono dal numero di voti che ciascun giurato aveva a disposizione. In altre parole, i giurati sono motivati a votare in coerenza con la maggioranza sulla base di incentivi economici derivanti dalla teoria dei giochi e dal Punto di Schelling sopra visto.

Qualora una delle parti non sia soddisfatta dal verdetto, la stessa potrà proporre appello (*rectius*: secondo voto). In tale sede, il numero dei giurati diventa il doppio più uno rispetto al procedimento precedente. Anche in tale caso, le parti sono tenute a versare i compensi per i giurati in anticipo trasferendo criptovaluta in un apposito smart contract: dato che i giurati aumentano, anche i compensi saranno più alti. Dall’esame della documentazione disponibile, sembra di capire che le parti possono richiedere più volte una revisione del caso, ogni volta incrementando il numero di giurati e le relative spese. In tal modo, vi è un disincentivo economico a chiedere troppi appelli.

Si noti che il sistema dell'appello ha anche la funzione di superare il rischio di eventuali manipolazioni del voto. Infatti, corrompere una piccola giuria è relativamente facile ma, poiché l'altra parte ha la possibilità di richiedere, più volte, il secondo voto, la parte in mala fede dovrebbe continuare a corrompere un numero sempre più alto di giurati ad un costo sempre crescente. Inoltre, tale comportamento renderebbe il sistema non più affidabile con conseguente abbandono della piattaforma e perdita di valore del Pinakion: il manipolatore, in sostanza, si troverebbe a possedere un bene digitale senza valore.

Il meccanismo di risoluzione delle dispute di Kleros è qualificato, sul sito stesso, come 'arbitrato'. Tuttavia, dal punto di vista giuridico, non pare possibile ricondurlo effettivamente all'arbitrato commerciale *stricto sensu*. Basti pensare agli aspetti formali e procedurali: i giurati non sono noti e non firmano le decisioni e, inoltre, non possono gestire il procedimento in quanto pre-determinato dalla piattaforma. Il protocollo Kleros Court, dunque, pare essere un sistema di aggiudicazione.

Sul punto, risulta di particolare interesse quanto recentemente accaduto in Messico con riferimento a un contratto di locazione di immobile che includeva una clausola arbitrale che prevedeva l'uso, da parte dell'arbitro unico, del protocollo Kleros Court al fine di fornire la decisione arbitrale. In particolare, in base alla clausola compromissoria, l'arbitro era tenuto a:

- redigere l'ordinanza procedurale, ossia un documento contenente il riassunto esecutivo con gli aspetti rilevanti della controversia, le posizioni e gli argomenti delle parti, nonché le prove a sostegno;
- inviare tale ordinanza alla piattaforma Kleros in modo che, sulla base dei suoi protocolli, potesse emettere la decisione;
- incorporare tale decisione nel proprio lodo come sostanza della decisione stessa.

Ed è quanto effettivamente accaduto nel 2020, con lodo arbitrale conclusosi in favore del locatore sulla base di un procedimento decisionale intervenuto su Kleros Court incorporato e formalizzato nel lodo stesso. Il locatore ha quindi presentato istanza presso il tribunale messicano dello stato del Jalisco per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo. Il 28 maggio 2021, la Corte messicana ha riconosciuto il procedimento arbitrale come valido e ha autorizzato l'esecuzione del lodo.

Kleros Court, dunque, ha svolto la funzione di 'strumento' – e non di 'sistema' – di risoluzione delle controversie nell'ambito di un procedimento arbitrale tradizionale creando, di fatto, un sistema ibrido nell'ambito delle cornici giuridiche esistenti.

Aragon Court

Aragon Court è un protocollo di risoluzione delle controversie sviluppato dal progetto Aragon e basato sul ruolo dei 'guardiani' e sull'uso del token ANT.

La prima fase del procedimento decisionale consiste nella creazione della controversia e versamento di una garanzia da parte delle parti in causa, seguito da un periodo di sette giorni entro il quale le parti possono presentare le proprie prove. Decorso tale termine, iniziano i turni di voto fino al raggiungimento di una decisione finale, ossia quando nessuna delle due parti avrà più richiesto un appello.

La seconda fase consiste nella selezione dei guardiani da parte del sistema. Per poter essere selezionato, un utente è tenuto a depositare i token ANT e la probabilità di essere scelto per giudicare una controversia è legata al numero dei token depositati. Quando un guardiano è selezionato, una quantità di token ANT pari al 30% del saldo minimo depositato da quest'ultimo viene bloccata e sarà successivamente distribuita ai guardiani che avranno votato con la maggioranza in sede di decisione finale. Tenendo conto che vi possono essere fino a quattro appelli, un guardiano potrebbe essere selezionato più volte: il potere di voto è proporzionale al numero di volte in cui si è selezionati prima della decisione finale.

Come risulta evidente, anche Aragon Court applica il principio del Punto di Schelling per cui il guardiano è chiamato a esprimere il proprio voto in base a quella che ritiene sarà la posizione della maggioranza dei guardiani votanti. Sul punto, si segnala che il mancato voto è penalizzato come se il guardiano avesse votato con la minoranza.

Il guardiano ha tre scelte di voto: votare in favore di una delle parti o rifiutare di votare, sempre tenendo conto di ciò si ritiene voterà la maggioranza.

I voti sono segreti fino alla fine del periodo di voto, che dura 48 ore. Terminato questo periodo, il guardiano ha ulteriori 48 ore per rendere pubblico il proprio voto.

Se le parti procedono con l'appello, inizia un nuovo turno di voto come appena descritto con la precisazione che il numero di guardiani triplica a ogni nuovo appello.

Una volta che una decisione è assunta senza alcun appello, la decisione si considera finale e viene inviata allo smart contract relativo alla controversia per la conseguente distribuzione dei token.

Come nei casi Jur Open Layer e Kleros Court, anche Aragon Court non risulta un procedimento legalmente vincolante e, dunque, può essere considerato un sistema di aggiudicazione.

4. Gli svantaggi dei sistemi DDR

I progetti DDR discussi nella precedente sezione implementano soluzioni basate su oracoli umani, ma le scelte progettuali inerenti alle meccaniche e al funzionamento della piattaforma sono tali da non assicurare contraddittorio, giudizio imparziale, gestione della procedura, udienze orali, decisioni adeguatamente motivate. Come detto, tali sistemi non sono adatti a effettuare esami approfonditi dei casi e per emettere decisioni vincolanti, soprattutto se paragonati a un arbitro.

E infatti, la presenza di incentivi economici a votare con la maggioranza si traduce in un processo decisionale basato sulla previsione del voto della maggioranza e non esclusivamente sul merito della controversia¹¹. Per esempio, supponiamo che

11 Per approfondire il tema del punto focale nei processi decisionali, si vedano McAdams 2000: 1649-1729 e Schelling 1958.

uno dei votanti sia un giurista con una profonda conoscenza degli aspetti giuridici sottesi alla vicenda in esame: quest'ultimo sarà spinto a votare in base alla sua valutazione di come voterà la maggioranza e non in base alla sua competenza tecnica. Ciò non è coerente con un processo decisionale equo e imparziale.

Legato a questo aspetto, vi è la circostanza per cui la correttezza della decisione non deriva dalle competenze professionali del decisore, ma dall'architettura informatica della piattaforma DDR e dalle regole di tokenomia applicate.

Si consideri, ancora, che le decisioni non sono scritte e non sono motivate, si ha solo un voto.

Inoltre, sebbene questi modelli basati su oracoli umani includano meccanismi di selezione che mirano a ottenere votanti con adeguate competenze e qualità, tuttavia non forniscono un controllo diretto sulla correttezza del processo decisionale e delle decisioni stesse.

Ancora: giusto processo e contraddittorio sono pietre angolari di tutti i sistemi di risoluzione delle controversie. I sistemi DDR visti non presentano regole per gestire lo scambio e i flussi di atti difensivi e prove o dibattiti orali tra le parti.

Alla luce di quanto sopra, una decisione ottenuta tramite un sistema DDR si espone a numerose critiche da un punto di vista giuridico e, di conseguenza, potrebbe essere interpretata nei modi più disparati da un tribunale, con molteplici argomentazioni e valutazioni. Infatti, i tribunali sarebbero chiamati a valutare la conformità della decisione ai vari tipi di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie riconosciuti o la validità della auto-esecuzione degli smart contract.

La decisione del sistema DDR potrebbe essere considerata un effettivo lodo arbitrale carente di taluni elementi formali, ma questa ipotesi sembra piuttosto remota. Oppure, potrebbe essere intesa quale accordo transattivo: questa soluzione sembra maggiormente percorribile ma le piattaforme sopra viste richiederebbero taluni accorgimenti formali per garantire questo tipo di interpretazione. In alternativa, il tribunale potrebbe riconoscere la validità della procedura online ma rivedere completamente la decisione nel merito o il tribunale potrebbe dichiarare la decisione nulla perché la procedura online non è conforme al quadro giuridico che disciplina l'ADR. Peraltro, dato che la decisione (ossia il trasferimento di fondi) resa dalla piattaforma DDR sarà già stata eseguita per mezzo di smart contract, l'unico rimedio della parte perdente è quello di ottenere una decisione del tribunale che ordini alla parte vincente di restituire quanto ottenuto o un equivalente.

Queste sono solo alcune delle ipotesi che potrebbero concretizzarsi rispetto a un procedimento di contestazione della validità di una decisione ottenuta tramite sistemi DDR. Il tema centrale è che, in tale caso, la piattaforma DDR diventerebbe la causa dell'evento che avrebbe dovuto evitare: un complesso contenzioso davanti ai tribunali nazionali.

5. I vantaggi dei sistemi DDR

Visti gli svantaggi dei sistemi DDR, passiamo ora a esaminare i vantaggi degli stessi, in particolare rispetto all'arbitrato e agli attuali sistemi di ODR.

Sul punto, sembrano opportune due brevi digressioni su arbitrato e mediazione.

L'arbitrato è vincolante e applicabile (secondo la Convenzione di New York), ed è inoltre considerato più rapido, ma più costoso, di un giudizio ordinario.¹² Per cui non pare adatto a dirimere controversie di basso valore, soprattutto se aventi carattere internazionale. Quanto alla mediazione, ci sono stati sviluppi positivi, tra cui l'adozione della Convenzione di Singapore sulla mediazione in data 20 dicembre 2018 che fornisce un quadro giuridico armonizzato per l'esecuzione degli accordi di mediazione. Tuttavia, alla data di redazione del presente contributo, solo otto paesi hanno ratificato la convenzione. Anche la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale ha lo scopo di armonizzare e rafforzare tale strumento di risoluzione dispute. In ogni caso, i risultati della mediazione dipendono in gran parte dal potere contrattuale relativo delle parti: la mediazione può non essere efficace se una delle parti non è disposta a cooperare o a scendere a compromessi o ha un potere contrattuale significativamente maggiore rispetto all'altra.

Inoltre, i lodi arbitrali o gli accordi di conciliazione a seguito di mediazione, se non adempiuti volontariamente dalle parti, richiedono un procedimento esecutivo davanti al tribunale locale, con aggravio di tempi e costi, il tutto amplificato in contesti internazionali e transnazionali¹³.

Ciò detto, il primo vantaggio dei sistemi DDR è una riduzione di costi e tempi necessari per risolvere le controversie. Come visto, la decisione sui sistemi DDR si ottiene in pochi giorni a costi irrisori grazie alle dedicate tokenomie.

Il secondo è l'immediata esecuzione della decisione tramite smart contract: le piattaforme DDR trasferiscono i fondi in criptovaluta automaticamente prelevando dai depositi vincolati.

I sistemi DDR possono inoltre essere integrati o comunque adottati in qualsiasi altra piattaforma online superando la necessità sentita da diversi operatori, come visto più sopra, di creare proprie soluzioni di ODR interne risparmiando i costi di progettazione, funzionamento e manutenzione della propria piattaforma proprietaria.

Discorso simile vale per le applicazioni decentralizzate (chiamate dApp), ossia soluzioni software basate su blockchain, come i sempre più diffusi videogiochi online sviluppati con tecnologia a registro distribuito e la già più volte menzionata finanza decentralizzata: un sistema DDR potrebbe essere adottato da tali piattaforme per dirimere eventuali controversie insorte tra gli utenti permettendo agli stessi di gestire tutto il rapporto contrattuale online e con tecnologia decentralizzata.

In sintesi, i sistemi DDR sono caratterizzati da:

- uso della tecnologia blockchain per rendere trasparenti i processi decisionali;
- meccanismi decisionali basati su tokenomia per garantire l'imparzialità del voto e l'incorruttibilità del sistema;

12 United Nations Commission On International Trade Law 2019, *Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-Ninth Session*. Disponibile su <https://undocs.org/A/CN.9/1085> (accesso: 21 novembre 2021).

13 DiMatteo – Infantino – Potin 2021.

- tempi brevi del processo decisionale;
- funzioni di deposito e trasferimento automatico di criptovaluta attraverso smart contract per automatizzare l'esecuzione delle decisioni;
- costi minimi di accesso per gli utenti grazie alla tokenomia della piattaforma.

6. Conclusioni

Gli attuali sistemi di risoluzione dispute, con ciò intendendosi non solo arbitro e mediazione ma anche i sistemi di ODR, presentano criticità e svantaggi che appaiono incoerenti con talune esigenze del commercio e dei rapporti contrattuali tra persone e imprese.

Tale scenario porta verso nuove soluzioni di privatizzazione della giustizia gestite con tecnologia digitale e, in particolare, con quella blockchain e con gli smart contract¹⁴. E infatti, il modello DDR fornisce un accesso efficiente, in termini di costi e tempi, per la risoluzione di dispute di basso valore, internazionali o relative a rapporti nati su piattaforme decentralizzate.

Tuttavia, le soluzioni DDR, per i numerosi e validi motivi visti, non sono adeguate a dirimere controversie:

- di medio-alto valore che richiedono una sentenza o un lodo legalmente vincolante;
- di complessità tale da necessitare approfondimenti tecnici e giuridici, dibattiti orali o comunque competenze professionali di alto profilo;
- inerenti a prestazioni diverse dal mero trasferimento di valori economici.

In tale quadro, e alla luce delle descritte caratteristiche dei sistemi DDR, gli stessi rappresentano una soluzione pratica per la risoluzione delle controversie aventi a oggetto micro-transazioni o comunque transazioni di basso valore, in particolare se di carattere internazionale, o inerenti a rapporti contrattuali online, specie se sorti su piattaforme decentralizzate. In altre parole, il modello DDR può offrire l'accesso alla giustizia (*rectius*: risoluzione dispute) a contenziosi che, altrimenti, rischierebbero di non trovare soddisfazione alcuna con gli attuali strumenti disponibili.

Vi è, in sostanza, una domanda di 'giustizia' che non trova risposta negli attuali meccanismi di risoluzione dispute ed è proprio in questo spazio che i sistemi DDR possono trovare la maggior applicazione e, soprattutto, la propria ragione d'essere.

Ma il ragionamento può portare a un'ulteriore conclusione di natura prospettica.

Le soluzioni DDR rappresentano la base di modelli completamente nuovi che abilitano, grazie all'applicazione dei principi della teoria dei giochi, la cooperazione tra individui ignoti con una dedicata tokenomia atta a garantire l'incorruttibilità del sistema e, di conseguenza, l'affidabilità della decisione finale, il tutto in un contesto tecnologico che permette di verificare i flussi informativi e automatizzare le decisioni assunte.

Si tratta, in sostanza, di un fenomeno in grado di creare modelli e tendenze completamente nuovi che non possiamo prevedere soprattutto se prendiamo in

considerazione l'integrazione con soluzioni di intelligenza artificiale e di internet delle cose la cui combinazione porterà a un nuovo livello di efficacia dei sistemi DDR e a un'evoluzione, in senso digitale e di parziale automazione, dei tradizionali sistemi di risoluzione dispute con l'introduzione di modelli ibridi.

Bibliografia

- Battaglini R., Giordano M.T. (a cura di) 2019, *Blockchain e Smart Contract*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Battaglini R., Nicorelli P., (2021), *Smart Legal Contract: dall'idea al codice*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Buck J., 2017, *Blockchain Oracles, Explained*, Cointelegraph. Disponibile su <https://cointelegraph.com/explained/blockchain-oracles-explained> (accesso: 21 novembre 2011).
- De Filippi P., Wright A. 2019, *Blockchain and the Law*, Harvard: Harvard University Press.
- DiMatteo L.A., Infantino M. e Potin N., 2021, *Cambridge Handbook of Judicial Control over Arbitral Awards*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dixon C., 2018, *Why Decentralization Matters*. Disponibile su <https://onezero.medium.com/why-decentralization-matters-5e3f79f7638e> (accesso 21 novembre 2021).
- Finck M., 2018, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Grigg I., *The Ricardian Contract*. Disponibile su https://iang.org/papers/ricardian_contract.html (accesso: 21 novembre 2011).
- Lesage C., Ast F., George W., 2019, *Kleros Short Paper*. Disponibile su <https://kleros.io/whitepaper.pdf> (accesso: 21 novembre 2011).
- McAdams R.H., 2000, "A focal point theory of expressive law", *Virginia Law Review*, 1649-1729.
- Nakamoto S., 2008, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Disponibile su <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (accesso: 21 novembre 2011).
- Ortolani P., 2016, "Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin", *Oxford Journal of Legal Studies* 36(3).
- Ortolani P., 2018, "The Judicialisation of Blockchain", *Social Science Research Network* 31. Disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3230880> (accesso: 21 novembre 2021).
- Schelling T.C., 1958, "The strategy of conflict. Prospectus for a reorientation of game theory", *Journal of Conflict Resolution*, 2(3).
- Szabo N., 1994, *Smart Contracts*. Disponibile su <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (accesso: 21 novembre 2011).
- Szabo N., 1995, *Smart Contracts Glossary*. Disponibile su <https://nakamotoinstitute.org/smart-contracts-glossary/> (accesso: 21 novembre 2011).
- Szabo N., 1996, *Smart Contracts: building blocks for digital markets*. Disponibile su https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (accesso: 21 novembre 2011).
- United Nations Commission On International Trade Law 2019, *Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-Ninth Session*. Disponibile su <https://undocs.org/A/CN.9/1085> (accesso: 21 novembre 2021).
- UK Jurisdiction Taskforce 2019, *Legal statement on cryptoassets and smart contracts*. Disponibile su <https://35z8e83m1h83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/>

uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf (accesso: 21 novembre 2021)

Wanda D'Avanzo*

*Dematerializzazione dei dati ed e-Government.
Problemi e prospettive per l'informatica giuridica*

Abstract: The issue of digitization is complex and vast because it implies the reference to various fundamental concepts for the legal sciences: governance, organizational and management strategies, data management and increasingly sophisticated technologies, the problem of training the jurists of the future. In the European strategy, the potentialities inherent in the management of digital data and the most advanced technologies are evaluated as a fundamental factor in pursuing the main sustainable development goals of the coming years. In the public sector, in particular, the digital transition represents a fundamental field of application, of specific interest for legal informatics.

Keywords: Governance – sustainable development – legal informatics – digital data – digital administration italian code

1. Introduzione

Il tema della digitalizzazione è complesso e vasto perché implica il richiamo a diversi concetti fondamentali per le scienze giuridiche: la *governance*, le strategie organizzative e di *management*, la gestione dei dati e di tecnologie sempre più sofisticate, il problema della formazione dei giuristi del futuro.

Si tratta di argomenti – per la verità – non nuovi nel dibattito della filosofia del diritto e dell'informatica giuridica, ma che oggi assumono una rinnovata e più stringente attualità. La crisi economica globale causata dall'emergenza sanitaria da COVID-19, che ha investito tutti i settori produttivi, pubblici e privati, ha dato una forte spinta all'uso degli strumenti digitali e ha mostrato le – ancora molte – criticità legate all'introduzione e all'uso delle nuove tecnologie.

Aziende e pubbliche amministrazioni, chiamate a fronteggiare le sfide aperte dalla crisi pandemica, devono mantenere la propria competitività sul mercato e devono essere in grado di rinnovarsi e cogliere le nuove opportunità organizzative offerte della tecnica. Di fronte a questo scenario, è, quindi, facile comprendere perché, nella riflessione giuridica contemporanea, sia diventato d'importanza

* Professore aggregato di *E-Governance e società digitali* presso l'Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro – wanda.davanzo@unicz.it.

fondamentale affrontare, in modo deciso, il tema della digitalizzazione e della formazione universitaria sui temi ad essa connessi.

Com'è noto, quando si parla di tecnologie dell'informazione e della comunicazione si fa riferimento all'insieme dei sistemi informatici e digitali di raccolta ed elaborazione di dati. Nel loro percorso di evoluzione dagli anni '70 del '900 ad oggi, queste tecnologie hanno assunto, man mano, il ruolo di leve strategiche per il cambiamento della società globale e si stanno imponendo come strumenti di *management* organizzativo avanzato per le imprese e per le pubbliche amministrazioni. Con il più recente sviluppo tecnologico di applicazioni intelligenti, il mondo economico sta subendo una profonda e radicale modifica che s'impone come un processo irreversibile cui tutto il sistema delle imprese dovrà inevitabilmente adeguarsi. Nella società contemporanea, infatti, i processi industriali sono sottoposti a sfide globali di competitività e devono rispondere alle sempre maggiori esigenze di qualità dei prodotti/servizi da parte dei consumatori. Per cui dotarsi delle innovazioni tecnologiche più all'avanguardia diventa indispensabile per sopravvivere sul mercato.

Le tecnologie c.d. *smart* sono in grado di supportare l'automazione delle linee di produzione, il controllo della qualità dei prodotti, il funzionamento delle macchine e dei *robots* che le gestiscono, favorendo la programmazione dettagliata e la gestione ottimizzata di ogni fase del ciclo produttivo industriale. Grazie all'interconnessione della strumentazione tecnologica e alla condivisione delle informazioni in tempo reale, poi, queste applicazioni sono in grado di raccogliere i dati di gradimento del prodotto e del suo impiego da parte del consumatore finale.

D'altro canto, allo stesso modo, anche la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è chiamata a svolgere un ruolo decisivo nella crescita del sistema paese. Il tema dell'*e-government* richiede una ridefinizione delle regole di organizzazione del settore pubblico, nell'ottica di strategie complessive di innovazione, cui le amministrazioni si rivolgono, al fine di delineare assetti, sempre più idonei, che consentano di ottimizzare i procedimenti interni e la qualità dei servizi erogati, garantendo migliori *performances* tese al soddisfacimento delle attese del *target* di utenti di riferimento.

La digitalizzazione rappresenta, invero, uno dei punti chiave della nuova *governance* pubblica per competere in un mondo profondamente trasformato dalla crisi globale che ci investe; laddove competere non significa più soltanto sostenere una transazione economica di prodotti e servizi, ma creare valore e fiducia per tutti i portatori di interesse.

Il cambio di passo rispetto al passato è evidente. E non è un caso che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) ponga la digitalizzazione come elemento chiave per il rilancio del nostro Paese e per l'attuazione del programma *Next Generation EU*. Esso rappresenta un chiaro esempio di come gli investimenti e la promozione dello sviluppo tecnologico programmati per il prossimo futuro puntino molto sulla transizione al digitale, sostenendo con ingenti risorse economiche l'ammodernamento tecnologico delle amministrazioni e delle imprese, necessario per fronteggiare le necessità della ricostruzione post pandemica.

Ebbene, il modello digitale attuale presuppone la realizzazione di un unico sistema interconnesso capace di creare valore per la collettività, per le pubbliche

amministrazioni e per le imprese. Esso si fonda sul concetto di *big data* e utilizza gli strumenti tecnologici più all'avanguardia, quali l'intelligenza artificiale o l'internet delle cose, per raccogliere ed elaborare i dati digitali, conservarli in archivi distribuiti e trasformarli in informazioni, sulla base delle quali prendere decisioni.

Questa trasformazione, basata sulla dematerializzazione delle informazioni e sull'interconnessione e comunicazione continua delle macchine permessa da Internet, è stata definita dalla dottrina come la quarta rivoluzione industriale, o dell'industria 4.0, e si fonda sulla presenza di un insieme di tecnologie abilitanti che creano nuovi paradigmi produttivi¹.

Paradigmi che si muovono seguendo una direzione precisa che si sostanzia, da un lato, nella raccolta e nell'analisi dei dati, attraverso sofisticati algoritmi in grado di elaborare informazioni precise e predittive, e, dall'altro, nell'uso di macchine intelligenti sempre più capaci di svolgere in autonomia le azioni proposte secondo il risultato delle analisi svolte. Intelligenza artificiale e internet delle cose, al momento, si presentano, quindi, come le tecnologie più promettenti del nostro tempo, in alcuni casi già in uso.

Esistono già i sistemi di videosorveglianza con telecamere dotate di riconoscimento facciale intelligente e i sistemi intelligenti di monitoraggio nelle città. I c.d. *chatbot* sono in grado di imparare e riconoscere le attitudini degli utenti e rispondere alle loro esigenze in tempo reale. E nelle pubbliche amministrazioni l'automazione delle procedure implica già un impiego abbastanza diffuso di algoritmi di intelligenza artificiale.

In specie, il tema dell'introduzione e della gestione delle applicazioni di intelligenza artificiale nel territorio comunitario è stato analizzato di recente dalla Commissione europea nel Libro Bianco di cui alla COM (2020) 65. Questo documento si pone in linea di continuità con la strategia europea per l'intelligenza artificiale presentata nel 2018 con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2018) 237, dal titolo "L'intelligenza artificiale per l'Europa". Esso è finalizzato alla costruzione di un mercato digitale unico, di cui la riorganizzazione dei settori produttivi, l'*e-government* e la digitalizzazione dei servizi pubblici sono una parte integrante fondamentale².

Secondo la strategia comunitaria, occorre dare un impulso alla capacità tecnologica e industriale dell'Unione e all'adozione della IA in tutti i settori economici, sia privati che pubblici, con previsione di investimenti in ricerca e innovazione e un migliore accesso ai dati. Occorrerà, dunque, prepararsi al cambiamento socio-economico che l'intelligenza artificiale comporterà, incoraggiando la modernizzazione dell'istruzione e dei sistemi di formazione, anticipando i cambiamenti del mercato del lavoro, e fornendo appoggio alle transizioni nel mercato del lavoro e all'adeguamento dei sistemi di protezione sociale³.

1 In tal senso, Borgato, Cristiani e Andreoli 2018; Commissione europea 2009; ed anche World Economic Forum, 2018.

2 Italiano 2018: 217, 221-222 ed anche Mandelli 2018: 25.

3 Boldrini 2018: 15.

I temi centrali su cui si basano tutti questi documenti riguardano la predisposizione di obiettivi strategici finalizzati alla costruzione di un ecosistema di fiducia, che stimoli i cittadini e le imprese ad utilizzare applicazioni di intelligenza artificiale, mantenendo un approccio fortemente antropocentrico.

Ebbene, su questo aspetto occorre focalizzare l'attenzione.

Quelle dell'intelligenza artificiale sono applicazioni basate su una tecnologia di portata generale che si configura come neutra rispetto all'uso che se ne fa e, dunque, non può affermarsi che essa sia soltanto legata a dei rischi oppure al contrario che porti solo opportunità. È necessario, per questo, che s'indaghino tutte le sfaccettature di questa tecnologia emergente, con lo scopo di assicurare la creazione di un quadro etico e giuridico adeguato, basato sui valori dell'UE, con adeguamento delle norme esistenti.

Nonostante l'Italia sia cronicamente indietro rispetto alla diffusione di tecnologie all'avanguardia, esse sono destinate a cambiare radicalmente la convivenza sociale, per cui diventa sempre più urgente individuare dei principi orientativi che possano indirizzarne l'implementazione nella giusta direzione. Ciò che si rende necessario è, dunque, avviare una doppia riflessione sul tema, una di carattere teorico filosofico e una pratica, che mantengano tra loro un dialogo costante, che si integrino al fine di creare il miglior pacchetto di regole giuridiche possibili che possano tutelare efficacemente i diritti dell'uomo a fronte di un utilizzo incontrollato delle macchine.

2. La protezione dei dati digitali nella rete

Le aree d'intervento stabilite nel libro bianco del 2020 sull'Intelligenza artificiale sono complementari a quelle del piano sulla strategia europea per i dati⁴. I dati, invero, rappresentano la linfa vitale di questa rivoluzione digitale e dei nuovi processi produttivi e organizzativi. L'innovazione guidata dai dati dovrà, nell'ottica dell'UE, generare benefici per i cittadini, per cui la metodologia di raccolta e utilizzo deve porre al primo posto gli interessi delle persone, conformemente ai valori, ai diritti fondamentali e alle norme europee.

In questo contesto, mantenere i diritti dell'uomo al centro della riflessione sul nuovo mondo digitale è tema di fondamentale interesse per la riflessione informatico-giuridica e della filosofia del diritto. Questo perché la gestione dei dati deve avvenire secondo criteri ben precisi che garantiscano la libertà personale di ciascuno, non solo come libertà fisica ma anche contro ogni controllo o ingerenza illegittima. La corretta gestione dei dati nel mondo immateriale della rete diventa una essenziale esigenza di libertà; a fronte del rischio di una sorveglianza continua, totale.

La disciplina del trattamento e della protezione dei dati personali è oggi contenuta nel regolamento 2016/679, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*) relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento

4 Commissione europea 2020: 9-10.

e alla libera circolazione dei dati personali, in vigore e direttamente applicabile in tutti gli stati membri dell'Ue dal 25 maggio 2018. Il regolamento è stato introdotto per armonizzare e semplificare le norme sul trattamento dei dati personali in territorio comunitario, pur lasciando ai singoli stati la possibilità di legiferare in autonomia per precisare le norme contenute nel GDPR. Il GDPR impone, quindi, una ristrutturazione delle organizzazioni al fine di una migliore gestione del trattamento dei dati. Non più una adesione formale ai principi normativi, ma una riorganizzazione sostanziale delle modalità di trattamento. Sarebbe opportuno chiedersi a che punto siamo in questa riorganizzazione, soprattutto nelle pubbliche amministrazioni.

La digitalizzazione implica, pertanto, due elementi fondamentali. Da un lato, la liberalizzazione e la diffusione dell'informazione che va garantita nel rispetto delle leggi che tutelano i diritti delle persone. Dall'altro, presuppone una solida istruzione digitale e la valorizzazione delle competenze, per creare nuove opportunità di lavoro, per sviluppare nuovi modelli di vendita, per valorizzare il patrimonio italiano.

Ed è proprio sul tema delle competenze che occorre fare una riflessione. Anche quest'anno, come ogni anno, l'Unione europea ha elaborato, come noto, il DESI 2020 (l'indice dell'economia e della società digitale), che segue l'evoluzione degli Stati membri dell'UE in materia di competitività digitale. E nonostante la situazione pandemica ci abbia mostrato la centralità di Internet e la necessità di una svolta digitale, la fotografia del DESI mostra ancora come l'Italia si trovi in una condizione di "medioevo digitale" che rischia di rallentare, di molto, la crescita del nostro paese. L'Italia si posiziona al terzultimo posto fra i 28 Stati membri dell'UE. Nel 2019 si era posizionata all'ultimo posto. Rispetto alla media UE, l'Italia registra livelli molto bassi di competenze digitali. Anche il numero di specialisti in ICT è di molto inferiore alla media dell'UE. Vi è, inoltre, un marcato *digital divide* nella popolazione. E sebbene il paese abbia una buona offerta di servizi pubblici digitali, il loro utilizzo rimane scarso. Allo stesso modo, le aziende italiane registrano ritardi nell'utilizzo di tecnologie come *cloud* e *big data*, nonché nell'adozione dell'*e-commerce*⁵.

Il tema della istruzione digitale si pone con una certa urgenza anche nell'ambito degli studi giuridici, perché la progressiva digitalizzazione della società sta determinando e continuerà a determinare, in modo anche più incisivo nel prossimo futuro, la progressiva e costante erosione e trasformazione dei fondamentali concetti che sorreggono ogni ordinamento giuridico. Man mano che le tecnologie digitali evolvono e man mano che si globalizzano le relazioni pubbliche e sociali, le categorie tradizionali del diritto si rivelano inadeguate rispetto alle aspettative di tutela delle persone. E gli scenari complessi che la società dell'informazione prospetta possono essere gestiti e orientati solo da giuristi pienamente consapevoli delle specificità dell'era presente e capaci di organizzare strategie di sviluppo che coinvolgano gli strumenti che le ICT offrono.

Di fronte a questa situazione, si evidenzia il ruolo fondamentale della formazione giuridica, che non può più oggi limitarsi ad una semplice commistione tra

contenuti innovativi e procedure tradizionali. Ma deve fornire una nuova visione d'insieme dei problemi della società.

3. La dematerializzazione dei dati pubblici. Un esempio di *e-Government*

L'importanza del ruolo che andranno ad assumere nelle società contemporanee le nuove tecnologie, e dunque la necessità di garantire una adeguata formazione universitaria, si evidenzia nelle politiche di *governance* pubblica già da tempo all'attenzione dell'Unione europea e del legislatore nazionale.

L'Europa, com'è noto, assegna un ruolo fondamentale allo sviluppo sostenibile per l'attuazione dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, riconoscendo espressamente le potenzialità insite nelle nuove tecnologie capaci di creare sinergie tra tutela dell'ambiente e crescita economica. Uno fra i tanti esempi della pervasività delle nuove tecnologie potrebbe, quindi, essere quello della c.d. eco innovazione, che rappresenta un banco di prova molto importante per la tecnica. Lo scopo dell'introduzione e della più larga implementazione delle nuove tecnologie in ogni settore è duplice e mira a perseguire sia la riduzione dell'impatto delle attività umane sull'ecosistema naturale sia una migliore e più efficiente gestione dell'ambiente attraverso la disponibilità delle informazioni e la semplificazione organizzativa delle imprese e delle pubbliche amministrazioni.

In questa prospettiva, ambiente e nuove tecnologie, che rappresentano i capisaldi delle politiche future, si pongono come elementi che si integrano in una visione unica di cambiamento. Questa sinergia è maggiormente evidente nel settore pubblico, in cui è fondamentale, nella visione strategica della Commissione europea, la creazione di piattaforme comuni che raccolgano informazioni e garantiscano l'accesso ad una grande varietà di dati e servizi, necessari per monitorare gli obiettivi di sviluppo sostenibile e per creare modelli virtuosi di produzione e consumo responsabili.

Una utile integrazione, grazie alla quale le tecnologie ICT più all'avanguardia potrebbero definire delle strategie integrate e sostenibili potrebbe avvenire nel settore della gestione dei rifiuti; problema globale che ciascuno Stato è chiamato ad affrontare muovendo da una corretta politica a livello territoriale, secondo le proprie specificità economiche, strutturali, sociali e ambientali.

In questo contesto, la digitalizzazione delle informazioni è finalizzata a porre in essere due categorie di azioni: una prima finalizzata al miglioramento del controllo complessivo del sistema e della *governance* ambientale del territorio; e una seconda finalizzata al miglioramento dell'efficienza economico-ambientale dei cicli di gestione di rifiuti sia urbani che speciali⁶.

In Italia, la necessità di introdurre un sistema di controllo e riorganizzazione in chiave digitale del settore ambiente, anche a seguito delle emergenze che hanno colpito, negli anni passati, alcune regioni, ha trovato una prima risposta con l'istituzione del Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (noto come SISTRI),

6 Barni e Coronidi 2008: 5-6, 8.

di cui al d.m. ambiente 17 dicembre 2009. Il decreto in esame ha disposto, infatti, la creazione di un sistema informatizzato dell'intera filiera dei rifiuti, in particolare di quelli speciali, per garantirne la tracciabilità e, al tempo stesso, per semplificare gli adempimenti amministrativi per le imprese⁷. Nonostante varie modifiche intervenute nel corso degli anni⁸, il SISTRI non ha mai realmente funzionato ed è stato definitivamente abolito a partire dal 1 gennaio 2019.

La riorganizzazione del sistema di gestione dei rifiuti è ora affidata al REN, il Registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti istituito dalla l. 11 febbraio 2019 n. 12, che ha dettato nuove misure in tema di tracciabilità dei dati ambientali concernenti la produzione e il trasporto dei rifiuti. Il successivo decreto legislativo 3 settembre 2020, n. 116, ha modificato anche il codice dell'ambiente in tal senso. Secondo il nuovo dettato dell'art. 188 *bis*, gli strumenti e le procedure di tracciabilità dei rifiuti saranno integrati in un nuovo sistema informatico.

Il d.lgs. 116/2020 ha dato attuazione alla direttiva 2018/851/CE, relativa alla disciplina comunitaria della nuova economia circolare, il cui obiettivo è quello di creare, negli Stati membri, un quadro giuridico unico di controllo del ciclo di vita dei rifiuti, nell'ottica di favorirne il recupero e il riciclaggio⁹.

Il portale REN sarà gestito dal Ministero dell'ambiente o dalla competente struttura organizzativa che se ne occuperà con l'ausilio tecnico dell'albo nazionale dei gestori ambientali, secondo modalità di supporto operativo da individuarsi con successiva apposita regolamentazione ministeriale. Nelle more, e dunque fino alla completa attuazione delle disposizioni di cui al novellato art. 188 *bis*, comma 1, del codice dell'ambiente, continueranno ad applicarsi i decreti del Ministro dell'ambiente 1 aprile 1998, n. 145, e 1 aprile 1998, n. 148, che contengono i modelli di registro di carico e scarico e di formulario di identificazione del rifiuto, che sono tuttora in uso¹⁰.

Nell'architettura riformata dal legislatore, il nuovo sistema dovrà consentire la lettura integrata dei dati e il registro elettronico nazionale per la tracciabilità dei rifiuti, collocato presso la competente struttura organizzativa del Ministero dell'ambiente, dovrà essere suddiviso in due sezioni: una anagrafica, comprensiva dei dati dei soggetti iscritti e delle informazioni relative alle specifiche autorizzazioni rilasciate agli stessi per l'esercizio di attività inerenti alla gestione dei rifiuti; e una sezione relativa alla tracciabilità, comprensiva dei dati ambientali relativi agli adempimenti e dei dati afferenti ai percorsi dei mezzi di trasporto.

Il d.lgs. 116/2020 ha descritto anche l'organizzazione ed il funzionamento del nuovo sistema di tracciabilità, basato sulla interoperabilità dei sistemi gestionali degli utenti, pubblici e privati, attraverso apposite interfacce informatiche, che dovranno favorire il passaggio verso una maggiore semplificazione amministrativa.

7 Maglia e Balossi 2010: 110-117; ed anche Bovino 2011: 515-528.

8 Per l'analisi dettagliata delle modifiche normative intervenute negli anni, si rinvia, fra gli altri, a Ramacci 2012: 19; Busà e Costantino 2012: 242.

9 Sassone 2019: 24; Albertazzi 2021: 150 ss.

10 Sulle modalità di funzionamento del REN descritte dalla normativa si vedano Atzori, Fiore e Gandini 2019: 59; ed anche, Blasizza 2020: 463-464.

Il sistema informatico, dunque, dovrà garantire che i modelli e i formulari possano essere compilati digitalmente, che i dati inseriti nel REN vengano condivisi con l'Istituto superiore per la ricerca ambientale ed inseriti nel catasto ambientale, e che i dati siano facilmente accessibili, attraverso la rete, da parte degli organi di controllo. La nuova normativa prevede ancora un doppio regime di adempimenti, in base al quale gli operatori del settore potranno compilare i moduli anche in formato cartaceo, in alternativa al modello digitale. In entrambi i casi, la modulistica sarà scaricabile direttamente dal sito del Registro elettronico nazionale.

Il problema del regime dei doppi adempimenti che persiste a tutt'oggi nelle amministrazioni italiane rende, di fatto, impossibile la completa riorganizzazione e digitalizzazione dei dati pubblici e dei procedimenti amministrativi, disciplinati dalle norme del codice dell'amministrazione digitale, presenti nel nostro ordinamento giuridico fin dal 2005. Le norme che hanno disciplinato il SISTRI prima e il REN ora sono, infatti, strettamente connesse con gli strumenti disciplinati dal Codice dell'amministrazione digitale e non potranno mai trovare completa attuazione se le amministrazioni non favoriranno una completa transizione digitale. Fra l'altro, per quel che riguarda il settore ambiente, il codice dell'amministrazione digitale attribuisce un'autonoma importanza ai dati ambientali che sono disciplinati dall'art. 59. La rilevanza di questo tipo di informazioni, nell'ambito della digitalizzazione pubblica, è finalizzata al raggiungimento di due obiettivi fondamentali: un'attività di pianificazione e governo del territorio innanzitutto, e una conseguente attività di controllo posta a garanzia di un diritto fondamentale della collettività come quello dell'ambiente, che deve assicurare la salute e il benessere dell'uomo¹¹.

In questa ottica, la dematerializzazione del patrimonio informativo delle amministrazioni deve avvenire sulla base del principio contenuto all'art. 50 del CAD, secondo il quale i dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle nuove tecnologie ICT che ne consentano la fruizione e riutilizzo da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dei privati. Ciascuna amministrazione deve, quindi, rendere disponibili i dati di cui è titolare in modalità digitale e conservarli secondo modalità omogenee: ne deve, cioè essere garantita la leggibilità nel tempo, l'interoperabilità e l'interscambio; la non alterabilità durante le fasi di accesso e conservazione; la possibilità di effettuare operazioni di ricerca tramite indici di classificazione o di archiviazione, nonché sui contenuti dei documenti; l'immutabilità nel tempo del contenuto e della sua struttura.

Al fine di semplificare, favorire la conoscenza e l'interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni per l'esercizio delle proprie funzioni, il codice ha previsto la realizzazione di banche dati di interesse nazionale, contenenti l'insieme delle informazioni raccolte e gestite digitalmente dalle pubbliche amministrazioni, omogenee per tipologia e contenuto, la cui conoscenza sia utilizzabile dalle stesse amministrazioni per l'esercizio delle proprie funzioni.

11 Maioli e Ortolani 2007. In tal senso, anche Cortés, Sánchez Marré, Ceccaroni, R-Roda e Poch 2000: 77-91. Zhou, Bai e Caelli 2015: XIX.

Queste banche dati, di cui il SISTRI e il REN sono un chiaro esempio, costituiscono (o dovrebbero costituire, quando verranno rese effettivamente funzionanti) per ciascuna tipologia di dati, un sistema informativo unitario, costantemente aggiornato, che tiene conto dei diversi livelli istituzionali e territoriali e garantisce l'allineamento delle informazioni e l'accesso alle medesime da parte delle amministrazioni interessate.

Il progetto d'informatizzazione dell'amministrazione italiana ha previsto, inoltre, per la sua attuazione, che tutte le amministrazioni e gli enti fossero dotati di un sistema informativo strutturato, non solo per favorire l'automazione delle funzioni e delle procedure interne dell'amministrazione e per l'erogazione dei servizi agli utenti, ma, anche, per consentire l'erogazione dei servizi direttamente ai sistemi informatici delle altre amministrazioni, per un migliore svolgimento delle rispettive funzioni.

Per fare questo, è necessario che i sistemi informativi delle amministrazioni siano connessi tramite una rete tra pari, che è rappresentata dal Sistema pubblico di connettività. Si riferiscono proprio all'utilizzo di questi nuovi strumenti (SPC e banche dati d'interesse nazionale) i concetti, strettamente legati tra loro, di interoperabilità e interconnessione. L'interoperabilità assicura, da un lato, che vengano erogati i servizi per la realizzazione e la gestione di strumenti per lo scambio di documenti informatici fra le pubbliche amministrazioni e tra queste e i cittadini; e, dall'altro, permette di fruire di tutti quei servizi che siano idonei a favorire la circolazione, lo scambio di dati e informazioni, e l'erogazione fra le pubbliche amministrazioni e tra queste e i cittadini. L'interconnessione, invece, è la parte della rete finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni per garantire l'integrazione delle informazioni e dei procedimenti amministrativi.

I principi che regolano la realizzazione di un sistema informativo come il SISTRI o come il più recente REN si riferiscono, quindi, ad uno sviluppo architeturale ed organizzativo che sia in grado di garantire la natura federata, policentrica e non gerarchica del sistema; alla economicità nell'utilizzo dei servizi di rete, di interoperabilità e di supporto alla cooperazione applicativa; allo sviluppo del mercato e della concorrenza nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

4. Conclusioni

Di fatto, al momento, può dirsi che il registro elettronico per la gestione dei rifiuti ancora non c'è, anzi gli oneri amministrativi dovranno essere adempiuti nelle modalità tradizionali e cartacee. Così, mentre l'Italia fatica ancora ad allinearsi, in modo uniforme, alle tecnologie più tradizionali, il dibattito globale attuale corre veloce nella definizione di politiche sempre più avanzate di eco-gestione del territorio e delle attività umane. Il tema presuppone, infatti, una pianificazione delle azioni da perseguire basata sulla conoscenza del territorio, resa possibile soltanto dalla conoscenza e dalla circolazione dei dati; per far questo il progresso tecnologico si pone come un ausilio necessario¹².

In tal senso, l'Unione europea ha l'ambizione di diventare il primo continente neutrale dal punto di vista climatico grazie alla transizione energetica, alla tutela della biodiversità e all'agricoltura sostenibile. L'*European Green Deal* manda un segnale importante perché muove nella direzione di un'economia incentrata sulle persone, nell'ottica di una maggiore cultura democratica, di inclusione e partecipazione, e che pone grande attenzione all'avanzamento della cultura digitale, spinta fondamentale per il cambiamento.

Le iniziative proposte per la gestione e la tutela dell'ambiente sono diverse e prevedono ad esempio: lo sviluppo di una copia digitale della Terra (*Destination Earth*), quindi la gestione dei dati digitali territoriali, per migliorare la capacità di previsione e gestione delle crisi ambientali; misure per promuovere il riutilizzo e riciclo dei rifiuti inquinanti, fra cui le plastiche e i dispositivi elettronici per prolungarne il ciclo di vita. E per ciò che riguarda la transizione digitale del territorio comunitario, la Commissione, il 9 marzo 2021, ha presentato la propria strategia, inaugurando il c.d. decennio digitale.

Ed è in questo contesto che si pone l'informatica giuridica oggi.

L'informatica giuridica, intesa come la scienza che studia le implicazioni giuridiche delle nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione in ogni campo ed in ogni settore della società contemporanea, si presenta come una materia fortemente multidisciplinare, perché pone problemi di varia natura che riguardano tutte le branche del diritto. E questa sua caratteristica ne evidenzia l'importanza. Invero, data la sua ampiezza, attualità e complessità, l'informatica giuridica rappresenta una competenza fondamentale nel campo delle scienze giuridiche ed è destinata ad assumere un'incidenza sempre maggiore in ambito legale, visto che i computer e le tecnologie della comunicazione sono, a ogni titolo, parte integrante delle nostre vite.

L'accelerazione del processo di digitalizzazione del nostro modo di vivere rende necessario sviluppare, in modo più incisivo rispetto al passato, un metodo giuridico che si basi su un'integrazione dei diversi ambiti del diritto con l'informatica. Questo perché il campo degli studi legati al rapporto tra il diritto e l'informatica è di per sé tale da far cadere molte delle divisioni disciplinari tradizionali che, nel quadro contemporaneo di trasformazioni culturali, economiche e sociali, non appaiono più così nettamente sostenibili¹³.

L'informatica giuridica, nel percorso degli studi universitari, non deve servire quindi soltanto a descrivere il funzionamento tecnico delle tecnologie, applicate all'industria e/o alle pubbliche amministrazioni, ma deve diventare un momento di riflessione in grado di offrire una visione nuova e più ampia delle prospettive future del diritto. Obiettivo della riflessione giuridica sul digitale dovrebbe essere quello di favorire lo sviluppo di tecnologie "accettabili", attraverso la creazione di "regole virtuose" che la società deve essere capace di definire nei dettagli prima di trasferire compiti delicati a macchine, *robots* e algoritmi, guidati dall'intelligenza artificiale¹⁴.

13 In tal senso, Cipriani e Gramolati 2018: XXVI; Maioli 2014: 97-118.

14 Pasca di Magliano 2021: 32-41.

E per far questo occorre superare la visione tradizionale e settoriale del diritto. Passaggio cruciale per affrontare le sfide urgenti che il futuro ci prospetta.

Bibliografia

- Albertazzi, B., 2021. *La gestione dei rifiuti nell'economia circolare. Secondo la direttiva U.E. 2018/851 e il D.Lgs. 116/2020*. Palermo: Flaccovio.
- Atzori, G., Fiore, A., e Gandini, F., 2019. *Compliance e ambiente*. Milano: Wolters Kluwer.
- Barni, E., e Coronidi M., (a cura di) 2008. *Enea e le tecnologie per la gestione sostenibile dei rifiuti*, Milano: Enea.
- Blasizza, E., 2020. *Ambiente 2020. Manuale normo-tecnico*. Milano: Ipsosa.
- Boldrini, N., 2018. *AI Artificial Intelligence. Com'è nata, come funziona e come l'intelligenza artificiale sta per cambiare il mondo, la vostra vita, il vostro lavoro*. Milano: Milano Finanza-Class.
- Borgato, R., Cristiani, P. e Andreoli V. 2018. *L'ABC del 4.0*. Milano: FrancoAngeli.
- Bovino, C., 2011. "Le novità introdotte dal T.U. SISTRI". *Ambiente&Sviluppo* 6.
- Busà, M., e Costantino, P., 2012. *La disciplina dei rifiuti*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli.
- Cipriani, A., e Gramolati, A., 2018. *Presentazione*. In Cipriani, A., Gramolati, A., Mari G. (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*. Firenze: Firenze University Press.
- Commissione europea 2009. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Preparare il nostro futuro: elaborare una strategia comune per le tecnologie abilitanti fondamentali nell'UE*, in <https://eur-lex.europa.eu>.
- Commissione europea 2020. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, Una strategia europea per i dati*, COM (2020) 66 final. <https://ec.europa.eu>.
- Commissione europea 2020. *The Digital Economy and Society Index (DESI)*, in <https://ec.europa.eu>.
- Cortés, U., Sánchez Marré, M., Ceccaroni, L., R-Roda, I. e Poch, M. "Artificial Intelligence and Environmental Decision Support System". In *Applied Intelligence* 13.
- D'Avanzo, W., 2021. "Informatica giuridica per la governance dell'ambiente. Il REN e l'attuazione delle norme del codice dell'amministrazione digitale". *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente* 2.
- Italiano, G.F., 2018. "Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro". In Pizzetti, F. *Intelligenza artificiale, protezione dei dati e regolazione*, Torino: Giappichelli.
- Maglia, S., e Balossi, M.V., 2010. "Prime osservazioni al decreto SISTRI (d.m. 17 dicembre 2009)". *Ambiente&Sviluppo* 2.
- Maioli, C., e Ortolani, C., 2007. "Sui profili giuridici della gestione dell'informazione territoriale della Pubblica Amministrazione". *Altalex* (www.altalex.it).
- Mandelli, A., 2018. *Intelligenza artificiale e marketing. Agenti invisibili, esperienza, valore e business*. Milano: Egea.
- Pasca di Magliano, R., 2021. "Good Governance e PNRR. Buone pratiche efficienti, efficaci ed etiche". In *Rivista elettronica di diritto, economia, management* 2.
- Ramacci, L., 2019. *Il nuovo codice dei rifiuti*. Piacenza: La Tribuna.
- Riva Sanseverino, E., 2014. "Smart cities: definizioni, politiche". In Riva Sanseverino, E., Riva Sanseverino, R. e Vaccaro V. (a cura di). *Atlante delle smart city. Modelli di sviluppo sostenibili per città e territori*. Milano: FrancoAngeli.

- Sassone, S., 2019. *La gestione documentale e la tracciabilità dei rifiuti. Competenze, responsabilità, procedure, prescrizioni secondo la normativa vigente*. Roma: EPC.
- World Economic Forum 2018. *The Future of Jobs report 2018*, <https://www.weforum.org>.
- Zhou, J., Bai, X., e Caelli, T., 2015. *Computer vision and Pattern Recognition in Environmental Informatics*. Hershey (PA): Springer.

Federico Oliveri*

Diritti degli internauti, obblighi degli Stati, responsabilità delle piattaforme digitali: problemi regolativi in materia di odio online

Abstract: The digitalization of everyday life is advancing rapidly, in parallel with the increasing penetration of the internet and social media among the world population. In this scenario, legal responsibilities and obligations of digital platforms, with respect to what is shared by their users, have increasingly become a matter of public relevance, closely linked to the democratic quality of political regimes and of society as a whole. This article aims to critically reconstruct the main regulatory problems posed by countering hate speech on social networks. The final aim of this reconstruction is to advance a new regulatory model that is, in many respects, an alternative to the current one, which has become a source of criticism and legal disputes. In particular, the article offers a new definition of offline and online hate speech, using categories inspired by philosophical anthropology and pragmatics of communication; a justification of the right to be protected from online hate speech and the related obligations in reference to the principle of equal social dignity, within the frame of digital citizenship; criteria for a fair balance between protection from online hate speech and other competing rights, such as freedom of information, expression, and association; an overall regulatory model based on the co-responsibility of the various actors, engaged in protecting users from online hate speech according to their different capacities. This model should mitigate the current risks of a “privatization of censorship”, caused by the delegation to digital platforms of the power to detect and remove prohibited contents.

Keywords: Hate speech, digital citizenship, fundamental rights, digital platforms

Chi odia si sforza d'allontanare e far venir meno quanto egli abbia in odio.
(Baruch Spinoza, *Etica*, Parte III, Proposizione 13, Scolio)

1. L'odio online come problema regolativo e sociale

La penetrazione globale della rete e dei social media¹ ha trasformato le principali aziende tecnologiche, come *Alphabet*, *Meta Platforms* e *Microsoft*, in attori di prima grandezza nelle dinamiche economiche, politiche e culturali attuali.

* Ricercatore aggregato presso il Centro Interdisciplinare “Scienze per la Pace” dell'Università di Pisa e assegnista di ricerca in “Filosofia del diritto” presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino – federico.oliveri@cisp.unipi.it o federico.oliveri@unicam.it

In particolare, la facoltà degli ecosistemi digitali di diffondere, senza intermediazioni o costi apparenti, messaggi dalla natura più diversa all'interno di una sfera pubblica con milioni di potenziali destinatari, così come la loro capacità di condizionare opinioni e comportamenti, attribuisce a *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *You Tube* e *TikTok* un potere senza precedenti per dei soggetti di diritto privato con finalità commerciali. Anche per questo, la responsabilità legale e gli obblighi di intervento delle piattaforme rispetto a quanto condiviso dai propri utenti, insieme alle relative forme di regolazione, costituiscono da tempo materie di rilevanza pubblica: a esserne investite sono le basi stesse della pacifica convivenza umana e la qualità democratica dei regimi politici e della società nel suo complesso².

La domanda di regolazione in materia è cresciuta costantemente nel corso degli ultimi decenni, in parallelo alla crisi dell'originaria visione della rete come spazio orizzontale e intrinsecamente democratico, finalizzato a condividere informazioni, incrementare le conoscenze e promuovere la partecipazione diretta di cittadini e cittadine alle scelte collettive³.

Oggi, in effetti, guardiamo alla rete con occhi sempre più disincantati⁴. L'offerta di servizi online è monopolizzata da grandi multinazionali orientate alla massimizzazione dei profitti, anche attraverso la mercificazione dei dati personali degli utenti⁵. Diversi Stati operano, a vario titolo e con varie modalità, restrizioni all'uso della rete⁶. L'ambiente digitale rischia di produrre sovraccarichi informativi, di alimentare dipendenza e disagio psicologico⁷, di favorire attività criminali⁸, di diffondere disinformazione⁹ e incentivare ostilità verso alcuni gruppi identificati sulla base della 'razza', del sesso, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale, della religione o di altre condizioni personali¹⁰.

1 Secondo l'ultima rilevazione di *DataReportal*, pubblicata a gennaio 2022, gli utenti di internet sono 4,95 miliardi, pari al 62,5% della popolazione mondiale, con un incremento del 4% nell'ultimo anno. Il 58,4% della popolazione mondiale è iscritto a uno o più social, con un incremento nell'ultimo anno del 10,1%, e vi trascorre mediamente 2 ore e 27 minuti al giorno. I dati completi e aggiornati sono accessibili su <https://datareportal.com>.

2 van Dijk, Hacker 2018; Sunstein 2017; Dal Lago 2017; Monti 2019b.

3 Per una ricostruzione delle "utopie libertarie" all'origine della rete, si vedano Formenti 2000 e 2009. Sul ruolo che la rete e i social possono svolgere nei movimenti di protesta, si veda per tutti Earl, Kimport 2011.

4 Per una difesa della "neutralità" della rete, contro la sua demonizzazione in quanto tale, si veda soprattutto Ziccardi 2016.

5 Hindman 2018; Zuboff 2020.

6 Per una panoramica generale, si veda Kaye 2019. Sull'anti-terrorismo come argomento ricorrente, spesso pretestuoso, con cui gli Stati controllano la rete, si veda ancora Ziccardi 2016.

7 Lavenia 2012; Kuss, Pontes 2019.

8 Jaishankar 2011 (ed.)

9 Tra i molti riferimenti, si vedano almeno Mintz 2012 (ed.) e Quattrococchi, Vicini 2016.

10 Sul nesso tra gli algoritmi dei motori di ricerca e la diffusione del razzismo, si veda Noble 2018. Sulla correlazione tra odio online e offline, si vedano gli studi empirici di Müller, Schwarz 2021 e si consultino le "mappe dell'intolleranza" accessibili su <http://www.voxdiritti.it>. Per una critica della correlazione lineare tra odio online e offline, si veda invece Mchangama 2015.

Tra i contenuti pericolosi che gli internauti producono o incontrano in rete, intendo qui concentrare l'attenzione sui cosiddetti "discorsi d'odio" o *hate speech*, secondo la fortunata terminologia anglosassone¹¹. Questa scelta non registra soltanto l'intensità con cui il tema è oggi dibattuto, anche fuori dalle cerchie specialistiche, ma risponde soprattutto alla persistente insoddisfazione per i risultati raggiunti dalle attuali forme di regolazione nel contrastare e prevenire i discorsi d'odio, e nel tutelare le persone che ne subiscono gli effetti¹². Tale insoddisfazione è riemersa di recente in due eclatanti controversie, legate al modo con cui *Facebook* avrebbe gestito (o, meglio, avrebbe omesso di gestire) l'*hate speech*.

Il caso più vicino nel tempo risale all'inizio di dicembre 2021. È stato reso noto che un gruppo di rifugiati Rohingya ha avviato nel Regno Unito e negli Stati Uniti cause legali contro *Facebook*, ritenuto responsabile di aver consentito e amplificato l'incitamento all'odio e alla violenza contro di loro. La società non avrebbe rimosso i contenuti ostili indirizzati contro la minoranza musulmana in Myanmar, né avrebbe bloccato account pericolosi per la loro incolumità, non solo per le carenze linguistiche del proprio sistema automatico e umano di rimozione dei discorsi d'odio, ma anche per non rallentare la propria penetrazione nel paese.

Il secondo caso risale alla fine di ottobre 2021, quando vari giornali statunitensi ed europei hanno divulgato i cosiddetti *Facebook Papers*: un *leak* di oltre 10.000 pagine, contenente documenti interni della società raccolti dall'ex dipendente Frances Haugen¹³. I documenti includono segnalazioni di vari operatori, secondo cui in molti casi la dirigenza ha dato priorità agli interessi economici rispetto alla sicurezza degli utenti, sottovalutando o ignorando la diffusione di *fake news* e *hate speech*, soprattutto in paesi a rischio di violenze contro le proprie minoranze. Nei *Papers* vengono citate anche ricerche interne, che mostrano come i meccanismi di funzionamento del *social network* favoriscano la diffusione della disinformazione e dell'incitamento all'odio, e come i dispositivi di intelligenza artificiale predisposti per rimuovere precocemente l'*hate speech* siano ancora poco performanti. Nel ribattere alle critiche, la società ha rivendicato l'esistenza di regole precise per la rimozione dei "contenuti nocivi", la significativa riduzione dell'incitamento all'odio sulla piattaforma e la periodica pubblicazione dei risultati raggiunti, ribadendo il proprio consenso a una regolamentazione pubblica della materia.

Anche volendo sospendere il giudizio sui risultati raggiunti da *Facebook* nel contrasto dell'odio online¹⁴, resta il dato relativo all'elevato livello di conflittualità che accompagna la questione: da qui la necessità di ripensare il quadro regolativo complessivo e la sua applicazione pratica.

11 Per un'ampia e accurata ricostruzione dei dibattiti in materia, rinvio a Di Rosa 2020.

12 Di "fragilità del diritto" rispetto ai fenomeni d'odio parla Villaschi 2021: 113.

13 I *Facebook Papers* sono accessibili su <https://www.protocol.com/facebook-papers>.

14 Nelle comunicazioni pubbliche la società afferma di rimuovere oltre il 90% dei discorsi d'odio ma, nelle comunicazioni interne riportate nei *Facebook Papers*, ammette che la cifra di rimozione non supera il 5%. Il primo dato si riferisce ai contenuti rimossi tra quelli rilevati in "modo proattivo" tramite dispositivi automatici. Il secondo dato si riferisce, invece, al numero di rimozioni sulle segnalazioni ricevute dagli utenti.

In linea generale ritengo che, per ottenere risultati meno controversi e più duraturi sul fronte del contrasto, della prevenzione e della tutela delle vittime di *hate speech*, non sia sufficiente potenziare i dispositivi di intelligenza artificiale¹⁵, né rendere più stringenti le attuali procedure di controllo, accompagnandole eventualmente con sanzioni più severe. Ritengo, invece, che occorra ripensare criticamente l'odio online come problema regolativo e sociale.

La teoria del diritto può costituire un valido supporto in questa direzione, sollevando tre domande fondamentali a cui, nei successivi paragrafi, cercherò di dare brevemente risposta: le definizioni di *hate speech* oggi in uso sono adeguate alla realtà del fenomeno, sia offline che online (§ 2)? Qual è il fondamento del diritto degli internauti a non subire discorsi d'odio online, e a chi spetta l'obbligo di garantire tale diritto, decidendo quali contenuti rimuovere e quali account disattivare (§ 3)? Chi e come può garantire il diritto a essere protetti dall'odio online, senza comprimere in modo irragionevole le libertà di informazione, di manifestazione del pensiero e di associazione in rete (§ 4)?

Quella che segue è una riflessione di tipo teorico-normativo: i riferimenti a documenti giuridico-politici o a sentenze non potranno, dunque, essere analitici ma saranno selezionati rispetto alle esigenze dell'argomentazione.

2. Discorsi d'odio: problemi di definizione e peculiarità dell'ambiente digitale

Negli studi giuridici, sociologici e linguistico-computazionali è comune lamentare l'assenza di una definizione condivisa di *hate speech*¹⁶. Tale assenza può dispiacere ma non deve sorprendere. Da una parte, essa rispecchia la natura complessa, ambivalente e situata di ogni comunicazione umana: tale natura emerge con forza proprio nei discorsi d'odio, ad esempio nei frequenti tentativi di negare o dissimulare l'ostilità sociale per non incorrere nella disapprovazione o nella censura¹⁷. Dall'altra parte, l'assenza di una definizione condivisa segnala la difficoltà di stabilire, una volta per tutte, quali espressioni ostili siano accettabili e quali no rispetto ai principi costituzionali dei diversi ordinamenti¹⁸ o rispetto ai valori morali diffusi nelle varie società¹⁹, anche tenendo conto che le forme dell'odio mutano in modo significativo nel tempo e nello spazio²⁰.

15 Si è sviluppato negli ultimi anni un intenso dibattito intorno ai dispositivi di “intelligenza artificiale” utilizzabili per individuare i discorsi d'odio e procedere alla loro cancellazione dalle piattaforme digitali ancor prima che vengano visualizzati. Per una ricostruzione della letteratura sul tema, con particolare attenzione ai limiti di tali dispositivi allo stato attuale del loro sviluppo, si veda Jahan, Oussalah 2021.

16 Sellars 2016; MacAvaney *et al.* 2019; Di Rosa 2020; Faloppa 2020; Röttger *et al.* 2021.

17 Su questo specifico aspetto si veda, da ultimo, Pintore 2021.

18 Sulla diversità di approccio regolativo al tema dell'*hate speech* tra Stati Uniti e paesi europei, si vedano almeno Kiska 2012 e Ziccardi 2020.

19 A titolo d'esempio, le legislazioni di alcuni paesi a maggioranza musulmana includono tra i discorsi d'odio le espressioni classificate come “blasfeme”. Sul punto si veda ancora Ziccardi 2016.

20 Quando è esplosa la pandemia, ad esempio, si è registrata la diffusione di attacchi verbali e fisici a persone o gruppi accusati di diffondere il Covid-19. Si veda, per il Regno Unito, Gray, Hansen 2021.

Naturalmente, ciò non significa che la mancanza di consenso sulla definizione di *hate speech* sia irrilevante. In primo luogo, nel momento in cui si intendono perseguire penalmente le espressioni d'odio, il "principio di determinatezza" richiede che gli elementi del crimine siano definiti nel modo più preciso possibile, così da mantenere l'applicazione e l'interpretazione dei giudici e delle corti entro ambiti non arbitrari, e consentire un equo bilanciamento degli interessi in gioco. In secondo luogo, vista la dimensione globale delle piattaforme digitali e la natura transnazionale della rete, la diffusione di espressioni d'odio online richiede una definizione comune anche minima del fenomeno, per poter coordinare gli approcci regolativi dei diversi spazi giuridici nazionali e sovranazionali.

In ambito europeo, si è cercato di rimediare all'assenza di una definizione giuridica condivisa di *hate speech* facendo riferimento soprattutto a tre fonti sovranazionali di natura assai diversa, per altro significativamente disomogenee per ampiezza e contenuti.

La Raccomandazione n. 20 del 1997 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa definisce discorso d'odio "qualunque forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, incluse l'intolleranza espressa attraverso il nazionalismo aggressivo e l'etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze, i migranti e le persone di origine migrante".

La Decisione quadro 2008/913/GAI, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, definisce come discorso d'odio "ogni comportamento consistente nell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica". Gli Stati membri dell'Unione Europea sono obbligati a prevedere norme penali per sanzionare comportamenti intenzionali individuati sulla base di questa definizione. Ad essa fanno riferimento anche il Codice di condotta contro l'illecito incitamento all'odio online, stipulato nel 2016 tra la Commissione Europea e le principali piattaforme digitali, e la Direttiva UE 2018/1808 sui servizi di media audiovisivi, che ha agganciato la definizione dei "motivi" dell'odio alle caratteristiche protette da discriminazione ai sensi dell'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea²¹.

La Raccomandazione n. 15 adottata l'8 dicembre 2015 dalla Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) istituita presso il Consiglio d'Europa, definisce discorso dell'odio "il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della 'razza', del colore

21 L'articolo 21 della Carta, al primo capoverso, recita: "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, dell'handicap, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale”.

Nell'ordinamento italiano, una definizione di discorso d'odio *illegale* è desuabile dall'articolo 604-*bis* del Codice Penale²². Tra le condotte sanzionabili, il legislatore prevede il fatto di propagandare “idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico” e il fatto di istigare a commettere atti di discriminazione, di violenza o di provocazione alla violenza “per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”. Questa definizione può essere utilmente integrata con quanto disposto dal Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215 che, all'articolo 2, comma 3, definisce “molestie” quei “comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo”.

Con la loro caleidoscopica varietà, queste fonti esemplificano bene le difficoltà con cui, nello spazio giuridico europeo, si è provato a individuare le condotte (propaganda, istigazione all'odio, alla discriminazione, alla violenza, diffamazione, ecc.), le “caratteristiche protette” di gruppi e persone (‘razza’, appartenenza etnica, religione, sesso, orientamento sessuale, disabilità, ecc.) e le modalità specifiche (insulti, stereotipi negativi, minacce, ecc.) che dovrebbero definire l'*hate speech* vietato, tenendo conto anche dei suoi effetti (violazione della dignità personale, ecc.).

Un interrogativo cruciale che sorge, a questo punto, è se sia possibile stabilire in modo chiaro e rigoroso, nonché più complessivo e dinamico, gli elementi costitutivi dei discorsi d'odio, così da offrire agli operatori del diritto (e non solo) una base più solida per contrastare il fenomeno e difenderne le vittime. Ritengo che ciò sia possibile, a condizione di riflettere criticamente su alcuni errori logici che hanno impedito, finora, di raggiungere una definizione condivisa.

Il primo errore consiste nel definire l'*hate speech* a partire da documenti giuridico-politici già esistenti, per altro spesso formulati in chiave criminologica, invece di analizzare il fenomeno in sé come fenomeno di comunicazione, per poi stabilirne gli elementi costitutivi e le soglie di gravità secondo cui configurare eventuali condotte illecite. In questo modo si evita di schiacciare la definizione ricercata sulle manifestazioni più evidenti o estreme, non si perde di vista l'insieme delle possibili espressioni d'odio e si supera la tautologia che definisce i discorsi vietati come quei “discorsi d'odio illeciti”.

Il secondo errore consiste nel definire l'*hate speech* sulla base dei comportamenti ritenuti meritevoli di sanzione, messi in atto secondo varie modalità, ai danni di

22 Si tratta di una norma di lontana derivazione internazionale (la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, recepita nel nostro ordinamento con la Legge 13 ottobre 1975, n. 654), il cui ambito applicativo resta a oggi limitato ai soli motivi etnico-razziali o religiosi. L'articolo 604-*bis*, insieme all'articolo 604-*ter* contenente la cosiddetta “aggravante della discriminazione razziale”, è stato significativamente inserito dal Decreto Legislativo 1 marzo 2018, n. 21 all'interno del Capo III della nuova Sezione I-bis del Codice Penale, dedicata ai “delitti contro l'uguaglianza”. Per una ricostruzione evolutiva della fattispecie, prima dell'inserimento nel Codice Penale, si veda Citterio 2006.

gruppi e persone con “caratteristiche protette” identificate non si sa bene secondo quali criteri. La via corretta per arrivare a una definizione è quella di partire dalla causa (o dalle cause) dell’odio e dalle ragioni che indirizzano l’odio verso determinate categorie di persone piuttosto che verso altre, per poi individuare le condotte eventualmente punibili, tenendo conto delle possibili modalità di esecuzione. In questo modo si evita di confondere la causa dei discorsi d’odio con le loro manifestazioni esteriori e con le loro conseguenze.

Per superare questi errori occorre provare a definire i discorsi d’odio come fenomeno di comunicazione sociale, sia offline che online, rimandando a un secondo momento l’applicazione di tale definizione in ambito politico-giuridico.

A questo scopo si può utilizzare, da una parte, l’antropologia filosofica sviluppata da Baruch Spinoza nella sua *Etica* per comprendere la natura e le cause dell’odio come moto fondamentale dell’animo umano²³ e, dall’altra parte, gli “elementi della comunicazione” individuati da Roman Jakobson²⁴, la teoria degli “atti linguistici” formulata da John Searle²⁵ e gli “assiomi della comunicazione” elaborati dalla Scuola di Palo Alto²⁶ per ricostruire, nella sua complessità, la peculiare forma di comunicazione umana costituita dai discorsi d’odio.

Nella sua famosa deduzione geometrica delle passioni, Spinoza assegna all’odio un posto centrale definendolo come “tristezza associata all’idea d’una causa esterna”, ove la tristezza è intesa, a sua volta, come il “passaggio da una maggiore a una minore capacità di agire” (*potentia agendi*). A questo moto dell’animo è connaturato lo “sforzo” (*conatus*) di “allontanare e far venir meno” quanto si abbia in odio. Più precisamente, “di ciò che si abbia in odio, ci si sforza d’affermare quanto s’immagina che gli faccia provare tristezza, e di negare, invece, quanto s’immagina che gli faccia provare gioia”. Spinoza inoltre, cogliendo la dinamica imitativa della mente umana, afferma che “per il fatto d’immaginare che altri [...] abbiano in odio qualcosa [...] anche noi l’avremo in odio”, ma anche che “ognuno si sforz[a] affinché venga [...] da tutti odiato ciò che lui ha in odio”.

Le intuizioni dell’*Etica* spinoziana sono confermate da recenti studi di psicologia sociale, che individuano la causa dell’odio nel fatto di attribuire “costanti intenzioni malvagie al bersaglio della propria ostilità, in base a valutazioni astratte di pericolo e a un senso generale d’impotenza nei suoi riguardi”²⁷. Da qui lo scopo o l’effetto, connaturati all’odio, di distruggere *psicologicamente* (attraverso l’umiliazione, la svalutazione, la degradazione, il disgusto, la derisione), *socialmente* (attraverso la discriminazione, l’esclusione o la subordinazione) o *fisicamente* (attraverso l’allontanamento, la tortura o l’uccisione) la causa (immaginata) dei propri “sentimenti tristi”. Viene, infine, riconosciuto il ruolo essenziale dell’immaginazione nella costruzione dell’odio. Non abbiamo bisogno di conoscere direttamente le persone che odiamo, anzi: odiamo le persone per il solo fatto di immaginarle dota-

23 Spinoza 2009 [1677].

24 Jakobson 1966 [1963].

25 Searle 2009 [1969].

26 Watzlawick, Beavin, Jackson 1971 [1967].

27 Fischer *et al.* 2018.

te di una certa “natura”, che deriva loro dal fatto di appartenere a un determinato gruppo dal quale, per definizione, ci attendiamo del male.

Gli “elementi della comunicazione” studiati da Roman Jakobson possono illustrare proficuamente come usiamo il linguaggio per “agire verbalmente” l’odio, mettendo in luce le relazioni intersoggettive alla base di ogni *hate speech*.

Propongo di denominare “triangolo odioso” la relazione comunicativa fondamentale che si stabilisce tra un *emittente* (l’autore del messaggio d’odio), un *ricevente primario* (la persona o il gruppo bersaglio del messaggio d’odio) e un *ricevente secondario* (il pubblico, costituito dagli altri membri del gruppo cui l’autore del messaggio si ascrive, ma anche dagli altri membri del gruppo cui è ascritto il bersaglio, o da altri potenziali gruppi-bersaglio). Il *messaggio* della comunicazione contiene le convinzioni dell’emittente sulla “natura” dei soggetti del “triangolo odioso” e le prescrizioni relative a ciò che, in conseguenza di tale natura, i tre soggetti devono/possono fare o non fare. Il *referente* (ciò cui il messaggio si riferisce) è costituito da una “realtà” che si presume confermi ciò che l’emittente crede vero o ritiene doveroso fare. Il *contesto* è costituito dalle circostanze specifiche in cui si svolge e acquista senso tale comunicazione: per definizione, si tratta di un contesto pubblico. Il *canale* definisce i media (stampa, TV, radio, internet, social networks) attraverso cui si veicola il messaggio. Il *codice*, infine, definisce le forme (lingua, segni, gesti, immagini, video, ecc.) usate per trasmettere il messaggio.

La teoria degli “atti linguistici” di John Searle consente di esplicitare e articolare ulteriormente ciò che l’autore del messaggio d’odio vuole “fare con le parole”. Con un uso *assertivo* del linguaggio, si può affermare l’esistenza di un certo stato di cose, ad esempio l’identità della persona o del gruppo individuata come causa del proprio o altrui male, e come giustificazione del proprio odio. Con un uso *espressivo* del linguaggio, si possono condividere i propri sentimenti di ostilità, disprezzo, disgusto, rabbia associati a quello stato di cose, ovvero i propri sentimenti di gioia a fronte di un male che colpisce l’altra persona o l’altro gruppo. Con un uso *commissivo* del linguaggio, ci si può impegnare a compiere determinate azioni (allontanare, escludere, punire, annientare, ecc. la persona o il gruppo odiato) conseguenti con lo stato di cose affermato e con lo stato d’animo espresso. Con un uso *direttivo* del linguaggio, si possono incitare, in primo luogo, i membri del proprio gruppo a imitarci, compiendo determinate azioni (odiare, allontanare, escludere, discriminare, eliminare la persona o il gruppo odiato) e, in secondo luogo, si possono indurre la persona o il gruppo odiato a compiere azioni corrispondenti (odiare sé stesso, autoescludersi, allontanarsi, esercitare atti di autolesionismo, suicidarsi).

Gli “assiomi della comunicazione”, messi a punto da Paul Watzlawick e da altri studiosi della Scuola di Palo Alto, consentono infine di studiare ulteriori implicazioni relazionali dei discorsi d’odio. In particolare, il quinto assioma può essere utilizzato per individuare la finalità fondamentale di tali discorsi: ribadire o instaurare una relazione gerarchica di dominio tra l’autore (e il suo gruppo di appartenenza) e il destinatario (e il suo gruppo di appartenenza) del messaggio,

ovvero contestare la pari dignità sociale e la parità di diritti tra l'autore del discorso d'odio e il suo destinatario²⁸.

Alla luce di queste osservazioni, propongo di definire il discorso d'odio come segue: “ogni forma [*codice*] di comunicazione pubblica [*contesto*] diffusa attraverso qualsiasi mezzo [*canale*], con cui una persona o un gruppo di persone [*emittente*] identificano unilateralmente un altro gruppo, o una persona ritenuta appartenere a quel gruppo [*ricevente primario*], come la causa di un proprio male [*messaggio assertivo*] esclusivamente in base all'identità loro attribuita [*referente*], così da giustificare sentimenti di ostilità [*messaggio espressivo*], comportamenti discriminatori e azioni violente contro di loro [*messaggio commissivo*], da incitare gli altri membri del proprio gruppo a provare analoghi sentimenti, ad assumere analoghi comportamenti e a compiere analoghe azioni [*messaggio direttivo primario*], da indurre nella persona o nel gruppo ricevente sentimenti di disagio, inferiorità, paura, comportamenti di autoesclusione, azioni autolesioniste [*messaggio direttivo secondario*], allo scopo finale di affermare la superiorità propria e del proprio gruppo rispetto all'altra persona o all'altro gruppo [*messaggio assertivo, assioma gerarchico*]”.

Questa definizione comporta, a mio avviso, almeno quattro vantaggi per chi voglia comprendere e contrastare i discorsi d'odio ricorrendo anche, ma non solo, a strumenti regolativi.

Un primo vantaggio è quello di relativizzare la questione, che spesso ha occupato i legislatori e le corti, se un discorso d'odio sia o meno idoneo a causare atti discriminatori o violenti, ovvero se configuri una “minaccia credibile” o un “pericolo concreto”: la comunicazione odiosa costituisce in sé stessa una discriminazione e una violenza. Eventualmente è il contesto, con la conflittualità sociale in esso presente e il richiamo a un determinato retaggio storico, unito alla dimensione pubblica del messaggio, che può determinare la maggiore o minore probabilità che un discorso d'odio induca qualcuno all'azione.

Un secondo vantaggio è quello di ritenere poco rilevante la ricerca, nell'autore del messaggio ostile, di una chiara intenzione di incitare all'odio o di danneggiare la persona o il gruppo odiato. Si tratta di spostare l'attenzione dall'autore dei discorsi d'odio a coloro che ne sono i destinatari, valutando il danno che tali discorsi producono sull'autostima, sulla salute, sul benessere, sulla libertà delle persone²⁹. La definizione fornita, inoltre, non specifica le singole “caratteristiche protette”, col rischio di dar luogo a liste incomplete o chiuse di soggetti vulnerabili, ma mette in evidenza il fattore comune a tutti i discorsi d'odio: il fatto di attaccare una persona o un gruppo esclusivamente a causa della loro identità, reale o presunta.

28 Il quinto assioma della comunicazione umana viene così riassunto dagli autori: “tutti gli scambi di comunicazione sono simmetrici o complementari, a seconda che siano basati sull'eguaglianza o sulla differenza” (Watzlawick, Beavin, Jackson 1971: 62). Ai fini della sua applicabilità ai discorsi d'odio, tale assioma va riferito a un caso particolare di comunicazione complementare: quello in cui la “differenza” tra gli interlocutori viene intesa dal soggetto dominante come una differenza di valore, dando così luogo a una comunicazione gerarchica.

29 Adottando una prospettiva giuridico-penale *harm-based*, Marwick, Miller 2014 e McGowan 2019 richiamano l'attenzione sul vissuto personale dei destinatari d'odio.

Un terzo vantaggio è quello di spostare l'attenzione dalle singole parole o espressioni (che possono essere mascherate d'ironia, essere usate all'interno di controdiscorsi volti a criticare l'odio o essere sovvertite e riappropriate dai destinatari), al tipo di relazione che i discorsi d'odio intendono costruire tra le persone e i rispettivi gruppi: una relazione fondata sulla negazione dell'eguaglianza e sull'affermazione del dominio di una parte sull'altra, spinta nei casi estremi fino alla distruzione morale e fisica dell'altro/a³⁰.

Un quarto vantaggio, infine, è quello di evidenziare la dimensione pubblica in cui i discorsi d'odio acquistano senso, autorizzando a considerare più gravi quelle espressioni che possono raggiungere, per il canale utilizzato o per la maggiore visibilità e autorevolezza dell'autore, un pubblico più vasto, con maggiori possibilità di influenzarne il modo di pensare e di agire³¹.

Quest'ultima considerazione consente di riflettere meglio sulle differenze tra l'odio online e quello offline, concludendo che il primo è dotato potenzialmente di una maggiore pericolosità dovuta alle specifiche caratteristiche del canale utilizzato.

L'UNESCO, in un rapporto nel 2015, ha evidenziato alcuni dei caratteri distintivi del discorso d'odio online: il maggiore impatto sociale, determinato dalla rapidità della diffusione, dall'ampiezza della platea raggiungibile, dalla possibilità che diventi "virale" e assuma una dimensione transnazionale; la permanenza nel tempo e il "ritorno imprevedibile", attraverso la condivisioni degli altri utenti o attraverso gli screenshot, che consentono di archivarlo e diffonderlo successivamente, in privato e in pubblico, anche su piattaforme diverse; la percezione degli autori di essere protetti dall'anonimato³².

Altre specificità della comunicazione sui social media possono spiegare la peculiare genesi dell'odio online, fornendo indicazioni utili a comprendere e contrastare il fenomeno³³.

In primo luogo, pesa l'effetto disinibente della comunicazione mediata dallo schermo e dalla tastiera, rispetto a quella in presenza. Privata degli elementi non verbali e para-verbali, la comunicazione online porta spesso a esprimere posizioni più radicali di quelle che si assumerebbero dal vivo, con modalità più secche e senza freni di alcuni tipo. Gli autori di discorsi d'odio tendono, inoltre, a non associare conseguenze dirette ai propri atti e percepiscono meno l'impatto negativo dei loro messaggi sulle persone.

30 Adottano, di fatto, questa chiave di lettura i giudici di Cassazione quando ritengono che l'aggravante razzista non rilevi nell'espressione "Italiano di merda", in quanto "l'etnia italiana maggioritaria nel nostro paese non sarebbe idonea a subire una situazione di inferiorità o subire una discriminazione". Si veda Cassazione Penale n. 9381/2006.

31 Per un'interessante ricostruzione del trattamento differenziato che vari personaggi pubblici (consiglieri comunali, leader di partito, parlamentari, scrittori, giornalisti, vignettisti) hanno ricevuto in Italia in sede giudiziaria, rispetto all'accusa di aver prodotto e diffuso discorsi d'odio razzisti, si veda Monti 2015.

32 UNESCO 2015.

33 Sulla capacità dell'ambiente digitale di generare anche anticorpi contro l'*hate speech*, spingendo alcuni utenti a manifestare dissenso verso gli *haters* e solidarietà verso i destinatari dell'odio, richiama opportunamente l'attenzione Bello 2021: 254.

In secondo luogo, nello spazio online si sviluppa un tipo di comunicazione spesso meno formale, che porta ad attenuare le convenzioni sociali: da qui il ricorso, più frequente che nella vita quotidiana, a un linguaggio offensivo, a un tono irrispettoso, a esagerazioni, frasi derisorie, sarcastiche, minacciose, incendiarie.

In terzo luogo, per effetto di una minore esposizione a contenuti di tipo diverso, nelle cosiddette “camere dell’eco” le posizioni tendono a radicalizzarsi e polarizzarsi, perdendo la capacità di interagire in modo nonviolento con posizioni diverse³⁴.

Queste tendenze, inoltre, possono essere ulteriormente rinforzate dalla peculiare accelerazione delle interazioni sui social media: il minor tempo di reazione comporta un minor tempo di riflessione, con l’effetto di enfatizzare la dimensione emotiva e reattiva della comunicazione.

Tali dinamiche vengono strumentalizzate e ulteriormente potenziate nella comunicazione politica online. Sui social il contegno e la moderazione hanno da tempo lasciato il posto a strategie di *engagement* fondate sulla spettacolarizzazione, in cui sentimenti di ostilità e pratiche di demonizzazione degli oppositori sono utilizzate per galvanizzare i *followers*, fomentando aggressività, rabbia, malcontento e odio. Attraverso stili comunicativi diretti e focalizzati sulle emozioni alcuni politici perseguono due obiettivi: accrescere la propria visibilità online in modo spregiudicato, puntando sulla capacità dei messaggi fortemente provocatori di stimolare l’attivazione degli utenti; ridurre le distanze con la “gente comune”, che si ritiene possa identificarsi più facilmente con nozioni semplificate che non con ragionamenti astratti e complessi³⁵.

Da ultimo, occorre sempre essere consapevoli che lo scopo finale dei social media è di natura economico-commerciale: le piattaforme sono costruite per massimizzare il tempo di permanenza online e sfruttare l’attenzione degli utenti, in modo da esporli più a lungo e più intensamente possibile agli annunci pubblicitari. Come varie ricerche stanno mostrando, i contenuti che suscitano una reazione estrema, come i discorsi d’odio, hanno maggiori probabilità di stimolare l’*engagement* degli utenti e di prolungare la loro permanenza online³⁶. In questo modo, si comprendono meglio sia l’iniziale reticenza delle piattaforme a occuparsi di *hate speech*, sia il loro successivo impegno nella “moderazione” dei contenuti³⁷, ma soprattutto si giustifica la necessità di una regolazione pubblica dell’ambiente digitale, focalizzata sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone.

34 Quattrococchi, Vicini 2016.

35 Per un’efficace e sintetica ricostruzione di queste dinamiche, rimando a Dal Lago 2017 e Barberis 2020. Per un recente studio empirico sulla polarizzazione indotta dai social media, si veda Levy 2021.

36 Munn 2020; Acemoglu *et al.* 2021.

37 In un modello di business basato sulla pubblicità, le piattaforme tendono a rimuovere i contenuti solo se ciò aumenta il tempo che alcuni utenti trascorrono online, incrementando la loro possibile interazione con gli annunci. Sulla base di questo assunto, recenti ricerche spiegano il cambio di strategia delle piattaforme digitali e il loro impegno nella rimozione dei discorsi d’odio. Si veda, a riguardo, Jiménez Durán 2022.

3. Il diritto alla protezione dall'odio online: fondamenti, bilanciamenti, obblighi di tutela

Le lotte sociali del dopoguerra in Italia hanno portato, in buona misura con successo, “la Costituzione nelle fabbriche”. Con lo *Statuto dei lavoratori* “la fabbrica, in quanto luogo di lavoro, cessa di essere un luogo privato, una semplice proprietà immobiliare del datore di lavoro e diviene un luogo pubblico. E acquista la dimensione pubblica anche il rapporto di lavoro, entro il quale il lavoratore cessa di essere una merce e diviene oggetto di diritti fondamentali”³⁸.

In un tempo come quello presente, in cui la vita, le istituzioni, il lavoro, la produzione sono “sussunti” e ristrutturati dallo spazio digitale, si è posto un problema analogo: portare “la Costituzione nella rete”, ossia costituzionalizzare le azioni e le interazioni che avvengono online, per dare consistenza a una “cittadinanza digitale”. Si tratta di una necessità ineludibile, se è vero che la “rivoluzione informatica” non si limita ad aggiungere uno spazio virtuale a uno spazio reale, ma modifica l’idea stessa di realtà, dando vita a una nuova “ontologia” ovvero a nuovi criteri e nuove procedure secondo cui è possibile stabilire cosa sia “reale”, cosa sia “esistente”, cosa voglia dire “agire”. Come ha affermato Maurizio Ferraris, la rete “è reale prima che virtuale, ossia non è una semplice estensione immateriale della realtà sociale, ma si definisce come lo spazio elettivo per la costruzione della realtà sociale”³⁹.

L’esigenza di *costituzionalizzare la rete* è tanto più pressante quanto più siamo consapevoli del potere che le grandi società informatiche detengono nel plasmare “la realtà” di ciò che sperimentiamo in rete, guidate prevalentemente da logiche di profitto. Tale potere si afferma in forme apparentemente non autoritarie: si esercita con il nostro consenso e attraverso la nostra volontaria collaborazione. Ma, come ogni potere, anche questo richiede di essere “democratizzato”. Se non si vogliono liquidare le conquiste dello Stato democratico di diritto, il modello di regolazione della rete non può essere quello del mercato, neanche nella versione liberale del “*marketplace of ideas*”⁴⁰, ma piuttosto quello di un “bene comune” orientato a criteri di pubblica utilità e di universalità⁴¹.

In questa prospettiva acquista senso l’idea di una cittadinanza digitale, da intendere come lo statuto personale di cui ogni essere umano gode per il solo fatto di “esistere”, agire e interagire in rete. Tale statuto, così come la cittadinanza “pre-digitale”, si sostanzia nel reciproco riconoscimento di una serie di diritti fondamentali, necessari al pieno e libero sviluppo della persona, cui devono logicamente

38 Ferrajoli 2001.

39 Ferraris 2020.

40 Questa espressione, tratta dalla *dissenting opinion* del giudice di Corte suprema Oliver Wendell Holmes Jr. nel caso *Abrams v. United States*, fa riferimento alla convinzione per cui la verità di un’affermazione dipende dall’esito della “concorrenza sul mercato delle idee” e non dall’opinione di un censore, sia esso rappresentato dal legislatore, dal governo o da qualche altra autorità pubblica. Su questa base, in nome del Primo emendamento della Costituzione, nel contesto statunitense si assegna un forte peso alla libertà di espressione rispetto alla difesa di altri diritti e interessi concorrenti.

41 Rodotà 2014.

corrispondere altrettanti obblighi di non lesione e di prestazione da parte di chi detiene, a vario titolo, il potere nello spazio digitale. Come ribadito nella *Dichiarazione dei diritti in internet*, approvata in Italia nel 2015, “la garanzia di questi diritti è condizione necessaria affinché sia assicurato il funzionamento democratico delle istituzioni e si eviti il prevalere di poteri pubblici e privati, che possano portare a una società della sorveglianza, del controllo e della selezione sociale”⁴².

Il diritto a essere protetti dai discorsi d’odio online, se esiste, deve trovare il suo fondamento nella cittadinanza digitale. Si tratta di stabilirne l’esistenza, e di precisarne contenuto e peso, rispondendo alle seguenti domande: quali sono i beni giuridici che tale diritto riconosce come meritevoli di protezione? La rilevanza di tali beni, rispetto all’esercizio della cittadinanza digitale, è tale da giustificare l’intervento del diritto penale in caso di violazione? Con quali altri diritti può entrare in conflitto la tutela dai discorsi d’odio online? Secondo quali criteri è possibile operare un equo bilanciamento degli interessi in gioco?

La cittadinanza digitale, così come quella pre-digitale, si fonda su un principio di pari dignità sociale: se vogliono convivere con le proprie diversità e regolare democraticamente le proprie relazioni utilizzando il diritto, i membri di una collettività anche online non possono fare a meno di riconoscersi uguali in termini di dignità sociale e, conseguentemente, in termini di diritti fondamentali. Jeremy Waldron ha mostrato in modo convincente che l’esposizione ai discorsi d’odio, dentro e fuori la rete, mina esattamente il “bene pubblico” della pari dignità sociale, senza il quale viene meno la possibilità stessa di una convivenza civile e democratica⁴³.

La dignità, afferma il filosofo del diritto statunitense, non si esaurisce in un’astratta “aura kantiana” ma è qualcosa di molto concreto. È la base di quel reciproco riconoscimento che consente a tutti/e e a ciascuno/a di sentirsi parte a pieno titolo della collettività: è ciò che garantisce l’aspettativa di essere trattati alla pari degli altri, in qualsiasi circostanza e in ogni ambito della società. I discorsi d’odio hanno, invece, lo scopo di negare la pari dignità sociale: compromettono la reputazione e l’autostima delle persone, comunicando a loro e agli altri che non meritano di essere trattate equamente a causa della loro identità – razziale, etnica, nazionale, sessuale, ecc. – che le rende in qualche modo inferiori. Non si tratta di una semplice offesa o di una critica violenta a un determinato comportamento, ma di un attacco alla persona in quanto tale e al gruppo cui la si ascrive: un attacco al diritto di essere la persona che si è, e di condurre il tipo di vita che si ha liberamente deciso di condurre.

Come tutti i diritti, anche la tutela dai discorsi d’odio va bilanciata, in questo caso con i diritti di accesso alla rete, alla libertà di informazione, di espressione e di associazione, nonché con la protezione riconosciuta all’anonimato e con la libertà economica delle società tecnologiche. In linea di principio, la tutela del bene pubblico costituito dalla “pari dignità sociale”, così come definito sopra, può godere

42 La *Dichiarazione*, giuridicamente non vincolante ma politicamente significativa, è stata elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei Deputati e presieduta da Stefano Rodotà. Il documento è l’esito di un percorso di consultazione pubblica e di audizioni, che si sono concluse il 14 luglio 2015 con la sua approvazione finale.

43 Waldron 2012. Si veda anche Ansuátegui Roig 2017.

di un primato rispetto ai beni coperti dagli altri diritti, facendoli retrocedere e ammettendo una loro compressione. Il rango elevato del bene protetto autorizza a ricorrere in caso di violazioni allo strumento del diritto penale, l'uso del quale attiva a sua volta le garanzie tipiche del "giusto processo".

Il diritto di accesso e il diritto di associazione entrano in gioco nella misura in cui la "sanzione" per la diffusione di discorsi d'odio potrebbe arrivare, nelle forme più severe, alla disattivazione temporanea o permanente del profilo della persona o di una pagina collettiva sul social network (senza contare i possibili procedimenti penali, nei casi più gravi). Data la rilevanza di questi diritti, è necessaria una regolamentazione "garantista" che protegga dall'espulsione dai social. Tale protezione implica l'obbligo di decidere la sanzione rispetto a norme di condotta pubbliche e chiare, attraverso procedure e decisioni trasparenti, tempestivamente comunicate, adeguatamente motivate e suscettibili di ricorso, secondo una graduazione della "pena" proporzionata alla violazione compiuta e al danno arrecato.

Il diritto alla libertà di informazione e il diritto alla libertà di espressione entrano in gioco nella misura in cui la "sanzione" per la diffusione di discorsi d'odio può consistere nella rimozione di singoli contenuti online. Anche in questo caso si tratta di diritti rilevanti, seppure la portata della sanzione sia minore rispetto alla disattivazione del profilo o della pagina (sempre senza contare possibili procedimenti penali). Serve, comunque, anche per questi casi, una regolamentazione garantista analoga a quella precedente.

La protezione dell'anonimato, in base alla quale ogni persona accede alla rete e comunica elettronicamente usando dispositivi che proteggono la sua identità ed evitano la raccolta di dati personali, può essere limitata nel rispetto di principi di necessità e proporzionalità per tutelare rilevanti interessi pubblici. Come ribadito anche nella *Dichiarazione dei diritti su Internet*, già ricordata, nei casi di violazione della dignità e dei diritti fondamentali, l'autorità giudiziaria, con provvedimento motivato, può senz'altro disporre l'identificazione dell'autore della comunicazione segnalata.

Il problema della censura e, in generale, dell'ingiusta limitazione dei diritti di cui sopra, si pone soprattutto per tutelare chi esprime ostilità nei confronti del potere, muovendo da posizioni di minoranza, vulnerabilità o dissenso politico: sarebbe quanto meno paradossale limitare il diritto alla presa di parola critica proprio di quei soggetti che, generalmente, sono silenziati e subiscono odio sociale, discriminazioni istituzionali e attacchi violenti⁴⁴.

4. Dalla privatizzazione della censura alla co-responsabilità nella tutela della pari dignità

Una volta stabiliti *in astratto* diritti e obblighi connessi alla tutela dall'odio online, e fissati i principi generali per un equo bilanciamento con altri diritti potenzialmente

44 Per una discussione di questi rischi, soprattutto in riferimento al contesto statunitense, si veda Keats Citron 2018. Su questi aspetti, si veda anche Pintore 2021.

in conflitto, resta da chiarire l'aspetto forse più complesso e delicato della questione: a chi incombono *in concreto* gli obblighi previsti a fronte dei diritti riconosciuti?

La complessità e la delicatezza della questione derivano dal fatto che lo spazio digitale è popolato da una molteplicità di attori, dotati di poteri diversi e portatori di differenti interessi.

Nel caso dei social media gli attori sono di almeno sei tipi: 1) le piattaforme digitali, 2) gli utenti, singoli o collettivi, che accedono all'infrastruttura comunicativa fornita dalle piattaforme, 3) gli inserzionisti che acquistano spazi pubblicitari dalle piattaforme, 4) gli ordinamenti statali, con i rispettivi principi costituzionali e le eventuali norme di settore, 5) le corti competenti e le autorità amministrative indipendenti, a cui gli utenti possono accedere al fine di veder garantiti i propri diritti lesi, alla luce dei principi costituzionali e delle eventuali norme di settore, 6) le organizzazioni della società civile impegnate nel contrasto e nella prevenzione dei discorsi d'odio, nonché nella tutela delle vittime.

Secondo alcuni studiosi, nella definizione e nell'attuazione delle disposizioni contro l'odio online esiste oggi uno squilibrio di potere a vantaggio delle piattaforme, che rischia di avere come effetto una "privatizzazione sostanziale della censura"⁴⁵. Ci si riferisce, con legittima preoccupazione, al fatto che negli ultimi anni le autorità pubbliche abbiano di fatto delegato ai social networks il potere di decidere quali contenuti rimuovere sulla base degli "standard di comunità" fissati dalle piattaforme stesse e accettati dagli utenti al momento dell'iscrizione. Si tratta di riflettere su come sia possibile invertire questa tendenza, riequilibrando i rapporti tra i diversi attori a vantaggio dei soggetti portatori di un interesse pubblico, allo scopo di garantire un più equo e trasparente bilanciamento tra il rispetto della pari dignità sociale, da una parte, e le libertà di informazione, espressione e associazione, dall'altra.

Per risolvere il problema, propongo di applicare ai social media e alla loro regolazione un modello di "sovranità condivisa". Secondo tale modello i diversi attori coinvolti, in primis le piattaforme digitali e le pubbliche autorità, si riconoscono come co-responsabili nella garanzia dei diritti fondamentali propri della cittadinanza digitale e nell'adempimento degli obblighi connessi. Si tratta di una posizione che tiene conto della realtà del web e delle sue dinamiche concrete, ma anche delle esigenze normative proprie di un quadro costituzionale democratico: da una parte, occorre ammettere che la mole di dati circolanti quotidianamente sui social media eccede le capacità di controllo (ma anche l'interesse) degli attori pubblici, siano essi autorità di garanzia o di pubblica sicurezza; dall'altra parte, occorre che le regole di funzionamento dei vari social media e, soprattutto, le procedure di monitoraggio e censura dei contenuti che diffondono odio, siano uniformi e "garantiste", ovvero rispondano ai principi di uno Stato democratico di diritto quanto alle procedure e al bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco, operando in una prospettiva di "diritto penale minimo"⁴⁶.

45 Monti 2019a.

46 Per un'esposizione analitica e completa del concetto di "diritto penale minimo", rimando a Ferrajoli 2014.

Secondo questo modello, la co-responsabilità nella protezione dall'odio online e nel rispetto delle libertà di informazione, espressione ed associazione andrebbe declinata su due livelli.

Il primo livello prevede l'esercizio condiviso di quattro "poteri normativi primari" orientati rispettivamente a: 1) definire criteri per identificare con sufficiente precisione i discorsi d'odio e i loro diversi gradi di gravità, in base alle considerazioni definitorie svolte sopra; 2) associare ai diversi gradi di gravità dei discorsi non ammessi una adeguata gradazione di "sanzioni", dalla rimozione del contenuto vietato alla sospensione dell'account o della pagina, fino alla loro cancellazione; 3) stabilire procedure trasparenti ed eque di "moderazione" secondo cui valutare i discorsi alla luce dei criteri stabiliti e decidere le "sanzioni" adeguate, precisando ruolo e limiti dei meccanismi automatizzati e preventivi di moderazione; 4) fornire agli utenti procedure accessibili ed eque di "ricorso" contro decisioni sanzionatorie ritenute errate, ingiuste o eccessive.

Il secondo livello prevede l'individuazione degli attori cui affidare l'effettiva applicazione dei criteri e delle procedure stabilite al primo livello, sulla base di un principio di economicità e di sussidiarietà. In base al principio di economicità, a parità di efficacia, è chiamato a intervenire quell'attore che può svolgere il proprio compito col minor dispendio di mezzi e di tempo possibile: in particolare, la rapidità dell'intervento è richiesta dalla stessa logica di funzionamento del web allo scopo, ad esempio, di prevenire che un contenuto vietato diventi virale. In base al principio di sussidiarietà, a parità di efficacia nella garanzia e nel bilanciamento dei diritti fondamentali, è chiamato a intervenire l'attore più prossimo ed accessibile agli utenti: nei casi in cui il rischio di una violazione della pari dignità sociale o di una compressione delle libertà di informazione, espressione ed associazione si faccia più marcato, ovvero il bilanciamento degli interessi in gioco sia particolarmente complesso, l'intervento va affidato all'attore che offre maggiori garanzie procedurali.

In concreto, questo modello a due livelli può configurarsi come segue. Al primo livello tutti gli attori interessati sono chiamati a elaborare un consenso sui principi, le regole e le procedure generali per la tutela dai discorsi d'odio. Gli "standard di comunità" e le "sanzioni" per le relative violazioni, le modalità di moderazione, segnalazione e rimozione dei contenuti vietati, le modalità di comunicazione e di ricorso, che attualmente ciascuna piattaforma digitale adotta e attua in regime di autoregolazione, dovrebbero essere verificate e armonizzate alla luce dei principi costituzionali e delle più significative pronunce giudiziarie dei vari paesi. Al secondo livello le piattaforme digitali sono "delegate" a intervenire sui discorsi d'odio più evidenti, meno complessi e con minori limitazioni dei diritti antagonisti: sono, infatti, gli attori che dispongono degli strumenti tecnici per intervenire più rapidamente e, nei casi più semplici, possono offrire agli utenti sufficienti garanzie di tutela. Gli attori pubblici, invece, intervengono nei casi meno evidenti, più complessi e dalle conseguenze civili e penali più rilevanti. Nello specifico: le autorità amministrative indipendenti, responsabili in materia di comunicazione e di media, potrebbero intervenire per stabilire se è opportuno o meno che il caso venga esaminato da un giudice; la magistratura ordinaria

interverrebbe nel merito del caso, su segnalazione delle autorità indipendenti o su iniziativa degli utenti, singoli o collettivi⁴⁷.

5. Conclusioni e prospettive

Ritengo che la definizione di *hate speech* e il modello di co-responsabilità regolatoria qui proposti abbiano migliori prospettive di successo rispetto ad altri approcci, sia sul piano dell'efficacia nella tutela dall'odio online che sul piano dell'equo bilanciamento dei diritti e degli interessi coinvolti⁴⁸.

Le violenze subite in Myanmar dai Rohingya, stimolate e amplificate dai discorsi d'odio che i responsabili di Facebook sono accusati di non aver rimosso, sollevano tuttavia un'obiezione rilevante: come operare in quei contesti in cui non vige uno Stato democratico di diritto di tipo occidentale, in cui principi costituzionali garantisti, seppur presenti, non vengono né attuati né rispettati, o in cui le autorità governative intervengono in modo autoritario sui social media e sul web?

In questi casi, le piattaforme digitali proprietarie dei social media dovrebbero condividere le proprie responsabilità regolatorie con i rappresentanti di qualificate e indipendenti organizzazioni per i diritti umani, avvalendosi del supporto di organismi sovranazionali come le organizzazioni internazionali regionali⁴⁹ o le stesse Nazioni Unite.

In ogni caso, occorrerà guardarsi da facili ottimismo, scambiando la riduzione del numero di espressioni d'odio online con il raggiungimento di una situazione

47 Alcune recenti vicende giudiziarie, seguite alla decisione di Facebook di disattivare pagine e account di movimenti ed esponenti di estrema destra in Italia, costituiscono un buon esempio di "garantismo": la libertà di espressione è stata presa tanto sul serio da considerarne la possibile violazione anche a danno di soggetti neofascisti. Per una sintetica ricostruzione comparata di queste vicende e dei loro diversi esiti, rimando ancora a Villaschi 2021.

48 Il *Codice di condotta* stipulato tra la Commissione Europea e le principali società informatiche costituisce un caso esemplare di auto-regolamentazione da parte dei soggetti privati, più che di co-regolamentazione. Esso contiene una serie di impegni che le piattaforme assumono, su base volontaria, per contrastare e prevenire l'odio online. Con l'adesione al *Codice*, le società si impegnano a esaminare entro 24 ore la maggior parte delle richieste di rimozione dei discorsi d'odio per come da loro definiti; si impegnano, inoltre, a pubblicare periodicamente i risultati della propria azione di controllo e a collaborare con le organizzazioni della società civile impegnate nel contrasto dell'odio online. Insieme alla Commissione Europea, le piattaforme si impegnano anche a proseguire "l'elaborazione e la promozione di narrazioni alternative indipendenti e di sostegno a programmi educativi che incoraggino il pensiero critico" nell'uso della rete. La "coregolamentazione" del settore è, invece, tra le finalità della Direttiva UE 2018/1808 sulla fornitura di servizi di media audiovisivi.

49 Mi riferisco all'Unione Africana, all'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico, al Dialogo per la cooperazione asiatica, all'Organizzazione degli Stati americani, all'Unione delle nazioni sudamericane che, proprio sul terreno del contrasto e della prevenzione dei discorsi d'odio e, in generale, del rispetto dei diritti fondamentali nell'ambiente digitale, potrebbero approfondire la propria cooperazione. Sul ruolo delle organizzazioni internazionali regionali nel mantenimento della pace e della sicurezza globali, faccio riferimento alla riflessione giuridico-filosofica di Habermas 2005 [2004]: 107ss.

ottimale. Non è sufficiente pensare di intervenire sul complesso fenomeno sociale dell'odio, dentro e fuori la rete, con i soli strumenti della deterrenza e della sanzione, sia pure temperata da adeguate garanzie procedurali: in una società pienamente democratica ci si dovrebbe astenere dai discorsi d'odio non soltanto per paura delle conseguenze, ma per convinta adesione a un modello nonviolento di comunicazione e relazione interpersonale.

È, dunque, necessario agire in termini di prevenzione sui meccanismi strutturali che, nelle nostre società e nell'attuale sistema economico-politico, alimentano l'odio verso alcune categorie di persone considerate prive della medesima dignità delle altre. Si tratta di sviluppare, in generale, strategie alternative alla mera repressione, come l'elaborazione e la promozione di narrazioni alternative, di metodologie contro-discorsive, di campagne pubbliche di sensibilizzazione, di programmi educativi e laboratori scolastici che incoraggino il pensiero autonomo e critico, il ricorso a forme nonviolente di comunicazione e risoluzione dei conflitti, la presa di consapevolezza sulle dinamiche della rete e dei social media⁵⁰.

Come ha affermato Alessandro Baratta, “sappiamo che sostituire il diritto penale con qualcosa di meglio potrà avvenire solo quando avremo sostituito la nostra società con una società *migliore*”⁵¹. Migliore – aggiungo – sotto il profilo della giustizia sociale, economica e ambientale. Ciò valeva prima dell'avvento della rete, vale ancora oggi, e varrà sempre di più nella società iper-digitalizzata del futuro, alle prese con le sfide della crisi climatica, delle migrazioni globali, di possibili altre pandemie, dei conflitti armati e del rischio nucleare.

In conclusione, nessuna politica contro l'odio online sarà sostenibile, nel medio-lungo periodo, in assenza di misure che incidano sulle cause strutturali dell'aggressività e della violenza sociale. In assenza di una reale transizione ecologica accompagnata da adeguate politiche sociali e dell'occupazione, di politiche migratorie non discriminatorie nei confronti delle popolazioni del Sud del mondo, di politiche sanitarie pubbliche capaci di garantire un equo accesso alle cure e ai vaccini su scala globale, di una politica di disarmo generalizzato, sarà sempre più alto il rischio che ansie e frustrazioni sociali vengano indirizzate contro vecchi e nuovi soggetti “vulnerabili”. E che dalle parole d'odio online si passi a parole e pratiche d'odio offline, o che l'odio offline trovi nelle bolle digitali micidiali casse di risonanza.

Bibliografia

Acemoglu D., Ozdaglar A., Siderius J., 2021, *Misinformation. Strategic sharing, homophily, and endogenous echo chambers*, Technical report, National Bureau of Economic Research.

50 Sulla *critical digital literacy* in generale, si veda almeno Pangrazio 2016. Per l'applicazione del concetto al contrasto e alla prevenzione dell'*hate speech* nel caso specifico dell'antiziganismo, rimando a Agapoglou *et al.* 2021.

51 Baratta 2019 [1982].

- Agapoglou Th., N. Mouratoglou, K. Tsioumis, K. Bikos 2021, “Combating Online Hate Speech through Critical Digital Literacy: Reflections from an Emancipatory Action Research with Roma Youths”, *International Journal of Learning and Development*, 11 (2): 105-120.
- Ansuategui Roig F.J. 2017, “Libertà di espressione, discorsi d’odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere”, *Ars interpretandi*, 1: 29-48.
- Baratta A., 2019 [1982], *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano: Meltemi.
- Barberis M., 2020, *Come Internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano: Chiarelettere.
- Bello B.G., 2021, “I discorsi d’odio in rete”, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano: Wolters Kluwer, 247-261.
- Citterio C., 2006, “Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo”, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova: Cedam.
- Dal Lago A., 2017, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Milano: Raffaello Cortina.
- D’Amico M., C. Siccardi (a cura di) 2021, *La costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l’hate speech on line*, Torino: Giappichelli.
- Di Rosa A. 2020, *Hate speech e discriminazione. Un’analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Modena: Mucchi.
- Earl J., Kimport K., 2011, *Digitally Enabled Social Change: Activism in the Internet Age*, Boston: MIT Press.
- Faloppa F., 2020, #*Odio. Manuale di resistenza alla violenza delle parole*, Torino: Utet.
- Ferrajoli L., 2001, “Lo Statuto dei lavoratori: un mutamento di paradigma in senso pubblicistico del rapporto di lavoro”, *Quaderni rassegna sindacale*, 2: 117-123.
- Ferrajoli L., 2016, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli: Editoriale Scientifica (seconda edizione ampliata).
- Ferraris M., 2020, “Metafisica del Web”, lezione tenuta presso il Centro Nexa, Politecnico di Torino, January 8. Available at: <https://nexa.polito.it/mercoledì-126> (accessed: December 30, 2021).
- Fischer A., E. Halperin, D. Canetti, A. Jasini 2018, “Why We Hate”, *Emotion Review*, 10 (4): 309-320.
- Formenti C., 2000, *Incantati dalla rete. Immaginari, utopie e conflitti nell’epoca di Internet*, Milano: Raffaello Cortina.
- Formenti C., 2009, *Cybersoviet. Utopie postdemocratiche e nuovi media*, Milano: Raffaello Cortina.
- Gray C., Hansen K., 2021, “Did Covid-19 Lead to an Increase in Hate Crimes Toward Chinese People in London?”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 37 (4): 569-588.
- Habermas J., 2005 [2004], *L’Occidente diviso*, Roma-Bari: Laterza.
- Hindman M., 2018, *The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy*, Princeton: Princeton University Press.
- Jahan S., Oussalah M., 2021, “A systematic review of Hate Speech automatic detection using Natural Language Processing”, *arXiv*, 2106.00742v1 [cs.CL], May 22.
- Jakobson R., 1966 [1963], *Saggi di linguistica generale*, Milano: Feltrinelli.
- Jaishankar K., (ed.) 2011, *Cyber Criminology: Exploring Internet Crimes and Criminal behavior*, Boca Raton FL: CRC Press, Taylor and Francis Group.

- Jiménez Durán R., 2022, "The Economics of Content Moderation: Theory and Experimental Evidence from Hate Speech on Twitter", March 11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4044098> (accessed: April 15, 2022).
- Kaye D., 2019, *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet*, New York: Columbia Global Reports.
- Keats Citron D., 2018, "Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep", *Notre Dame Law Review*, 93 (3): 1035-1071.
- Kiska R., 2012, "Hate speech: a comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence", *Regent University Law Review*, 25: 107-151.
- Kuss D., J. H.M., Pontes 2019, *Internet Addiction*, Boston: Hogrefe Publishing.
- Lavenia G. 2012, *Internet e le sue dipendenze. Dal coinvolgimento alla psicopatologia*, Milano: FrancoAngeli.
- Levy R., 2021, "Social media, news consumption, and polarization: Evidence from a field experiment", *American Economic Review*, 111 (3): 831-870.
- MacAvaney S., H-R. Yao, E. Yang, K. Russell, N. Goharian, O. Frieder 2019, "Hate speech detection: Challenges and solutions", *PLoS ONE*, 14 (8).
- Marwick A.E., R.W. Miller 2014, "Online Harassment, Defamation, and Hateful Speech: A Primer of the Legal Landscape", *Fordham Center on Law and Information Policy Report*, June 10.
- McGowan M.C., 2019, *Just Words: On Speech and Hidden Harm*, Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Mchangama J., 2015, "The problem with hate speech laws", *The Review of Faith & International Affairs*, 13 (1): 75-82.
- Mintz A., (ed.) 2012, *Web of Deceit: Misinformation and Manipulation in the Age of Social Media*, Medford: Information Today.
- Monti M., 2019a, "Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale", *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1: 35-51.
- Monti M., 2019b, "Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia", *Quaderni costituzionali*, 4: 811-840.
- Müller K., C. Schwarz 2021, "Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime", *Journal of the European Economic Association*, 19 (4): 2131-2167.
- Munn L., 2020, "Angry by design: toxic communication and technical architectures", *Humanities and Social Sciences Communications*, 7 (57): 1-11.
- Noble S.U., 2018, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York: New York University Press.
- Pintore A., 2021, *Tra parole d'odio e odio per le parole*, Modena: Mucchi.
- Quattrociocchi W., A. Vicini 2016, *Misinformation. Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano: FrancoAngeli.
- Pangrazio L., 2016, "Reconceptualising critical digital literacy", *Discourse: Studies in the Cultural Politics of Education*, 37 (2): 163-174.
- Rodotà S., 2014, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari: Laterza.
- Röttger P., B. Vidgen, D. Nguyen, Z. Waseem, H. Margetts, J.B. Pierrehumbert 2021, "HateCheck: Functional Tests for Hate Speech Detection Models", *arXiv*, 2012.15606 [cs.CL] May 27.
- Searle J., 2009 [1969], *Atti linguistici. Saggi di filosofia del linguaggio*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Sellers A., 2016, *Defining Hate Speech*, Boston University School of Law, Public Law Research Paper, 20.

- Spinoza B., 2009 [1677], *Etica*, Roma-Bari: Laterza.
- Sunstein C.R., 2017, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton NJ: Princeton University Press.
- UNESCO 2015, *Countering online hate speech*, UNESCO, Parigi.
- van Dijk J.A., K.L. Hacker 2018, *Internet and Democracy in the Network Society*, New York: Routledge.
- Villaschi P., 2021, “La (non) regolamentazione dei social network e del web”, in M. D’Amico, C. Siccardi (a cura di), *La costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l’hate speech on line*, Torino: Giappichelli, 113-126.
- Waldron J., 2012, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge MA: Harvard University Press.
- Watzlawick D.D., P. Beavin, J.H. Jackson 1971 [1967], *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi*, Roma: Astrolabio.
- Ziccardi G., 2016, *L’odio online. Violenza verbale e ossessione in rete*, Milano: Raffaello Cortina.
- Ziccardi G., 2020, *Online Political Hate Speech in Europe: The Rise of New Extremisms*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Zuboff S., 2020, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York: PublicAffairs.

Andrea Favaro*

*La identità del giurista nell'era digitale.
Il ruolo della filosofia del diritto***

Abstract: The contribution presents some critical observations in order to the claim to recognize the “rule” of the technologies in order a renewed identity of the role of the jurist. Highlighting the vagueness of the notion of “legal informatic” and its actual dimension, the Author recovers some paradigms of juridical and political theory to recognize a renewed importance of the critical thought. The contribution makes an attempt to analyze the formative function of the philosophy of law with the aim of recognizing the roots of this relationship.

Keywords: Legal informatics, Autonomy, Law and concept, Algorithm, Law and technologies.

1. Introduzione

Riflettere sul ruolo della “filosofia del diritto” nella formazione del giurista in seno all’era digitale significa svolgere un tema arduo anche solo per il fatto che non si può essere abilitati, oggi, a tracciare un bilancio più o meno esaustivo di un periodo passato, quanto inevitabilmente veicolati nel tentare di intuire il presente e il futuro di una materia oggi meno salda del desiderato e al tempo stesso costitutivamente critica e, quindi, sempiternamente innovativa nel seno di una dimensione di ricerca plurale.

Scontato il senso confessorio del tenore del paragrafo che precede e che, inevitabilmente, non può che condizionare la cifra del contenuto del presente Contributo, lo stesso consta di una Premessa (fondativa) su quello che ormai è un paradigma di lettura dell’esistente (anche giuridico) ovvero la tecnologia informatica, di tre Argomenti proposti per la discussione circa il ruolo che questa può assumere nella formazione del giurista e una Conclusione, consapevolmente interlocutoria.

* Ricercatore presso l’Università degli Studi di Verona - andrea.favaro@univr.it.

** Il Contributo riprende le riflessioni offerte dall’A. in seno al Seminario organizzato presso la Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro il 4 giugno 2021 sul tema “La formazione del giurista nell’era digitale. Il ruolo dell’informatica giuridica” e già nella Introduzione alla Giornata di Studi organizzata presso la Università degli Studi di Verona il 13 maggio 2021 sul tema “Intelligenza Artificiale tra Diritto, Etica ed Esperienza”.

2. Premessa fondativa

Tra gli eventi più controversi sorti lungo il progresso umano è da indicare senza dubbio il progetto, mai sopito, di verificare, prima, e riprodurre, poi, l'intelligenza umana mediante automi e macchine¹.

Per quali motivi?

Essenzialmente per evitare gli errori connessi ai limiti della prima e per aumentare la potenza dell'intelligenza in sé finalizzata alla comprensione e, quindi, vincolata alla gestione dell'esistente.

Quali vantaggi e quante conseguenze una data impostazione comporti in ambito giuridico non è ancora agevole darne conto, salvo percepire una sorta di utile sponda all'intenzione di espungere l'umano (perché intrinsecamente complesso) dalla regolazione decisoria (invero decifratrice) delle relazioni (finanche umane). Rischiando di narrare formulazioni troppo sintetiche perché possano essere bastevolmente fondate e svolgendo tale tentativo al mero fine di indicare un percorso di ricerca presente e futuro, si potrebbero riconoscere gli esiti di detta impostazione in virtù di una semplificazione del giuridico favorita dalla tecnologia atta a superare (per sopperire) i limiti del giudizio umano.

D'altronde, l'aspirazione alla decisione robotizzata (e il concepire la giurisprudenza come scienza in costante tenzone con le scienze esatte) si appalesa risalente.

I modelli spesso evocati dai dotti sono la geometria e la matematica. Immagini di tal fatta erano veri e propri luoghi ricorrenti nel dibattito filosofico-scientifico-giuridico nel Seicento. Per Leibniz, “la scienza del diritto e parte di quelle scienze che non dipendono dall'esperienza ma da definizioni, da dimostrazioni non dei sensi ma della ragione e si occupano non di fatti ma di validità”². Col senno di poi, a giudicare dalla nemmeno troppo recente evoluzione giusfilosofica, mai un neologismo giuridico è stato forse più azzeccato quanto quello di giuscibernetica: se la potenza cibernetica ha contribuito alla “fine della filosofia”, dall'altra, la giuscibernetica, pur proponendo modelli che riflettono uno spiccato razionalismo analitico – che peraltro risentono dell'eco speculativa leibniziana – eclissano la visione processua-

1 Nel corso degli ultimi decenni abbiamo assistito ad una profonda e pervasiva rivoluzione tecnologica, economica e sociale che ha visto il passaggio dalla società industriale alla società dell'informazione. Così come l'industrializzazione determinò il passaggio dalla società agricola alla società industriale, così l'informatizzazione ha determinato la formazione di un nuovo modello sociale, la società dell'informazione, dove i calcolatori gestiscono la memorizzazione, l'organizzazione e la ricerca dell'informazione, governano ogni tipo di macchina, gestiscono flussi di lavoro, aumentano la realtà con oggetti e contenuti virtuali, animano automi. La trasformazione determinata dall'elaborazione automatica dell'informazione va ben al di là delle attività produttive ed amministrative. Come è stato osservato, la nostra società si va trasformando in una “infosfera” popolata da un numero enorme e crescente di entità computazionali, sempre più pervasive, autonome ed intelligenti. Vedasi sul punto Floridi 2013. Si è osservato inoltre che sta emergendo una nuova forma di vita sociale, la vita online e la vita “onlife”, caratterizzata dal fatto che “Artefacts (...) can change states in autonomous ways and can do so by digging into the exponentially growing wealth of data, made increasingly available, accessible and processable by fast-developing and ever more pervasive ICTs” (Floridi 2013b: 132).

2 Leibniz 1961: 86.

le del diritto e considerano il logos giuridico come algoritmicamente sussumibile in modelli computabili. Il senno della giuscibernetica, se è consentito darne ora già atto, pare tutto avviluppato all'obiettivo del teorizzare un diritto senza processo, o meglio, a ritenere che l'algebrizzazione e l'algoritmizzazione del diritto possano dare per svolta l'intima natura processuale del diritto.

D'altra parte la sfida già presente si palesa complessa e, come è sempre accaduto nella storia dell'esperienza umana, "Il giurista non può mai astenersi né estraniarsi dalla vita e dalla sua conoscenza, anche se sarà sempre aperta la discussione su "quanto" e "come" utilizzare questa conoscenza, che non dovrà tuttavia essere – in nessun caso – una cappa di piombo sul suo procedere"³.

A prescindere, in questa breve premessa fondativa, dai modelli artificiali dell'intelligenza umana, resta aperto il dibattito innanzi tutto sulla questione fondamentale dell'esistenza (contemporanea?) di una intelligenza (e quindi della possibilità di una coscienza) nel computer al fine di verificare se la "sua conoscenza" come insegna Orestano, sia o meno una "cappa di piombo sul procedere" del giurista.

3. Giuscibernetica e il desiderio di diritto

Anche con riferimento alla giuscibernetica, le motivazioni di quella che potrebbe essere definita come "la fine del diritto" sono profonde, tanto quanto quelle che riguardano la "fine della filosofia" per opera della stessa cibernetica.

Nell'alveo delle scienze un tempo "esatte" già nel 1905 il fisico Ernst Mach rilevava l'esistenza di una inclinazione naturale che ci spinge a imitare, a riprodurre ciò che abbiamo compreso. La precisione della riproduzione rispecchia poi la misura della nostra comprensione. Precisione della riproduzione che procede oltre la riproduzione stessa e oggi tale processo si configura in tempi velocissimi.

Arrivando al tema specifico relativo all'Informatica giuridica, potremmo partire dal 1992 quando il fisico Roger Penrose, principiando da un posizione platonica e dualista, riconosceva che "Gli obiettivi della Intelligenza artificiale sono quelli di imitare per mezzo di macchine, normalmente elettroniche, quanto più possibile dell'attività mentale umana, e forse anche di andare oltre le capacità umane sotto questo aspetto".

Sono trascorsi nemmeno trent'anni da questa affermazione e, oggi, non è concepibile una analisi della intelligenza artificiale che non sia coricata sull'imperativo del letto di Procuste dell'imperativo "andare oltre" le capacità umane. D'altra parte, nuovamente risulta utile (se non ovvio) rammentare come tale progetto (che invero palesa una connaturata "esigenza" insita nello stesso essere umano insoddisfatto dei limiti di cui è latore) non è cosa nuova e possiede origini remote. Infatti, l'idea di delegare ad un artefatto compiti "intelligenti" non nasce con l'invenzione dei moderni calcolatori.

Il primo progetto di intelligenza svincolata dal dato biologico pare consista in una macchina "combinatoria" ideata nel mondo arabo medievale.

Toccherà poi al filosofo Leibniz, che si laurea in diritto a 21 anni e il cui padre era al tempo professore di diritto e di etica all'università di Lipsia, inventare una "macchina calcolatrice" e concepire propriamente il diritto come una "scienza esatta", perché capace di svolgersi secondo procedimenti sistematici, logici e dimostrativi provvisti di un rigore matematico.

Come sappiamo, nella *Ratio corporis iuris* riconcinnando Leibniz prospettò che l'intero diritto vigente di una nazione si possa ridurre ad "un solo foglio" di regole generali attraverso la cui combinazione possano essere risolti tutti i casi proponibili.

Alla luce delle più recenti tecniche (non solo informatiche) ci si potrebbe chiedere quale sia la sorte presente del "solo foglio" di Leibniz?

Senza voler dar conto di risultati e soluzioni effettivamente innovative che, oggi ancora, non si scorgono in termini nitidi, riteniamo che l'implementazione delle ricerche di informatica giuridica anche in ambito accademico non è, oggi, solo una opportunità, ma anche una necessità per la teoria e la filosofia del diritto, soprattutto nell'alveo che detti studi fondativi sono in grado di offrire nel percorso formativo dei giuristi in fieri.

Difatti, il lavoro di analisi comparata tra la filosofia del diritto, i variegati diritti positivi e le proposte dell'intelligenza artificiale può portare alla elaborazione di modelli giuridici ulteriori rispetto a quelli noti alla tradizione. In questi termini sarà fruibile, tramite una doverosa rielaborazione del linguaggio e del ragionamento giuridici, una migliore comprensione dell'orizzonte dell'attualità. Tornando all'ambito formativo detta rielaborazione, da un punto di vista metodologico, si auspica possa contribuire a rendere l'ambito accademico maggiormente adatto a fornire ai giuristi del domani almeno i paradigmi utili a cogliere l'imperituro (e comunque imprevedibile) pulsare dell'esperienza giuridica nel quotidiano.

Invero, il desiderio spontaneo di "diritto", ma potremmo meglio riconoscere l'invocazione della presenza di "giustizia" nel singolo caso concreto, che anche l'uomo della strada possiede è, oggi, fortemente condizionato dalla premessa (di matrice inevitabilmente "ideologica") per la quale esso costituisca un fenomeno essenzialmente umano e razionale⁴. Emerge già in seno a detta constatazione il terreno fecondo ove declinare il ruolo della giuscibernetica, visto che questa si presenta prima facie quale l'ulteriore declinazione, tutta contemporanea almeno e non già vetusta, del rendere "ragione" al diritto, inevitabilmente e operativamente decurtandolo degli elementi irrazionali, che la stessa non è in grado di "dimensionare" per i limiti "tecnici" entro i quali incanalare diritti, pretese, "giustizie".

4. Ratio iuris tecnologizzata

Sotto tale, non solo apparente, antitesi la ratio juris "tecnologizzata" si palesa allora come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si

4 Vedasi quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni uno dei più acuti filosofi del diritto italiani del secolo scorso: Caiani 1955: 40-58.

presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica⁵, proprio per i limiti “tecnici” accennati al paragrafo che precede.

Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna⁶, simile questione ha un eterno ritorno sempre e comunque anche all'interno stesso del mondo del diritto. D'altronde non pare facile uscire da questo circolo se è vero che, come Grossi descrive con la prosa efficacemente colorita che lo contraddistingue, «il sapere giuridico è avvertito come sapere dalla grande capacità ordinante a condizione che riesca a depurarsi di scorie contingenti e particolari e a sovrastare la incandescenza e mobilità della realtà fattuale con i proprii schemi categoriali astratti»⁷.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnologia (nel/del diritto) possa costituire una sorta di zona franca per l'autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non può più essere considerato come persona nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo senza dar conto riconosciuto della razionalità delle legge/decisione, ma formulando meri richiami sedicenti giustificativi a tecniche legislative finanche supportate dalle recentemente rinvenute tecnologie. Nemmeno può dirsi che solo all'interno di una prospettiva eteronomica possiamo ricavare delle regole giuridiche poichè “nell'espressione autonomia, classicamente, è [già] implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola”⁸.

“Disposizione”, non imposizione; “disposizione” che è implicita nell'autonomia, ma che proprio perchè viene compresa nella stessa, non può con la medesima sussistere un rapporto di piena e adeguata identità, perchè l'autonomia comprende la disposizione e al contempo la trascende. Peraltro, disposizione non convenzionale, ma reale, come risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale è sempre determinata da regole poste, ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti che ne sono parte attiva siano disposti a seguirle realmente (e non virtualmente). Ne consegue che l'impianto tecnologico può comportare delle agevolazioni al soggetto che de-sidera mantenersi autonomo e pronto a seguire le norme eventualmente strutturate per mezzo della tecnologia.

La complessità del tema è evidente e può suscitare più che utili novità, i cui riflessi superano la dimensione del fenomeno teorico, verso il quale il giurista rivolge la sua curiosità e la sua attenzione ermeneutica, per proiettarsi ed incidere sulla stessa eticità di comportamenti umani (e non) e sulle valutazioni e decisioni di politica del diritto che andranno assunte. Ed anzi l'ambito che l'informatica giuridica è in grado di analizzare risulta, almeno al momento attuale, anticipato dall'esperienza (token, algoritmi, smart contracts) prima che essere enucleato e valorizzato in ambito accademico.

In sunto, l'idea (o la realtà?) che una “macchina”, per quanto intelligente e cosciente possa stabilire le sorti di una persona, siano esse attinenti solo alla di-

5 Cfr., *inter alios*, Irti – Severino 2001.

6 Vedansi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di Caiani 1955, Romano 2004.

7 Grossi 1998: 281.

8 Cfr. Gentile 2005: 37.

missione patrimoniale, ovvero spingersi a regolare anche il piano degli affetti e delle relazioni familiari, del trattamento sanitario obbligatorio, fino a quello delle decisioni circa la dimensione dell'esistenza stessa del singolo, dovrebbe suscitare delle attente disamine, a guisa di stimoli di riflessione in fieri di ricerche atte a svolgere in maniera più adeguata la formazione del giurista chiamato ad immergersi nelle viscere di una quotidianità già "(in)formata" dall'esperienza tecnica, a prescindere da una sua fondazione teorica, e al contempo perennemente bisognosa di un criterio di "ordine" che non può che essere "ulteriore". Ecco perché al logos giuridico contemporaneo tutto avviluppato alla ratio sedicente scientifica riteniamo sempre più necessario (ri)connettere un afflato prudenziale affinché il diritto quale ars permanendo nella propria identità di "artificio" (umano) consenta l'incunarsi in una prospettiva che all'umano indichi un fine oltre al mezzo della tecnica (tecnologica)⁹. D'altronde, premessa fondamentale ad ogni discorso sulla "tecnica" (finanche afferente al diritto c.d. delle nuove tecnologie) rimane il lucido monito di Marino Gentile: "la tecnica non indica, né vuole, né può indicare un vero fine: tutto ciò che essa porta, non può essere scopo che a se stesso, ma soltanto grado e mezzo per raggiungere qualcos'altro [...] e la tecnica non può determinare in che cosa quest'altro consista"¹⁰.

Come noto, però, la forma (così come la tecnica legislativa finanche indirizzata al raggiungimento della "certezza" e alla garanzia del "l'affidamento", così pure la tecnologia dell'algoritmo di turno) "non indica, né vuole, né può indicare un vero fine" perché anche in questa contingenza riacquista attualità "la prima formulazione dell'umanesimo, quella che Platone opponeva all'utilitarismo volgare e all'utilitarismo sofistico, affermando che l'uomo è, sí, passione dell'utile, ma è, in primo luogo, comprensione e volizione del bene. Utile è, difatti, ciò che vale come mezzo è strumento ad altro, bene è ciò che vale per sé"¹¹.

5. Giurista, identità e ruolo nell'era digitale

Il giurista è, per definizione, uomo (ed elemento funzionale) ad uso del mantenimento dell'ordine e quindi avvezzo a recuperare lo stato dell'arte perché possa essere in qualche modo mantenuto. Nel momento attuale ora si trova a mettere nel letto di Procuste estraneo (informatico) la propria identità, natura, funzione.

L'attenzione ritengo debba essere rivolta a sollecitare una riflessione critica che possa fornire gli strumenti utili al giurista del domani per evitare di trovarsi suo malgrado pronò all'irrazionalità del fatto (informatico) compiuto.

9 La sede non consente una riflessione (invero doverosa e auspicabile) nè sui dilemmi epistemologici imposti dall'implementazione tecnologica della *ratio* giuridica, né sulla connessione meno evidente, ma per questo non meno presente, tra l'affidamento tecnologico presente e il parallelo affidamento del vissuto individuale e comunitario passato, entrambi operativamente utili a sopperire ai limiti della ragione giuridica (umana).

10 Gentile 1943: 175.

11 *Ibidem*.

Tra contrattualistica e machine learning (vigilata o meno, poco rileva), blockchain e dimensioni del diritto che grazie alla tecnologia si presenta altro e diverso rispetto agli istituti del passato.

Sovranità dell'ordinamento, unicità e volontà del giudice, criteri di contrattazione e di riconoscimento di responsabilità. Ambiti tutti questi ove la responsabilità oggettiva rischia di essere la prima e forse unica soluzione, dai tratti inevitabilmente deludenti palesando un ossimoro in sé.

Con riferimento all'algoritmizzazione giuridica, va premesso il fatto che la conoscenza giuridica, per esser comunicata alla macchina, deve essere tradotta in un linguaggio formale di programmazione, dato che la macchina non sa comprendere il linguaggio naturale. Al di là delle differenze, non rilevanti ai fini del presente lavoro tra linguaggi di programmazione procedurali e dichiarativi, va ricordato che in ogni algoritmo – che, ricordo, sta alla base di tutta la programmazione e di tutta la computazione informatica in generale – si possono distinguere due componenti fondamentali, la logica e il controllo, ovvero a) la conoscenza, ovvero la descrizione del problema da risolvere e del suo contesto, e b) la specificazione di un metodo per risolverlo che sia utilizzabile dall'esecutore dell'algoritmo, cioè dalla macchina¹².

Con riferimento ai linguaggi procedurali e ai linguaggi dichiarativi, possiamo sintetizzare la disamina semplificando come nei primi – detti anche “imperativi” in quanto rispondono all'esigenza di prescrivere alla macchina determinati processi di elaborazione – le due componenti (logica e controllo) sono inscindibili, in quanto si fondono in una procedura, ossia nella descrizione/prescrizione di una sequenza di operazioni e di controlli sui dati di input. Chi intenda sviluppare un sistema informatico per risolvere un determinato problema, deve assumersi il compito gravoso di tradurre in una procedura siffatta tutte le informazioni necessarie per risolvere quel problema. La programmazione dichiarativa – resa possibile dallo sviluppo dell'I. A. e, in particolar modo, dalla smisurata crescita della vis deductiva della macchina – si basa, invece, sulla separazione delle due componenti dell'algoritmo: a) la conoscenza (la logica) viene rappresentata dichiarativamente in un insieme di assiomi; b) la strategia, cioè il metodo per usare tale conoscenza (il controllo), viene trasferita in un programma di impiego generale, il motore inferenziale. E tale programma che, sulla base della conoscenza dichiarativa, determina il procedimento da seguire per risolvere i problemi particolari sottoposti al sistema. Ricordiamo inoltre che il motore inferenziale e un deduttore automatico, compie operazioni che corrispondono a regole di deduzione logica. (Il sistema, per effettuare tali deduzioni, deve tradurre le procedure di inferenza in una combinazione di operazioni eseguibili da un elaboratore cioè, stante il modello della macchina di von Neumann che informa l'elaboratore elettronico, in istruzioni che modificano celle di memoria o ne modificano i valori). La programmazione dichiarativa si propone, quindi, di realizzare programmi informatici costituiti non di procedure, ma di asserti o dichiarazioni che formalizzano la conoscenza rilevante per le elaborazioni da compiere. Il compito di usare le conoscenze dichiarative è affidato

12 Cfr., sul punto, Kowalski 1979.

al sistema informatico, il quale comprende programmi specificamente deputati a compiere questa funzione, i motori inferenziali, appunto.

Utile peraltro precisare che – con riferimento al tema dei linguaggi di programmazione, e per i soli fini che qui interessano – la contrapposizione tra approccio “algoritmico” e approccio “dichiarativo” rappresenta solo una linea di tendenza, priva di impatto significativo dal punto di vista esperienziale per il diritto.

In effetti, anche chi sviluppa applicazioni di intelligenza artificiale (in cui viene adottato in specie il paradigma dichiarativo, tale per cui il comportamento di un calcolatore programmato in tal maniera coincide non solo con la semantica operativa del linguaggio di programmazione utilizzato, ma anche con operazioni di deduzione logica) deve tener conto degli aspetti procedurali (algoritmici) della macchina. Preso atto di quanto, sul piano operativo, possiamo riferire in sunto che chi sviluppi un’applicazione informatica con metodologie di programmazione dichiarativa può limitarsi a rappresentare il problema e il suo contesto, fornendo appunto la conoscenza dichiarativa.

Il motore inferenziale applica un algoritmo di carattere generale per derivare, dalla conoscenza dichiarativa, la soluzione del problema. L’adozione di un linguaggio e di uno stile dichiarativo consente, in particolare, di adottare una rappresentazione non deterministica della conoscenza e del problema (una rappresentazione che non specifichi – a differenza di quanto avviene nella programmazione procedurale – l’ordine secondo il quale procedere nella ricerca della soluzione del problema). È il motore inferenziale che si occupa di precisare la procedura di soluzione del problema, di creare un algoritmo deterministico, combinando la rappresentazione astratta della conoscenza e la procedura generale per il suo utilizzo. Evidenziando l’impianto deduttivistico che identifica il *modus operandi* della macchina risulta utile rammentare come una delle tecniche usate più frequentemente a questo scopo e la tecnica del c.d. *backtracking* (ritorno all’indietro): il sistema procede metodicamente all’esperienza di tutti i modi possibili in cui il problema proposto può trovare una soluzione (sulla base della conoscenza dichiarativa disponibile), finché non ottenga il risultato voluto, o esaurisca senza risultato tutti i tentativi possibili.

Ne consegue che chi redige un programma dichiarativo è finanche implicitamente autorizzato a disinteressarsi della procedura di soluzione seguita dal sistema informatico e, in particolare, dell’ordine secondo cui i tentativi di soluzione saranno eseguiti: in ogni caso, se la conoscenza fornita al sistema consente di risolvere il problema, la macchina è in grado di trovare autonomamente una soluzione. Va ricordato, infine, che la programmazione dichiarativa viene anche chiamata programmazione logica, in quanto si propone di usare la logica formale come linguaggio di programmazione¹³.

13 Per una disamina analitica dei linguaggi c.d. procedurali (essenzialmente tipici dell’informatica classica, sviluppatasi in stretta connessione con l’evoluzione tecnologica degli elaboratori, cfr. Sartor 1992: 27-78; Dijkstra 1977; Wirth 1974; Casadei-Teolis 1979; Lanzarone-Maiocchi 1981. Per un esempio di programmazione mediante procedure, e di rappresentazione procedurale di procedimenti giuridici rinviamo a Floridia 1990; Floridia 1986. Sulla logica formale e sul calcolo logico delle inferenze valide vedasi Sartor 1992: 94-97. Sulla programmazione logica dichiarativa in generale, cfr. Hogger-Kowalski 1987; Hogger 1990. Sulla formalizzabilità

La ragione per la quale un procedimento algoritmico debba trovare impiego nell'applicazione del diritto è tutta insita nella affidata garanzia di certezza che è in grado, per la sua struttura, di assicurare alla *communitas*. Infatti, "uno degli aspetti più salienti del rapporto informatica-diritto è l'esigenza di un linguaggio chiaro, sollecitato non solo dalla convinzione che un linguaggio semplice possa portare ad una interpretazione esatta della legge, attraverso cui si esprime il legislatore, ma principalmente al fatto che solo un linguaggio chiaro, univoco, possa essere utilizzato dall'informatica; in breve, le finalità di questa esigenza potrebbero essere utilizzate ove si utilizzi il linguaggio degli algoritmi"¹⁴.

Se così stanno le cose la funzione propria dell'informatico giuridico che è filosofo del diritto non può che consistere nel richiamare l'attenzione dell'operatore giuridico sul momento originario della sua esperienza, per individuarne la trama fatta di teoria e prassi, per riconoscere una precipua "filosofia" e, quindi, per garantire una intelligenza del ruolo del diritto nell'orizzonte della tecnologia informatica e dell'integralità dell'esperienza umana.

L'informazione giuridica formalizzata risulterebbe essere una informazione dai contorni precisi (*rectius*, *precisati*) e di significato univoco tale da comprendersi sotto l'ombra del brocardo in *claris non fit interpretatio*. In aggiunta deve essere riconosciuta la possibilità di applicazione automatica, o meglio, la ineluttabilità di una data conseguenza a fronte di premesse date; il rapporto fra protasi e apodosi – elementi fra loro legati logicamente secondo le regole esatte per la manipolazione dei simboli – fonderebbe la prevedibilità matematica delle conclusioni giuridiche di una vicenda che trova nella formalizzazione, tanto della fattispecie concreta quanto della fattispecie astratta, il proprio fondamento; per cui il momento giuridico potrebbe (e dovrebbe, come auspicano in molti) declinarsi nello "svolgimento" di un algoritmo.

Risulta nitido come l'epistemologia algoritmica assuma un ruolo identitario significativo anche per l'universo giuridico e che la nozione di algoritmo si rivela interessante, oltre che per il pensiero matematico, per il pensiero "legale"¹⁵. "È da tener presente che esistono non soltanto algoritmi matematici (cioè quelli il cui metodo di risoluzione è fondato sull'applicazione di regole matematiche), ma anche algoritmi non matematici (che potremmo chiamare logici), anche se formulabili in un linguaggio rigoroso (come ad esempio quello proprio dell'algebra di Boole) che per tale ragione viene chiamato «matematico»: altro è, infatti, il linguaggio (forma esterna di espressione di un metodo di risoluzione), altro è la natura della regola che si applica in esso. E ciò perché «formulare» dapprima il problema in forma

della logica enunciativa (o proposizionale), e in particolare sul rapporto tra connettivi logici e linguaggio naturale, vedasi Allen 1982. Sulla riducibilità del diritto ad insieme di norme essenzialmente prescrittive e sulla funzione essenzialmente "connettiva" dei concetti giuridici, sempre utile Ross 1965. Sulla "normalizzazione", una metodologia per trasferire elementi dai testi giuridici in linguaggio naturale a rappresentazioni formalizzate basate sulla logica enunciativa e sulle c.d. clausole di Horn, cfr. già Allen 1978; Allen-Saxon 1986; Anderson-Belnap 1975; Walter 1985 e nuovamente Kowalski 1991.

14 Amato Mangiameli 2000: 155.

15 Amato Mangiameli 2000: 153; cfr. Cossutta 2008: 51 ss.

precisa, stabilire l'obiettivo da raggiungere, distinguere le costanti dalle variabili, precisare in forma generica e astratta le regole (...) da eseguire per il raggiungimento dell'obiettivo prescelto, caratterizza non soltanto il pensiero matematico, ma tutto il pensiero razionale dell'uomo, quale che sia il suo campo di applicazione"¹⁶.

6. Conclusione interlocutoria. L'informatica giuridica come espressione rinnovata del sapere critico-filosofico

In questo contesto la filosofia del diritto potrebbe rinnovare la sua funzione anti-ideologica, richiamando l'attenzione filosofica alla già contemporanea esperienza giuridico-informatica.

Si tratta, probabilmente, di un insegnamento del tutto nuovo, ma anche di una funzione sempre antica. Si tratta, inoltre, di evitare per la formazione del giurista di domani, la dimensione "eclettica" o "didascalica" (come già denunciava Bobbio circa la giusfilosofia insegnata nel secolo scorso in Italia). Si tratta, in sunto, di andare a fondo sul tema tecnica-diritto-uomo e così offrire al giurista del domani gli arnesi per rimanere ancorato ad una funzione che invero palesa una identità e così garantire un ancoraggio alla dinamica "sacerdotale" che da tempo immemore gli è stata affidata dalla *communitas* di turno.

Peraltro, al fondo della questione (mai sufficientemente problematizzata) della capacità della macchina computante di emulazione del processo volitivo, vi è un'impresicata analogia tra formazione della volontà e svolgimento del ragionamento, per la quale tra questi non sussisterebbe una netta separazione: ogni manifestazione di volontà, ogni decisione muove dalla conoscenza dell'obiettivo verso cui tende e alla valutazione dei mezzi per raggiungerlo.

Il dato riesce fecondamente recuperabile nell'immediato se non si è dimentichi di una tesi fondamentale presente alla base del pensiero cibernetico, per la quale la struttura e la funzione di una macchina cibernetica è "simile" a quella dell'essere umano in senso biunivoco. In altri termini, l'uomo può essere considerato strutturalmente e funzionalmente una macchina cibernetica, ragion per cui – stante il fatto che qualsiasi decisione è sempre preceduta da un ragionamento "che può essere più o meno scrupoloso, giusto o errato, ma che, per quanto rapido e superficiale, esiste sempre, anche per quelle decisioni che ci sembrano irrazionali"¹⁷ e che il processo di formazione della volontà altro non è che il processo del ragionamento umano che si conclude con una decisione – si dovrà dedurre che la macchina cibernetica in grado di riprodurre il modello del ragionamento umano, sia anche in condizione di riprodurre il processo di formazione della volontà a patto però che sia possibile dedurre la decisione giusta dal numero finito di premesse, determinabili a priori, e quindi che essa sia esprimibile con un numero finito di formule logico-matematiche finite.

16 Borruso-Tiberi 2009: 249.

17 Knapp 1978: 50 ss.

Quello che, almeno oggi, risulta essere il più evidente limite all'algorithmizzazione della legge consiste ovviamente nel fatto che i sistemi "informatici" risultano privati in sé dei c.d. "limiti di ragionevolezza" entro i quali l'esperienza giuridica ci ha sempre insegnato che ciascun ordine imposto dal sovrano di turno deve essere inevitabilmente "contenuto" nel letto di Procuste dell'esperienza. In sunto, con l'algoritmo è dato il ragionamento, finanche il sapere (in un dato alveo pre-determinato) ma si appalesa l'assenza, prima facie, della intelligenza e, di conseguenza, della conoscenza.

Alla filosofia del diritto in svolgimento di formazione del giurista di oggi (e di domani) è affidato probabilmente il discernimento critico utile a valorizzare il portato tecnologico nel superamento dei limiti umani all'interno del diritto e ad evitare la dipendenza dalla volontà tecnica (sempre più ammesso che possa la "tecnica" essere foriera di intrinseca volontà, come già supra dedotto).

Questo non per un astratto esercizio intellettualistico, ma per l'autenticità della funzione della filosofia del diritto e, quindi, dell'informatica giuridica, intesa quale ponte reale (e non virtuale) tra giuristi e tecnologie.

Risulta imperativo, oggi come ieri, il verificare la natura stessa del diritto del futuro/presente. Con ogni probabilità ci troviamo dinanzi ad una sorta di rinnovo della indagine epistemologica della metà del secolo scorso (Leoni, Capograssi, Bobbio, Opocher) oggi versata su quale sia la identità del diritto connesso con l'informatica.

Spesso vediamo, almeno nella penisola italiana, insegnamenti proni a fornire indicazioni tecniche puntuali sul recente passato dell'esperienza e non in grado di fornire lenti utili per cogliere l'esperienza presente e futura, ma dediti al costante (e fallibile per definizione) aggiornamento "tecnico". D'altra parte, l'esperienza stessa continua a presentarsi pure per il giurista presente come la prima forma di comprendere le cose in un tutto fluente, in cui soggetto e oggetto della conoscenza sono intimamente connessi, in un tutto bene assunto dalla metafora platonica del "fiume".

Nel fiume dell'esperienza tecnica l'informatica giuridica non deve "affogare", ma "affondare" per poter cogliere quale sia quel salvagente-salvacondotto utile da poter fornire ai giuristi in fieri in modo che posseggano una cartina di tornasole propria finalizzata a comprendere volta per volta quale ruolo è chiesto loro tra esperienza, norma, tecnologia. Un tanto sarà fruibile nel concreto proprio grazie al sapere filosofico-giuridico latore della consapevolezza del carattere ipotetico, e quindi puramente virtuale, delle teorie giuridiche e delle *fictiones* che il diritto ha sempre utilizzato per tentare (sempre interlocutoriamente) di cogliere senso e significato di esperienze e di tecniche (e tecnologie).

Se non erriamo, in questo modo pare possibile declinare al presente la facoltà di insegnare al giurista il dipanarsi del proprio ruolo con quella adeguata prudenza che afferisce a chi è consapevole di non poter mai "incasellare" una realtà, ma di operare in essa (e condizionato dalla stessa) con la vigile attenzione di attribuire alle teorie e alle tecniche informatiche un valore mediato e così di non poterle presentare come dommaticamente "vere", ma eventualmente (e presentemente) funzionali-operative, inverando anche al momento presente lo spirito "critico" che appartiene al giurista in quanto tale.

Sulla base delle note che precedono, ci si permette di suggerire almeno due linee di analisi critica avvenire, tra loro distinte ma non per questo distanti.

In primis, l'apporto tecnologico si ritiene consenta all'esperienza giuridica (v. l'applicazione – a prescindere dal riconoscimento ordinamentale – dei c.d. smart contracts) di palesarsi prima e, invero, a prescindere dalla dinamica della controversia quale perno del giuridico, proprio per il fatto che la tecnologia viene utilizzata per evitare il dubium, che è la scaturigine della controversia, alla radice. Su questo elemento si ritiene possa giocarsi anche il futuro dell'identità del “diritto” sia in termini ordinamentali, sia in termini formativi (cfr., supra, parr. 3 e 4).

In secundis, but not least (anzi) il dato tecnologico evidenzia in maniera forse mai finora così esplicitata la insufficienza del paradigma della sovranità statale moderna, che si presenta del tutto inadeguata a “reggere” la produzione delle norme, la loro osservazione-esecuzione e la decisione sulle controversie, dato che tutti questi tre elementi paiono prossimi ad essere quasi assunti (quando non propriamente assolti – vedansi gli studi sulla predittività) da procedimenti algoritmici che prescindono dalla volontà del sovrano di turno, anche nell'ipotesi per la quale siano dallo stesso eletti a strumenti. Su questo elemento si ritiene possa giocarsi buona parte del futuro circa identità e limiti se non della “politica”, quantomeno della “statistica”¹⁸.

Bibliografia

- Allen L.E., 1978, “Una guida per i redattori giuridici di testi normalizzati”, in *Informatica e diritto*, 4.
- Allen L.A., 1982, “Towards a Normalized Language to Clarify the Structure of Legal Discourse”, in Martino A.A. (a cura di), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam: North Holland.
- Allen L.E., – Saxon C.S., 1986, “Analysis of the Logical Structure of Legal Rules by a Modernized and Formalized Version of Hohfeld's Fundamental Legal Conceptions”, in Martino A.A. – Socci F. (a cura di), *Automated Analysis of Legal Texts*, Amsterdam: North Holland.
- Amato Mangiameli A.C., 2000, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Anderson A.R. – Belnap N., 1975, *Entailment*, Princeton: Princeton University Press.
- Borruso R. – Tiberi C., 2009, *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, Milano: Giuffrè.
- Caiani L., 1955, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova: Cedam.
- Capograssi G., 1969, *Incertezze sull'individuo*, Milano: Giuffè.
- Casadei G. – Teolis A., 1979, *Introduzione all'informatica. La programmazione*, Bologna: Zanichelli.
- Cossutta M., 1987, *Anarchismo e diritto. Componenti giusnaturalistiche del pensiero anarchico*, Trieste: Coopstudio.
- Cossutta M., 2008, “Dieci riflessioni intorno al processo come algoritmo”, in Moro P. (a cura di), *Etica, Informatica, Diritto*, Milano: FrancoAngeli.

18 Qui intesa in termini etimologici come “scienza dello/sullo stato”.

- Dijkstra E.W., 1977, *A Discipline of Programming*, New Jersey: Englewood Cliffs.
- Eliot T.S., 2003 [1945], *Che cos'è un classico*, in ID., *Opere*, vol. II, Milano: Bompiani.
- Floridi L., 2013a, *The Ethics of Information*, Oxford: Oxford University Press.
- Floridi L., 2013b, *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer.
- Floridia G.G., 1990, *Materiali per i corsisti. Corso di tecnica legislativa*, Bologna: Cirfid.
- Floridia G.G., 1986, "Scomposizione e rappresentazione grafica degli enunciati normativi tra teoria dell'interpretazione e tecnica del rafting legislativo", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16.
- Gentile F., 2005, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova: CEDAM.
- Gentile M., 1987, *Trattato di filosofia*, Napoli: ESI.
- Gentile M., 1943, *Umanesimo e tecnica*, Milano: I.P.L..
- Grossi P., 1998, *Scienza giuridica italiana*, Milano: Giuffrè.
- Held D., 1995, *Democracy and The Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press.
- Hogger C.J. – Kowalski 1987, "Logic Programming", in Shapiro S.C. – Eckroth D. (a cura di), *Encyclopedia of Artificial Intelligence*, New York: John Wiley & sons.
- Hogger J.C., 1990, *Essentials of Logic Programming*, Oxford: Clarendon Press.
- Irti N. – Severino E., 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari: Laterza.
- Knapp V., 1978, *L'applicabilità della cibernetica al diritto*, Torino: Einaudi.
- Kowalski 1979, *Logic for Problem Solving*, North Holland: Elsevier.
- Kowalski R. A., 1991, *Legislation as Logic Programs*, London: Imperial College.
- Lanzarone G.A. – Maiocchi R. – Polillo R., 1981, *Introduzione alla programmazione strutturata. Il caso del Fortran, Cobol, e Assembler*, Milano: FrancoAngeli.
- Leibniz G.W., 1961, "Elementa iuris naturalis", in ID., *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino: Utet.
- Orestano R., 1987, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna: Il Mulino.
- Romano B., 2004, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino: Giappichelli.
- Ross A., 1965, *Diritto e giustizia*, Torino: Einaudi.
- Sartor G., 1992, *Linguaggio giuridico e linguaggi di programmazione*, Bologna: Clueb.
- Walter C., (a cura di) 1985, *Computing Power and Legal Reasoning*, St. Paul: West Publishing Company.
- Wirth N., 1974, *Algorithms + Data Structures = Programs*, New Jersey: Englewood Cliffs.

Maria Zanichelli*

*L'intelligenza artificiale e la persona:
tra dilemmi etici e necessità di regolazione giuridica*

Abstract: The article will focus on the need for regulation of AI from both an ethical and legal point of view. Moving from the category divide between living intelligence and the artificial version, it points out that AI is to be considered as a tool for human ends, and human being in turn is much more than an intelligent being or a goal-directed agent. In the legal domain, AI is both a new object of regulation and a new methodological resource transforming legal practice from inside. In the face of these challenges, the concept of person (“natural person” in the legal discourse) should become the core of a normative framework setting limits and goals of AI development.

Keywords: Human-centric AI; living intelligence; algorithms; means and ends; natural person.

1. Intelligenza artificiale e intelligenza vivente

Lungi dall'essere riducibile ad un tema puramente tecnico, l'intelligenza artificiale (d'ora in poi IA) rappresenta oggi certamente *in primis* una questione di senso. Le sue applicazioni sempre più pervasive in svariati campi delle nostre società (comunicazione, produzione industriale, *business*, armi, trasporti, organizzazione del lavoro, gestione amministrativa, fino agli ambiti della didattica, dell'assistenza, dell'educazione, dell'arte, del diritto, della medicina), quanto più conseguono traguardi avanzati tanto più necessitano di un'adeguata regolazione, che indichi i limiti e le direttrici di uno sviluppo apparentemente irreversibile. Ma l'IA sollecita anche una riflessione normativa in senso più ampio, in campo cognitivo, psicologico, antropologico, etico, bioetico, politico. Infatti, accanto agli indubbi vantaggi che essa assicura, non si può ignorare il “lato oscuro dell'IA”: violazione dei dati personali; procedure tendenti a riprodurre e alimentare stereotipi, pregiudizi e discriminazioni; ripercussioni a livello globale sulla giustizia sociale, sulla democrazia, sull'ambiente¹.

* Professoressa associata di Filosofia del diritto e informatica giuridica, Università di Parma - maria.zanichelli@unipr.it.

¹ Non affronterò qui questo ordine di problemi, sui quali rinvio per tutti a Crawford 2021 [2021].

Peraltro gli interrogativi suscitati dall'IA non riguardano soltanto, in generale, l'impatto degli artefatti sul mondo umano (nucleo tradizionale di ogni riflessione sul progresso tecnologico), ma toccano una questione più specifica e fondamentale, tanto ovvia e scontata quanto meritevole di essere ribadita: vi è un *quid* irriducibile e infungibile nella 'intelligenza vivente' a fronte delle sue versioni artificiali; e solo in un senso molto approssimativo e parziale si può affermare che prerogative prettamente umane siano replicabili artificialmente. È vero che nella vasta letteratura scientifica sull'IA ci si imbatte spesso nell'affermazione che i sistemi intelligenti sono in grado di svolgere compiti tipicamente umani "molto meglio degli esseri umani" (assunto che sembra accordare all'IA una sorta di 'legittimazione dell'*output*'); e certo non si può non guardare con favore ad entità artificiali che, per esempio, assicurano diagnosi mediche a livelli altissimi di rapidità e precisione, o che consentono con perfetta efficienza di esonerare i lavoratori umani da mansioni altamente gravose, usuranti o pericolose. Ma in realtà è proprio l'enorme successo dell'IA che rende indispensabile un approccio critico, in un duplice senso: mantenere confini chiari (concettuali e normativi) intorno all'IA e al suo campo d'azione, e concentrare l'attenzione sugli scopi umani che muovono la creazione e l'uso delle varie forme di IA.

Come è noto, infatti, i problemi essenziali posti dai sistemi intelligenti non sono che l'altra faccia della loro straordinaria potenza computazionale. A differenza dei programmi informatici tradizionali, essi non si limitano ad eseguire operazioni logiche prestabilite applicando regole e parametri preimpostati, ma sono addestrati per processare mediante appositi algoritmi enormi quantità di dati estraendone un valore aggiunto: informazioni, conoscenze, inferenze, classificazioni, correlazioni statistiche, *pattern*, regolarità, modelli, giungendo fino all'elaborazione di parametri nuovi, e di soluzioni e risposte non predeterminabili. Ciò è reso possibile dalle tecniche specifiche con cui i *software* di IA vengono sviluppati (se ne trova un elenco esemplificativo nell'allegato I alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, del 2021: *machine learning*, programmazione logica induttiva, motori inferenziali e deduttivi, ragionamento simbolico, sistemi esperti, approcci statistici, stima bayesiana, etc.)². *Big data* e algoritmi sono dunque gli ingredienti di base dell'apprendimento automatico e di quella spiccata capacità di generalizzazione che caratterizza l'IA:

*modelli matematici generati dall'esecuzione di processi computazionali il cui fine è estrarre, da un insieme di esempi dati loro in ingresso, gli schemi ivi latenti che li accomunano o differenziano. I modelli sono la rappresentazione matematica di questi schemi, ma anche le macchine che possono classificare nuovi dati attraverso interpolazioni ed estrapolazioni basate sui dati disponibili.*³

2 Il testo della proposta e quello degli altri documenti dell'Unione europea citati qui di seguito sono reperibili all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence> (questo sito e quelli citati di seguito sono stati visitati il 30 marzo 2022).

3 Cabitza 2021: 29-30.

L'essere in grado di conoscere sempre meglio le potenzialità dell'IA, e di sfruttarne in modo sempre più intenso i vantaggi, non ci esime dalla domanda fondamentale sul *senso* dell'IA, anzi la rende tanto più urgente. Proprio perché il costruito "IA" è una formula ormai invalsa e consolidata, e la sua fortuna appare direttamente proporzionale alla sua vaghezza, non dobbiamo smettere di cercare di fare chiarezza sul suo significato. *Come pensa la macchina?* è il tema cui, per esempio, è stato dedicato recentemente un numero della rivista *Aut Aut*, incentrato proprio sulle "incognite dell'intelligenza artificiale"⁴. Evidentemente la domanda *Can a machine think?*, che già nel 1950, agli albori dell'intelligenza artificiale, il matematico Alan M. Turing aveva parzialmente accantonato come sostanzialmente insensata (almeno in quella formulazione) non cessa di interpellarci con il suo potenziale di paradosso e provocatorietà.

Ovviamente il problema affiora in particolare per quei sistemi che riproducono artificialmente il funzionamento delle reti neurali umane (come nel caso del *deep learning*), e sono in grado di interconnettere le informazioni a livelli di astrazione sempre maggiore. È stato osservato che oggi gli algoritmi, a seguito delle innovazioni intervenute nelle tecnologie di programmazione,

sembrano essere diventati intelligenti. Sono *capaci di fare sempre più cose e sempre meglio*, e in particolare riescono a svolgere dei compiti che in precedenza erano prerogativa degli esseri umani, dotati appunto di intelligenza. Gli *algoritmi sono in grado di rispondere al telefono*, fornire informazioni e condurre delle conversazioni. Sono capaci di scrivere dei testi [...]. Le macchine *hanno anche imparato a scrivere musica*, produrre immagini e fornire consulenza psicologica. [...] Si tratta di *prestazioni complesse che hanno sempre richiesto il contributo dell'intelligenza*. Se ora le macchine sono in grado di svolgerle autonomamente, dobbiamo concludere che sono diventate intelligenti?⁵

In realtà, queste abilità sempre più sofisticate non sono affatto da intendere come progressivi avanzamenti in direzione di una replica dell'intelligenza umana; in molti casi, anzi, si distaccano dai processi cognitivi umani, al punto da sfuggire al controllo e alla comprensione dei loro stessi sviluppatori: "I processi che guidano gli algoritmi sono ormai completamente *diversi dai processi della mente umana*, e infatti nessuna mente umana o combinazione di menti umane potrebbe riprodurli e spesso nemmeno capirli"⁶.

Proprio a fronte di questa divaricazione cui stiamo assistendo, chiedersi in che senso l'IA sia intelligente non è una domanda futile. Non si tratta, infatti, di raffrontare il suo funzionamento con la natura dei processi cognitivi umani, quasi si trattasse di realtà omogenee e sovrapponibili, bensì di mantenere viva l'attenzione sul *problema* del rapporto tra l'IA e l'essere umano, preservando il confine tra essi proprio quando alcuni avanzamenti tecnologici sembrerebbero gradualmente farlo sfumare, almeno sul piano dei risultati conseguibili; in realtà la distinzione,

4 "Aut Aut", 392/2021.

5 Esposito 2021: 21-22.

6 Ivi: 23.

qualitativa e non meramente quantitativa, tra i due tipi di intelligenza non è che un aspetto di una ovvia incommensurabilità ontologica. E sono proprio gli sviluppi dell'IA che inducono a porre in evidenza la priorità e l'irrePLICABILITÀ della intelligenza vivente: una realtà i cui requisiti restano in gran parte indefinibili e inafferrabili, e che meriterebbe di essere maggiormente approfondita proprio da chi si occupa di IA, a partire dalla sua irriducibilità ad ogni artefatto. Basti sottolineare, per citare solo un aspetto, la “necessità di distinguere tra la natura reattiva di ciò che è artificiale e la natura anticipatoria di ciò che è vivente”⁷.

Oltre che per la differenza categoriale tra le due rispettive intelligenze, lo scarto tra sistemi intelligenti ed esseri umani è destinato a restare incolmabile anche per il fatto che l'essere umano è molto più che un essere intelligente e *goal-directed* (ed è, in fondo, molto più misterioso dell'IA). Quando diciamo, per esempio, che gli esseri umani sbagliano, intendiamo evidentemente qualcosa di molto diverso rispetto a quando rileviamo la possibilità di ‘errore’ in un sistema intelligente; allo stesso modo, affermare il ruolo e il valore dell'esperienza nella vita umana è ovviamente molto diverso dall'affermare che gli algoritmi di IA ‘apprendono dall'esperienza’. Se poi si evocano concetti come identità, consapevolezza, coscienza, responsabilità (pure riferiti ormai comunemente anche alle IA), risulta ancora più evidente come il netto divario tra artefatti e mondo umano resista a qualunque prospettiva più o meno realistica di ibridazione.

Almeno sotto questo profilo, pertanto, non è del tutto vero che “il paragone con l'intelligenza umana [...] non è più un argomento così necessario”⁸. Mantenere un'attenzione prioritaria per l'universo complesso dell'intelligenza vivente può essere inteso, anzi, come uno dei compiti più importanti per chi si occupa oggi di IA, a qualunque titolo (non ultimi i ricercatori, gli sviluppatori e le varie altre figure che operano sul campo con competenze tecniche); non perché essa sia un obiettivo da emulare o da eguagliare per i sistemi di IA, ma al contrario per far luce sulle diverse prerogative dei due tipi di intelligenza, ancorando gli sviluppi di quella artificiale entro coordinate scelte e tracciate da quella vivente, e avendo ben presenti la specificità e l'unicità di quest'ultima⁹.

2. L'intelligenza artificiale come mezzo per realizzare fini stabiliti dall'uomo

A fare dei sistemi intelligenti uno strumento vantaggioso o pericoloso sono essenzialmente i fini per i quali l'uomo sceglie di impiegarli, e i confini di tale impiego. È indispensabile, dunque, mentre si investono risorse sempre più ingenti, nella ricerca e nella produzione, per implementare al massimo gli sviluppi dell'IA, continuare a vedere tali sviluppi come un campo di scelte e responsabilità umane. A dare risposta

7 Nadin 2019. Sulla “intelligenza vivente” in quanto distinta dall'IA si veda anche Aleksander 2021.

8 Cucchiara 2021.

9 Sul punto, tra gli altri, Chiriatti 2021; Cingolani 2019; Nida-Rümelin – Weidenfeld 2019 [2018]; Di Mauro 2018.

ai dubbi e alle criticità, infatti, non sono sufficienti i risultati in sé; e la questione IA non può essere affidata *in toto* agli automatismi, solo apparentemente neutri e inarrestabili, che ne caratterizzano gli sviluppi. Compete evidentemente agli agenti umani formulare scopi e limiti dell'IA, soppesarne benefici e costi, delinearne l'evoluzione sulla base di parametri e principi prestabiliti, poiché “ogni tecnologia porta con sé *programmi di azione che riflettono interessi*, ideali, aspettative e, più concretamente, le scelte di chi le ha prodotte e di chi le adopera e impone agli altri”¹⁰.

A fronte di quanto evidenziato, un primo passo essenziale è inquadrare con chiarezza l'interazione tra agenti umani e sistemi intelligenti nello schema del rapporto tra fini e mezzi: la formulazione degli obiettivi in vista dei quali utilizzare l'IA deve restare compito dell'essere umano, una responsabilità che comprende anche la scelta di che cosa sia delegabile all'IA e che cosa non lo sia; l'artefatto, per quanto intelligente, non può essere altro che uno strumento per raggiungere tali obiettivi prestabiliti dall'uomo. Quest'ultima affermazione non pretende di essere una descrizione analitica del funzionamento operativo dell'IA e delle sue potenzialità, bensì vuole indicare un'istanza normativa alla luce della quale valutare criticamente e orientare gli sviluppi di sistemi ritenuti tecnicamente capaci di “azione” e di “decisione”: proprio perché l'innovazione tecnologica ha trasformato il sistema intelligente “da strumento ad autore”¹¹ è necessario richiamare la distinzione intramontabile tra mezzi e fini. D'altra parte, mantenere in capo all'essere umano la scelta dei fini cui destinare le applicazioni di IA significa anche già indirizzare gli sviluppi dell'IA in una direzione ‘umanistica’, creando tecnologie che siano imperniate su istanze umane e le rispettino:

*Cosa vogliamo che queste macchine possano fare e cosa non vogliamo? [...] Spetta a noi, come umanità, trovare le risposte, nella consapevolezza che solo se sapremo includere le *humanities* nella creazione di questi strumenti *potremo sperare di non produrre*, in un futuro più o meno vicino, società disumane.¹²*

Mentre i *ricercatori cercano di capire come migliorare* le capacità dell'intelligenza artificiale, contemporaneamente tutti noi dobbiamo capire e decidere *come e fino a che punto vogliamo inserire* queste capacità nella nostra vita. E nel farlo dobbiamo tenere in *considerazione non solo l'impatto di questa tecnologia sulla vita* di ogni singolo individuo, ma anche le trasformazioni che essa porterà nella società e nel pianeta in cui viviamo.¹³

La funzionalità dell'IA a fini individuati dall'uomo emerge anche nella definizione offerta dalla proposta di regolamento UE già citata (2021), dove il sistema intelligente è descritto come “un *software* [...] che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, racco-

10 Cabitza 2021: 97. Queste istanze hanno portato già da alcuni anni a configurare uno specifico ambito dell'etica applicata, in cui rientrano simultaneamente, pur con alcune differenze, la roboetica e l'etica dell'IA: si vedano, tra gli altri, Fossa – Schiaffonati – Tamburrini (a cura di) 2021; Tamburrini 2020; Andresciani – Cingolani 2020.

11 Piva 2022: 684.

12 Benanti 2018: 11-12.

13 Rossi 2019.

mandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono” (art. 3). Tale definizione riprende letteralmente quella della Raccomandazione dell’OCSE sull’IA (2019): “An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments”¹⁴. L’orientamento al raggiungimento di obiettivi (che è cosa diversa dalla responsabilità di sceglierli e formularli) era già stato evidenziato come tratto distintivo dell’IA in una precedente definizione europea, nella Comunicazione della Commissione *Artificial Intelligence for Europe* (2018), che identificava l’IA con quei “sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi”.

L’autonomia stessa attribuita ai sistemi intelligenti è da intendere, dunque, come una declinazione della loro capacità di raggiungere obiettivi definiti dall’uomo. Quella che contraddistingue l’IA, infatti, è essenzialmente un’autonomia ‘operativa’ (come ricorda proprio la definizione dell’OCSE appena richiamata: “AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy”). Vi è dunque un nesso ma anche uno scarto qualitativo tra l’autonomia umana nel decidere gli obiettivi da raggiungere e l’autonomia dell’IA nel raggiungere tali obiettivi, e questa distinzione non è annullata nemmeno dal *machine learning*:

L’autoapprendimento comporta evidentemente una perdita di controllo da parte dell’essere umano. È anche vero però che è ancora possibile per l’uomo governare il modo in cui queste reti funzionano [...]. Nemmeno l’ente artificiale che auto-apprende è totalmente libero di decidere le proprie azioni.¹⁵

La subordinazione dell’autonomia dei sistemi intelligenti ai fini stabiliti dall’uomo non rientra semplicemente nella descrizione delle possibilità dell’IA allo stato attuale: dev’essere il principio normativo sulla cui base tracciare gli sviluppi futuri di essa. Consiste proprio in questo il tratto qualificante del paradigma *human-centric* dell’IA perseguito dall’Unione europea, imperniato sulla nozione di ‘affidabilità’, intesa come necessaria rispondenza dei sistemi intelligenti ad una serie di requisiti che garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali, la libertà e – appunto – l’autonomia degli esseri umani con cui i sistemi stessi sono destinati a interagire. Tra i vari documenti emanati a tale scopo dall’Unione negli ultimi anni (prima di arrivare alla proposta di regolamento del 2021), basti ricordare la Comunicazione della Commissione *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence* (2019); gli orientamenti elaborati dal gruppo indipendente di 52 esperti AI HLEG nominati dalla Commissione stessa, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (2019); il *White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust* (2020)¹⁶.

14 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#:~:text=%E2%80%92AI%20system%3A%20An%20AI%20system,with%20varying%20levels%20of%20autonomy.>

15 Casadei – Pietropaoli 2021: 229.

16 Per un’analisi di questi e altri documenti che hanno tracciato la strategia dell’Unione

Tra gli innumerevoli spunti ricavabili dai documenti europei, possiamo considerare almeno due, strettamente attinenti proprio alla questione del rapporto tra IA e fini scelti dall'uomo. Anzitutto un passaggio del testo *A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, adottato dall'AI HLEG contestualmente alle *Guidelines*, mette a fuoco efficacemente come i diversi livelli di autonomia dell'IA si esplichino sempre entro il perimetro di obiettivi stabiliti dall'essere umano (par. 3):

Gli attuali sistemi di IA sono orientati agli obiettivi: ricevono dall'uomo i dettagli dell'obiettivo da raggiungere e si avvalgono di alcune tecniche per realizzarlo. Sono sistemi che non decidono autonomamente i propri obiettivi. Tuttavia, alcuni sistemi di IA (come quelli basati su determinate tecniche di apprendimento autonomo) godono di maggiore libertà nel decidere la via da percorrere per raggiungere l'obiettivo dato.

Inoltre, un passaggio del *Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics* (par. 2), che accompagna il Libro bianco, sottolinea espressamente che, anche in quei casi di *machine learning* in cui si parla di 'decisioni' assunte dall'IA o ad essa delegabili, ciò che resta inequivocabilmente umano è la definizione degli scopi:

La caratteristica dell'autoapprendimento dei prodotti e sistemi di intelligenza artificiale può consentire alla macchina di prendere decisioni che si discostano da quanto inizialmente previsto dai fabbricanti e, pertanto, dalle aspettative degli utilizzatori. Questo elemento solleva interrogativi in merito al controllo umano, in quanto gli esseri umani dovrebbero poter scegliere se e come delegare le decisioni ai prodotti e ai sistemi di intelligenza artificiale, per realizzare gli scopi che si sono prefissi.

Potremmo dunque affermare che lo statuto dell'IA, persino nelle sue versioni più avanzate, si definisce sempre *per relationem*: modi di funzionamento e raggio d'azione dei sistemi intelligenti sono comunque da rapportare a obiettivi formulati dall'uomo¹⁷. Se è in questo senso che vogliamo orientare e qualificare il futuro dell'IA (anziché come un percorso inesorabile interamente determinato dall'incremento delle possibilità tecniche), il tema dei fini appare cruciale, decisivo. Come ha scritto Max Tegmark, uno scenario preoccupante negli sviluppi futuri dell'IA sarebbe quello di un'IA capace di darsi da sé propri fini che non coincidano con quelli dell'uomo:

un'intelligenza delle macchine sempre più grande può porre sfide sempre più serie alla garanzia che le macchine condividano i nostri fini. Quanto più intelligenti e potenti diventano le macchine, tanto più importante è che i loro fini siano allineati ai nostri. Finché costruiamo solo macchine relativamente stupide, la domanda non è se i fini umani

europea per l'IA rinvio a Zanichelli 2020; Zanichelli 2019b. Sul modello europeo di regolazione dell'IA, cfr. Grieco 2022; Amidei 2020; Adinolfi 2020; Rodi 2020; Parona 2020.

¹⁷ Peraltro la prospettiva *human-centric* non è esclusivamente europea: si veda la *Raccomandazione sull'etica dell'intelligenza artificiale* dell'UNESCO (2021): <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137> e il progetto *HAI Human-Centered Artificial Intelligence* dell'Università di Stanford: <https://hai.stanford.edu/>

alla fine prevarranno, ma semplicemente quanti guai queste macchine possono causare all'umanità prima che capiamo come *risolvere il problema dell'allineamento dei fini*. *Se verrà mai liberata una superintelligenza*, però, sarà vero il contrario: poiché l'intelligenza è l'abilità di raggiungere dei fini, un'IA superintelligente è per definizione *molto migliore nel realizzare i propri fini* di quanto lo siamo noi umani nel realizzare i nostri, perciò essa prevarrà. [...] Un'IA superintelligente sarà estremamente brava nel realizzare i suoi fini, e se quei fini non sono allineati ai nostri ci troveremo nei guai.¹⁸

I rischi di una competizione tra l'essere umano e i sistemi intelligenti possono essere affrontati efficacemente solo se ci si attiene a un paradigma teorico chiaro, che inquadri l'IA come strumento predisposto dall'uomo per supportarlo nel raggiungimento di scopi selezionati da lui, e non come realtà capace (anche solo potenzialmente) di svincolarsi dal progetto originario:

[i]l paradigma fondamentale che deve guidare un'etica delle intelligenze artificiali deve essere pensato in termini di cooperazione. In altre parole, le intelligenze artificiali (machinae sapientes) non sono degli avversari evolutivi dell'homo sapiens bensì strumenti (artefatti) che devono essere pensati come cooperativi alla persona. Di fatto le intelligenze artificiali devono essere realizzate per aumentare la capacità cognitiva, che è prerogativa unica e peculiare dell'uomo, e non sostituirsi mai a questa.¹⁹

Sempre in questa logica di cooperazione, vi è chi sottolinea che gli sviluppi più avanzati dell'IA potrebbero in futuro avere l'effetto non certo di rendere inutile l'operatore umano, ma anzi di renderlo ancora più insostituibile. Per esempio, nell'organizzazione del lavoro si renderà necessario addestrare sistemi sempre più 'intelligenti' e ciò richiederà competenze e ruoli aziendali e tecnologici del tutto nuovi (i *trainer*, gli *explainer*, i *sustainer*) basati "su capacità distintamente umane"²⁰. Tutto questo ha ricadute etiche, non meramente organizzative: la responsabilità dell'essere umano, lungi dall'essere ridimensionata, risulta tanto più sollecitata quanto più le IA si fanno potenti²¹.

Porre l'accento sull'importanza prioritaria dei fini umani è fondamentale, dunque, in una riflessione etico-normativa sull'IA. Evitare che l'IA danneggi l'uomo significa essenzialmente evitare che l'uomo faccia un uso dell'IA contrario all'umanità. Come osservava già negli anni Cinquanta del secolo scorso Norbert Wiener, pioniere della cibernetica, il rischio autentico non è che le macchine automatizzate assumano un'autonomia e un controllo sull'uomo, bensì che l'uomo si serva delle tecniche dell'automazione a danno di altri uomini²².

18 Tegmark 2018 [2017].

19 Benanti 2018: 113-114.

20 Daugherty – Wilson 2019 [2018]: 111-129. Circa l'impatto dell'IA sul lavoro vi è un dibattito molto acceso: rinvio per tutti a Stiegler 2019 [2015]; Bellucci 2021.

21 De Cremer – Kasparov 2022.

22 Wiener 2012 [1950]. Sul tema recentemente Floridi (2022: 276): "Il vero rischio non sta nella comparsa di qualche forma di ultraintelligenza, ma nel fatto che possiamo utilizzare male le nostre tecnologie digitali, a danno di una grande percentuale dell'umanità e dell'intero

3. Il diritto di fronte all'intelligenza artificiale

Come mostrano bene gli atti europei ricordati sopra, affiora dagli sviluppi dell'IA una necessità crescente di regolazione. Si tratta di inventare soluzioni nuove per regolare traguardi tecnologici inediti, ai quali solo in parte è estensibile la disciplina giuridica già prevista per fattispecie più tradizionali e consuete. Al punto che il diritto può cercare ispirazione persino in un lontano riferimento fantascientifico come le tre “leggi della robotica” formulate da Isaac Asimov nel suo racconto *Runaround* del 1942 (1. *A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.* 2. *A robot must obey orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law.* 3. *A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law*). Già citate nella Risoluzione del Parlamento europeo relativa alle norme di diritto civile sulla robotica (2017), le leggi di Asimov sono state riprese anche recentemente proprio da un giurista, Frank Pasquale, che sulla scia di Asimov ha elaborato quattro “nuove leggi della robotica”, volte a promuovere “*complementarità, autenticità, cooperazione e responsabilità*”, tenendo ferma la *differenza cruciale tra “tecnologia che sostituisce le persone e tecnologia che le aiuta a far meglio il loro lavoro*”. Al centro degli imperativi come riformulati da Pasquale resta la priorità dell'umano: i sistemi robotici e le AI (il suo discorso tiene insieme entrambi) “devono essere complementari ai professionisti e non sostituirli”; “non devono contraffare l'umanità”; “non devono intensificare una corsa agli armamenti a somma zero”; “devono sempre indicare l'identità dei loro creatori, controllori e proprietari”²³.

La sottolineatura della centralità e della priorità dell'umano a fronte degli sviluppi dell'IA non è, dunque, un'esigenza puramente etica, bensì è un'urgenza di cui anche il diritto oggi si fa carico: gli scenari complessi del rapporto tra IA e umanità necessitano anche di risposte giuridiche. Peraltro, i sistemi giuridici odierni si trovano a fronteggiare l'IA in un duplice senso: non solo quale realtà esterna al diritto di cui il diritto deve disciplinare e incanalare gli sviluppi, ma anche come strumento che sempre più si fa strada all'interno dei meccanismi della giuridicità stessa, riplasmandoli. In entrambi i casi il giurista è chiamato a interagire e a porsi in dialogo con la varietà e la novità di linguaggi, metodologie e competenze che l'IA sottende (dall'informatica alle scienze cognitive), e a contatto con essi è indotto ad ampliare e ad aggiornare il suo angolo visuale, poiché si può aspirare a regolare solo ciò che si è cominciato a comprendere, ciò di cui si abbia una qualche conoscenza ed esperienza. Del resto, per affrontare la realtà dell'IA quella del giurista appare una prospettiva in qualche modo privilegiata. Anzitutto perché, in generale, “[n]emmeno la tecnologia più perfetta può fare a meno del tecnico del diritto”²⁴. E poi perché l'IA, come si è visto, genera specifiche sfide valoria-

pianeta. [...] *Noi siamo e rimarremo, in qualsiasi prevedibile futuro, il problema, non la nostra tecnologia*”.

23 Pasquale 2021 [2020].

24 Cotta 1968: 187.

li e normative, e innesca una serie di interrogativi sugli scopi e sui limiti entro i quali dev'essere inquadrato l'impiego di queste "cose *sui generis* che agiscono e apprendono"²⁵.

In particolare, un tema specifico che si pone oggi all'attenzione dei giuristi è quello dell'impiego dell'IA nei sistemi giudiziari²⁶, con particolare riferimento alla "giustizia predittiva" e alla "decisione robotica". Affiora qui in modo paradigmatico la radicale alterità, cui si accennava sopra, dei procedimenti algoritmici rispetto al ragionamento umano (a dispetto del fatto che la formula "IA" sembri evidenziarne piuttosto le somiglianze e la vicinanza), poiché è proprio nella peculiarità del ragionamento giuridico che si rende palese la differenza sostanziale, qualitativa, tra una conclusione-decisione che consegue a una concatenazione di passaggi logico-causali e un *output* generato automaticamente da una serie di correlazioni e associazioni:

[d]al momento che si fonda su *big data* e algoritmi, l'approccio alla base dell'intelligenza artificiale non è fondato su spiegazioni causali e logico-deduttive, ma si affida a connessioni e inferenze tra dati e poggia sulla probabilità: è distante dalla logica tipica del ragionamento dell'uomo, basata su ipotesi predeterminate e nessi di causalità, determinando talvolta difficoltà di comprensione circa le motivazioni (il "perché") delle risposte fornite.²⁷

In effetti, se nelle riflessioni dei giuristi a riguardo la nota dominante è appunto la sottolineatura critica della discontinuità fra ragionamento giuridico e correlazioni algoritmiche, e la preoccupazione per quella che rischia di diventare una vera e propria "ingiustizia mediata dagli algoritmi"²⁸, non manca chi prevede che i sistemi di IA, proprio perché non copiano e non replicano il ragionamento umano ma procedono per vie completamente diverse, saranno destinati a soppiantare, per esempio, gli avvocati umani: in un diritto pervaso dall'IA ci sarebbe sempre meno bisogno di "avvocati convenzionali"²⁹. È dunque il futuro del diritto che è in gioco: e a questo riguardo è significativo che nell'ampio dibattito che si è sviluppato circa l'ingresso di procedure algoritmiche di IA nella giurisdizione, e più in generale nella pratica del diritto, ad occuparsi intensamente del tema siano anche la teoria e la filosofia del diritto, non meno delle discipline di diritto positivo, del diritto dell'informatica e dell'informatica giuridica in senso stretto³⁰.

25 Taddei Elmi 2020: 854.

26 Se n'è occupata anche la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, emanando la *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* (2018) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

27 Faini 2021: 435-436. Così anche Casadei – Pietropaoli (2021: 228): "Le macchine dotate di intelligenza artificiale [...] non replicano affatto il ragionamento umano, ma calcolano sulla base di dati". Sulla differenza tra causalità giuridica e correlazione algoritmica cfr. anche Della Morte 2022: 384-386.

28 Lettieri 2020: 18.

29 Susskind 2019 [2017]: 187-197. Sul tema cfr. Pietropaoli 2020: 107-118; Corasaniti 2020.

30 Sul tema si vedano Bassoli 2022; Dufour 2021; Carleo (a cura di) 2019; Jeuland 2019; Nieva-Fenoll 2019 [2018]; Garapon – Lassègue 2021 [2018]; e inoltre molti dei saggi raccolti in Giordano

L'interazione tra sistemi intelligenti ed esseri umani e il confine tra i rispettivi ruoli è dunque un nodo critico fondamentale in tema di IA, per l'etica come per il diritto. Tracce di una prima impostazione del problema possiamo individuarle nella giurisprudenza. Consideriamo come caso paradigmatico alcuni passaggi della sentenza del TAR del Lazio sez. III *bis* 9224/2018, relativa a un provvedimento che collocava i docenti nelle sedi scolastiche sulla base di una regola algoritmica, con esiti illogici³¹. Il TAR osserva anzitutto che una procedura interamente algoritmica non può costituire propriamente attività amministrativa (“è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili”). Inoltre, una procedura amministrativa, per quanto ampia e complessa, non può mai essere devoluta

ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati [...]. Invero, [...] gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche.

La sentenza contrappone poi alla “perfezione” dell'informatica la persona del funzionario, sostenendo che

le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere.

Il funzionario persona fisica

deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo.

– Panzarola – Police – Preziosi – Proto (a cura di) 2022; Ruffolo (a cura di) 2021; Ruffolo (a cura di) 2020; Dorigo (a cura di) 2020; Calzolaio (a cura di) 2020. In Italia tre riviste di filosofia del diritto hanno dedicato al tema ultimamente articolate sezioni monografiche: Cabitza – Rossetti – Pozzolo (a cura di) 2021; Andronico – Casadei (a cura di) 2021; Sartor (a cura di) 2020; Ancona (a cura di) 2019. Una sezione dedicata a diritto e IA è presente abitualmente nella rivista di biodiritto “BioLaw Journal”.

³¹ La stessa sezione del TAR del Lazio ha ripreso queste argomentazioni nelle sentenze 6606/2019 e 10964/2019; del tema si è occupato anche il Consiglio di Stato nelle due note sentenze 2270/2019 e 8472/2019. Il ruolo degli algoritmi nell'esercizio dell'attività amministrativa è molto dibattuto anche nella dottrina (rinvio ai riferimenti indicati nella nota precedente).

È interessante il nucleo argomentativo di questa sentenza, che consiste nel contrapporre il carattere *impersonale* dell'algoritmo alle *persone* destinatarie dei provvedimenti amministrativi e alla *persona* del funzionario amministrativo. È la 'impersonalità' dell'algoritmo che per un verso rende inaccettabile delegare ad esso *in toto* un'attività i cui esiti sono destinati a incidere sulle persone, e per l'altro rende insostituibile l'agire umano del funzionario, rispetto al quale le procedure informatiche hanno un ruolo strumentale, anche ove si avvicinino alla perfezione (e proprio il miraggio della 'perfezione' è un altro dei nodi su cui sarebbe urgente riflettere a proposito di IA³²).

Questi spunti offerti dalla giurisprudenza ci immettono nel vivo del tema della regolazione giuridica dell'IA, che proprio nella categoria normativa di 'persona' potrebbe trovare la sua pietra angolare.

4. La persona come categoria normativa rispetto agli sviluppi dell'intelligenza artificiale

Come mostra la sentenza appena esaminata, la centralità del soggetto umano negli sviluppi dell'IA può assumere una configurazione giuridica precisa attraverso la categoria di persona. La nozione ha già un rilievo specifico nelle riflessioni dei giuristi con riferimento alle nuove necessità di protezione dei diritti indotte dall'impiego sempre più diffuso di sistemi intelligenti³³. Ed è destinata ad assumere un ruolo decisivo anche nella regolazione dell'IA: la proposta di regolamento UE del 2021 è paradigmatica in questo senso. Essa, come sottolinea la Relazione che l'accompagna (par. 1.1),

si basa sui valori e sui diritti fondamentali dell'UE e si prefigge di dare alle persone e agli altri utenti la fiducia per adottare le soluzioni basate sull'IA, incoraggiando al contempo le imprese a svilupparle. L'IA dovrebbe rappresentare uno strumento per le persone e un fattore positivo per la società, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani. Le regole per l'IA disponibili sul mercato dell'Unione o che comunque interessano le persone nell'Unione dovrebbero pertanto essere incentrate sulle persone, affinché queste ultime possano confidare nel fatto che la tecnologia sia usata in modo sicuro e conforme alla legge, anche in termini di rispetto dei diritti fondamentali.

Sono, in fondo, gli stessi auspici già ravvisabili nei vari testi europei di *soft law* richiamati precedentemente, in vista di un'IA che abbia sembianze compatibili con valori e principi del cammino europeo; ma, approdando ad un atto testo giuridicamente vincolante, la Commissione sembra avere concretizzato l'aspirazione generica ad una IA *human-centric* in un *corpus* dettagliato di regole idonee a di-

32 Di "tecnologie della perfezione" ha parlato con accenti molto critici Sadin (2019 [2018]: 43-46).

33 Si vedano, tra gli altri, D'Aloia 2021; Ruffolo – Amidei 2021; Franzoni 2021; Clarizia 2020; Messinetti 2019.

sciplinare gli sviluppi dell'IA, non tanto rispetto all'essere umano in generale ma rispetto alle persone quali individualità concrete portatrici di diritti e dignità. Il testo della proposta, in effetti, fa ricorso in modo massiccio alla nozione giuridica di 'persona fisica', *accentuando così una tendenza già ravvisabile nel GDPR 2016/679 (che, come è noto, aveva tradotto evolutivamente la nozione tradizionale di privacy in "protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali")*. È proprio intorno alla categoria di persona che si articola l'approccio risk-based adottato dalla proposta, distinguendo i vari sistemi di IA in base al tipo di rischio che comportano (inaccettabile, alto, basso-minimo)³⁴.

In particolare, la persona è in qualche modo protagonista del titolo II, che vieta espressamente alcune pratiche di IA (art. 5): sistemi di IA che utilizzino tecniche subliminali per falsare in misura rilevante il comportamento di una persona al di là della sua consapevolezza, in modo tale da provocare un danno fisico o psicologico a lei o ad altri; sistemi di IA che sfruttino qualsiasi vulnerabilità di un gruppo specifico di persone, per la loro età o disabilità fisica o mentale, al fine di falsarne in misura rilevante il comportamento in modo tale da provocare danni fisici o psicologici ad essi o ad altri; sistemi di IA adottati da pubbliche autorità per valutare e classificare l'affidabilità delle persone sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche della personalità, mediante un punteggio sociale che determini un trattamento pregiudizievole o sfavorevole; sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico ai fini dell'applicazione della legge (salvo che siano strettamente necessari per determinate finalità di contrasto, e comunque nel rispetto di precisi requisiti).

Analogamente, la persona campeggia nel titolo III, che disciplina quei sistemi di IA che, per la loro funzione e per le finalità e modalità specifiche di utilizzo, comportano un rischio alto per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone (sistemi consentiti purché rispettino determinati requisiti obbligatori e subordinatamente ad una valutazione della conformità ex ante). Proprio l'impatto sulla persona è il criterio decisivo per definire il grado di rischio³⁵; inoltre per questi sistemi è obbligatoria la supervisione umana (art. 14):

I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali [...].

34 Per un esame dettagliato della proposta si veda Casonato – Marchetti 2021.

35 Quali sistemi di IA siano da considerare ad alto rischio è indicato nell'Allegato III alla proposta: vari degli ambiti di utilizzo qui elencati presuppongono un impatto diretto sulle persone (ad esempio: identificazione biometrica e categorizzazione delle persone; accesso delle persone a percorsi di formazione e valutazione nell'ambito dell'istruzione; selezione, reclutamento e valutazione di persone in ambito lavorativo; accesso delle persone a servizi e benefici essenziali o di emergenza; valutazione del rischio criminale; gestione dei flussi migratori, richieste di asilo, sicurezza dei confini; amministrazione della giustizia e processi democratici).

La nozione di ‘persona’ è essenziale in questo caso con riferimento ai soggetti addetti alla sorveglianza: la norma, infatti, stabilisce l’adozione di misure idonee a far sì che le “persone alle quali è affidata la sorveglianza umana” siano in grado di comprendere capacità e limiti del sistema di IA e di monitorarne il funzionamento, affrontando anomalie, disfunzioni, prestazioni inattese; e inoltre di restare consapevoli del cosiddetto “*bias* dell’automazione”, cioè della possibile tendenza a fare affidamento automaticamente o eccessivamente sull’*output* prodotto da un sistema di IA, in particolare quando questo miri a fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche. Sempre con riferimento all’*output* generato dall’IA, la norma stabilisce che le persone devono poterlo interpretare correttamente, decidere eventualmente di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo; e devono poter decidere di intervenire sul funzionamento del sistema di IA o di non usarlo o di interromperlo. In alcuni casi sono richieste la verifica e la conferma di almeno due persone fisiche.

Infine, la persona riceve una specifica tutela anche mediante la previsione nel titolo IV di specifici obblighi di trasparenza stabiliti, salve alcune eccezioni, per determinati sistemi di IA. In particolare, i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche devono essere progettati e sviluppati in modo tale che le persone stesse siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA. Inoltre, le persone esposte a sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica devono essere informate sul funzionamento di tali sistemi. Infine, gli utenti di sistemi che generano o manipolano immagini, contenuti audio o video che assomigliano sensibilmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti, e che per una persona potrebbero falsamente apparire autentici o veritieri (*deep fake*), devono esplicitare che si tratta di contenuti generati o manipolati artificialmente (art. 52).

Questa disciplina, tutta imperniata sulla nozione di ‘persona fisica’, rappresenta dunque una declinazione eminentemente giuridica del paradigma *human-centric*: più che l’auspicio di un’armonizzazione tra due mondi, quasi due ‘specie’ (IA e umanità), c’è qui l’intento di incanalare e limitare con strumenti giuridici l’uso dell’IA, regolando il suo impatto concreto sulla vita delle persone (una dialettica che nel testo inglese risulta ancora più marcata: *artificial intelligence – natural person*). In questo tipo di approccio, vediamo all’opera il diritto nella modalità tipicamente biface che caratterizza in generale il suo rapporto con le nuove tecnologie: da un lato la sua attitudine a reagire alle trasformazioni che si producono, dando risposta alle esigenze nuove che il cambiamento porta; dall’altro la sua capacità di governare il cambiamento alla luce di prelieve scelte valoriali. Quando si tratta in particolare di IA, la categoria di ‘persona’ assume un significato pregnante, in relazione alla salvaguardia dei diritti, della dignità, della salute, dell’incolumità, tutti beni potenzialmente violabili dall’uso di sistemi di IA, e dunque meritevoli di specifica tutela e attenzione. Rispetto alla nozione di ‘essere umano’, che denota *in primis* l’appartenenza universale al genere umano, ‘persona’ rinvia a un soggetto giuridico inteso come sostanza situata, non astratta: ‘persona’ è qualcuno che è dotato di valore intrinseco originario, e che vive nella storicità di un contesto, in una trama concreta di relazioni; designare il soggetto giuridico come ‘persona’ significa dunque riferirsi all’individualità

irripetibile di esseri umani singoli e concreti³⁶. La persona può essere allora il 'faro' che guida la rotta del diritto nel contribuire a tracciare il futuro dell'IA, e ciò impone ai giuristi di coltivare il dialogo con gli esperti programmazione e tecnologie digitali, ma anche di ascoltare le ispirazioni imprescindibili provenienti dall'etica e dall'antropologia.

Se è vero che "la trasposizione dell'intelligenza e della volontà dell'uomo nelle macchine non è altro che una delle tante forme di oggettivazione della sua soggettività"³⁷, la nozione di 'persona' può essere il parametro normativo fondamentale per orientare e qualificare gli sviluppi dell'IA, ambito per definizione non-personale, oltre che non-umano³⁸. In effetti, il rischio da cui più dobbiamo guardarci sembra essere non tanto la "singolarità" (cioè l'avvento ipotetico di forme di IA più potenti di quella umana e capaci di decretare il superamento della mente umana che le ha progettate e realizzate)³⁹, bensì quel tipo smarrimento dell'umanità che era già prefigurato nella critica di Martin Heidegger al *Denken als Rechnen*, ma anche nella critica di Max Horkheimer alla "ragione strumentale":

La macchina ha gettato a terra il conducente, e corre cieca nello spazio. [...] Oggi più che mai al potere sociale si arriva attraverso il potere sulle cose; ma quanto più intensamente l'individuo si preoccupa di acquistare un potere sulle cose, tanto più le cose lo dominano e tanto più egli perde ogni genuino carattere individuale e la sua mente si trasforma in un automa della ragione formalizzata⁴⁰;

o ancora nella "discrepanza" e nel "divario prometeico" evocati da Günther Anders:

Anche con la coscienza migliore, non sappiamo che cosa facciamo quando produciamo i nostri prodotti; [...] non ci è chiaro che cosa vogliono questi prodotti quando sono scivolati fuori dalle nostre mani; [...] non immaginiamo che questi prodotti, appena hanno cominciato a funzionare (e lo fanno già con la loro semplice esistenza), vogliono continuare a funzionare, anzi devono continuare a funzionare [...] sono avidi di essere usati e consumati per non bloccare la produzione di nuovi prodotti.⁴¹

Moniti del secolo scorso, suggeriti da esiti del progresso tecnologico ovviamente ben diversi dall'IA; ma che riletti oggi, alla luce dei traguardi raggiunti dall'IA, non hanno perso nulla della loro pregnanza. Forse, tra le criticità dell'IA, oltre alle più gravi e macroscopiche (discriminazioni, pregiudizi, violazione di diritti), dobbiamo imparare a identificarne anche altre, più *soft* ma non meno insidiose. Nell'agi-

36 Sul punto rinvio a Zanichelli 2019a. Sul ruolo della categoria di persona nell'identificare normativamente lo specifico dell'umanità cfr. Spaemann 2005 [1998²]; Joas 2014 [2012]; Rist 2020.

37 Bodei 2019: 299.

38 L'impersonalità dell'algorithm, evidenziata come si è visto dalla giurisprudenza, è un tema discusso anche per esempio nei *media studies*, dove si fa strada un'idea di "creatività artificiale" basata su una "visione *a-personale*" (Eugeni 2021: 175-221).

39 Barrat 2019 [2015]; Kurzweil 2008 [2005].

40 Horkheimer 1969 [1947]: 113-114.

41 Anders 2007 [1980]: 378.

re umano c'è sempre una quota di imponderabile, fatta di variazioni, imprevisti, interruzioni, eccezioni, intermittenze, interstizi vuoti. Queste sono componenti preziose, vitali della persona: è la cifra della nostra costitutiva imperfezione per un verso, e per l'altro della nostra inesauribile eccedenza rispetto allo statuto di meri agenti razionali o strategici. Uno scenario in cui questa trama fragile e imprevedibile dell'umanità e di ogni persona sia tendenzialmente rettificata, colmata, potenziata da sistemi intelligenti programmati per essere complementari all'uomo non è necessariamente auspicabile. Abbiamo l'“obbligo di pensare che ci sia qualcosa'altro oltre alle macchine. E che quest'altro sia l'uomo, con la sua libertà e la sua responsabilità. E, in definitiva, con la sua essenziale incompiutezza”⁴².

L'IA ci offre, oltre a molto altro, anche una importante occasione di riflessione sull'umanità.

Bibliografia

- Adinolfi A., 2020, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa: Pacini: 13-35.
- Amidei A., 2020, *La governance dell'intelligenza artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione europea*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano: Giuffrè: 571-588.
- Aleksander I., 2021, “Letting living intelligence put the artificial version in its place”, *Journal of Information Technology*, (2): 186-187.
- Ancona E., (a cura di) 2019, “Soggettività, responsabilità, normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale”, *Rivista di filosofia del diritto*, (1): 81-142.
- Anders G., 2007 [1980], *L'uomo è antiquato*, vol. 2 *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Andresciani D., Cingolani R. 2020, *Robots and Intelligent/Autonomous systems: Technology, Social Impact and Open Issues*, in V. Paglia, R. Pegoraro (eds), *Robo-Ethics. Humans, Machines and Health*, Roma: Pontifical Academy For Life: 29-66.
- Andronico A., 2021, “Giustizia digitale e forme di vita. Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo”, *Teoria e critica della regolazione sociale*.
- Andronico A., Casadei Th. 2021 (a cura di), “Algoritmi ed esperienza giuridica”, *Ars Interpretandi*, (1): 7-164.
- Barrat J., 2019 [2015], *La nostra invenzione finale. L'intelligenza artificiale e la fine dell'età dell'uomo*, trad. di D. Pezzella, Roma: Nutrimenti.
- Bassoli E., 2022, *Algoritmica giuridica. Intelligenza artificiale e diritto*, Roma: Amon.
- Bellucci S., 2021 (a cura di), *AI-Work. La digitalizzazione del lavoro*, Milano: Jaca Book.
- Benanti P., 2018, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna: Marietti 1820.
- Bodei R., 2019, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna: il Mulino.

- Cabitz F., Rossetti A., Pozzolo S., (a cura di) 2021, "Governare l'IA", *Ragion pratica* (2): 325-426.
- Cabitz F., 2021 *Deus in machina? L'uso umano delle nuove macchine, tra dipendenza e responsabilità*, in L. Floridi, F. Cabitz, *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milano: Bompiani: 7-111.
- Calzolaio E., (a cura di) 2020, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano: Wolters Kluwer.
- Carleo A., (a cura di) 2019, *Decisione robotica*, Bologna: il Mulino.
- Casadei Th., Pietropaoli S. 2021, *Intelligenza artificiale: fine o confine del diritto?*, in Th. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano: Wolters Kluwer: 2019-232.
- Casonato C., Marchetti B. 2021, "Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale", *BioLaw Journal*, (3): 415-437.
- Chiriatti M., 2021, *Incoscienza artificiale. Come fanno le macchine a prevedere per noi*, Roma: Luiss University Press.
- Cingolani R., 2019, *L'altra specie. Otto domande su noi e loro*, Bologna: il Mulino.
- Clarizia R., 2020, "Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?", *Jus Civile*, (3): 687-723.
- Corasaniti G., 2020, *Intelligenza artificiale e diritto. Il nuovo ruolo del giurista*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano: Giuffrè: 395-406.
- Cotta S., 1968, *La sfida tecnologica*, Bologna: il Mulino.
- Crawford K., 2021 [2021], *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, trad. di G. Arganese, Bologna: il Mulino.
- Cucchiara R., 2021, *L'intelligenza non è artificiale. La rivoluzione tecnologica che sta già cambiando il mondo*, Milano: Mondadori.
- D'Aloia A., 2021, *I diritti della persona alla prova dello human enhancement*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino: Giappichelli: 85-100
- Daugherty P.R., H.J. Wilson 2019 [2018], *Human + Machine. Ripensare il lavoro nell'età dell'intelligenza artificiale*, trad. di L. Berna, Milano: Guerini: 111-129.
- De Cremer D., Kasparov G. 2022, "The Ethical AI – Paradox: Why Better Technology Needs More and Not Less Human Responsibility", *AI and Ethics*, (2): 1-4.
- Della Morte G., 2022, *Judgements Without Judges. The Algorithm's Rule of Law*, in G. Riva, A. Marchetti (eds), *Humane Robotics. A Multidisciplinary Approach Towards the Development of Humane-Centered Technologies*, Milano: Vita e Pensiero: 379-393.
- Di Mauro E., 2018, *La Mente umana e la mente artificiale*, Trieste: Asterios.
- Dorigo S., (a cura di) 2020, *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa: Pacini.
- Dufour O., 2021, *La justice en voie de déshumanisation*, Issy-les-Moulineaux: LGDJ.
- Esposito E., 2021, "Dall'Intelligenza artificiale alla comunicazione artificiale", *Aut Aut*: 20-34.
- Eugeni R., 2021, *Capitale algoritmico. Cinque dispositivi postmediali (più uno)*, Brescia: Scholé Morcelliana.
- Faini F., 2021, *Governo dei dati e degli algoritmi*, in F. Faini, S. Pietropaoli, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche. Temi e problemi*, II ed., Torino: Giappichelli: 385-462.
- Floridi L., 2022, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, a cura di M. Durante, Milano: Raffaello Cortina Editore.
- Fossa F., Schiaffonati V., Tamburrini G. (a cura di) 2021, *Automi e persone. Introduzione all'etica dell'intelligenza artificiale e della robotica*, Roma: Carocci.

- Franzoni M., 2021, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino: Giappichelli: 339 ss.
- Garapon A., – Lassègue J. 2021 [2018], *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. di F. Morini, Bologna: il Mulino.
- Giordano R., Panzarola A., Police A., Preziosi S., Proto M. (a cura di) 2022, *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano: Giuffrè.
- Grieco C., 2022, *Le linee guida della Commissione europea e il libro bianco sull'intelligenza artificiale*, in R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano: Giuffrè: 475-492.
- Horkheimer M., 1969 [1947], *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, trad. di E. Vaccari Spagnol, Torino: Einaudi.
- Jeuland E., 2019, *Intelligence artificielle et justice: une approche interhumaniste*, in A. Bensamoun, G. Loiseau (sous la direction de), *Droit de l'intelligence artificielle*, Issy-les-Moulineaux: LGDJ: 187-213.
- Joas H., 2014 [2012], *La sacralità della persona. Una nuova genealogia dei diritti umani*, a cura di A.M. Maccarini, Milano: FrancoAngeli.
- Kurzweil R., 2088 [2005], *La singolarità è vicina*, trad. di V.B. Sala, Milano: Apogeo.
- Lettieri N., 2020, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena: Mucchi.
- Messinetti R., 2019, “La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata”, *Contratto e impresa*, (3): 861-894
- Nadin M., 2019, “Machine intelligence: a chimera”, *AI and Society*, (2): 215-242.
- Nida-Rümelin J., Weidenfeld N. 2019 [2018], *Umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'intelligenza artificiale*, trad. di G.B. Demarta, Milano: FrancoAngeli.
- Nieva-Fenoll J., 2019 [2018], *Intelligenza artificiale e processo*, trad. di P. Comoglio, Giappichelli: Torino.
- Parona L., 2020, “Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation”, *Rivista della Regolazione dei Mercati*, (1): 70 ss..
- Pasquale F., 2021 [2020], *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, trad. di P. Bassotti, Roma: Luiss University Press.
- Pietropaoli S., 2020, *Fine del diritto? L'intelligenza artificiale e il futuro del diritto*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa: Pacini: 107-118.
- Piva D., 2022, *Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest*, in R. Giordano, A Panzarola,
- Police A., S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano: Giuffrè: 681-693.
- Rist J.M., 2020, *What Is a Person? Realities, Constructs, Illusions*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodi F., 2020, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa: Pacini: 187-210.
- Rossi F., 2019, *Il confine del futuro. Possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?*, Milano: Feltrinelli.
- Ruffolo U., (a cura di) 2020, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano: Giuffrè.

- Ruffolo U., (a cura di) 2021, *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino: Giappichelli.
- Ruffolo U., Amidei, A., 2021, *Intelligenza artificiale, biotecnologie e potenziamento: verso nuovi diritti della persona?*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli: Torino: 101 ss..
- Sadin É., 2019 [2018], *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità*, trad. di F. Bononi, Roma: Luiss University Press.
- Sartor G., (a cura di) 2020, "Intelligenza artificiale e diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, (1): 65-124.
- Spaemann R., 2005 [1998²], *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, Roma-Bari: Laterza.
- Stiegler B., 2019 [2015], *La società automatica. 1. L'avvenire del lavoro*, a cura di S. Baranzoni, I. Pelgreffi, P. Vignola, Milano: Meltemi.
- Susskind R., 2019 [2017], *L'avvocato di domani. Il futuro della professione legale tra rivoluzione tecnologica e intelligenza artificiale*, trad. di G. Bizzarri, Milano: Guerini.
- Taddei Elmi G., 2020, *Soggettività e responsabilità dei sistemi di IA*, in G. Cassano, S. Previti (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano: Giuffrè: 847-865.
- Tamburrini G., 2020, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma: Carocci.
- Tegmark M., 2018 [2017], *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, trad. di V.B. Sala, Milano: Raffaello Cortina Editore.
- Wiener N., 2012 [1950], *Introduzione alla cibernetica. L'uso umano degli esseri umani*, trad. di D. Persiani, Torino: Bollati Boringhieri.
- Zanichelli M., 2019a, *La persona nell'orizzonte giuridico contemporaneo*, in Ead. (a cura di), *La persona come categoria bioetica. Prospettive umanistiche*, Milano: FrancoAngeli: 181-197.
- Zanichelli M., 2019b, "Affidabilità, diritti fondamentali, centralità dell'essere umano: una strategia europea per l'intelligenza artificiale", (12) *I-lex*: 1-23.
- Zanichelli M., 2020, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un 'mondo nuovo'*, Milano: FrancoAngeli: 67-87.

Giorgia Anna Parini*

*Utilizzo dell'intelligenza artificiale in sostituzione
o a supporto dell'avvocato: prospettive future
e dovere di competenza tecnologica*

Abstract: The law is currently facing various challenges related to technological innovation, in particular the increasing utilization of forms of Artificial Intelligence. It should be noted that the widespread usage of AI systems does not only support professionals in repetitive tasks but even replaces them entirely. This aspect requires some reflection, especially in respect of the performance of activities which have traditionally been reserved to “protected professions”, with further problems related to contractual process and liability. Furthermore, the professional is now required to know the technological tools that can support him in carrying out the assignment in compliance with a duty of technological competence.

Keywords: artificial intelligence, protected professions, reserved activities, duty of technological competence, lawyers.

1. Introduzione

La sempre maggiore diffusione di macchine autonome e intelligenti impone riflessioni circa gli effetti del fenomeno sulla società nel suo complesso e sul mondo del lavoro: non solo, da diversi lustri, tali meccanismi vengono impiegati nella produzione di beni in sostituzione degli esseri umani, ma sempre più di frequente sono adoperati nella prestazione di servizi. In tale ambito, si rivelano, infatti, preziosi per la loro rapida capacità di elaborare dati e – grazie all’accesso al web e all’analisi dei *big data* – di disporre di un bagaglio di conoscenze impensabile per un essere umano.

Proprio in virtù di tali caratteristiche si assiste a un sempre più significativo e pressoché quotidiano impiego dei sistemi – più o meno intelligenti – come “sostegno” ai professionisti per eseguire i compiti più ripetitivi: negli studi professionali da tempo la tecnologia ha fatto il proprio ingresso, agevolando parte del lavoro¹ e producendo significativi impatti sullo svolgimento e l’organizzazione dello stesso, ma imponendo ai professionisti, che vogliono rimanere competitivi nel mercato e adempiere diligentemente al proprio incarico, un costante aggiornamento e l’as-

* Ricercatrice presso l’Università di Verona – giorgiaanna.parini@univr.it

1 Rileva tale tendenza Moro 2019: 25.

sunzione di competenze basilari riguardanti gli strumenti tecnologici a disposizione e il loro funzionamento.

Non si può, tuttavia, tacere il verificarsi di ipotesi ove si realizza una vera e propria “sostituzione” dell’uomo con la macchina, situazione che desta più di una preoccupazione per le ricadute che comporta e che è opportuno tenere in debita considerazione. Tale evidenza, peraltro, apre numerosi scenari di indagine con riferimento allo svolgimento di quelle attività tradizionalmente riservate alle cc.dd. professioni protette: pensiamo, a mero titolo esemplificativo, ai professionisti forensi, ai commercialisti, agli psicologi, ai medici e agli ingegneri. Tale scenario, inevitabilmente, offre l’occasione per valutare i limiti entro i quali l’impiego di tali tecnologie in ambiti di tale fatta è conforme alla legge e di confrontarsi anche sulle ricadute che il fenomeno produce sul versante della patologia del contratto².

Necessariamente, la questione si inserisce in un panorama più ampio che vede il giurista chiamato ad affrontare le molteplici sfide connesse all’evoluzione tecnologica, allo sviluppo di macchine dotate della capacità di apprendere automaticamente (c.d. *machine learning*)³ e – più in particolare – al sempre maggiore ricorso a forme d’intelligenza artificiale⁴: inevitabilmente, il fenomeno porta a meditare sulle stesse categorie in ragione delle ricadute di tale *trend* e valutare l’idoneità dell’ordinamento a rispondere alle nuove istanze di tutela⁵.

2. Il procedimento di formazione del contratto e il dogma della volontà

Prima di affrontare le problematiche giuridiche sottese al demandare l’esecuzione di una prestazione d’opera intellettuale a una macchina, occorre in prima battuta fare chiarezza sul profilo dell’individuazione delle parti del contratto, in caso di conferimento di incarichi professionali.

Inevitabilmente, la diffusione degli strumenti tecnologici ha avuto nel tempo un impatto significativo sulla dimensione dei rapporti contrattuali in ragione del fatto che la negoziazione si è trasferita *on line*, circostanza che pone interrogativi nuovi all’interprete. Tale fenomeno, infatti, influisce sul procedimento di formazione del contratto e ha posto nuovi dilemmi circa l’attuale valenza del principio del consenso e circa la compatibilità con la disciplina prevista dall’art. 1326 c.c. e ss.⁶,

2 Sul punto v. Parisi 1993; Clarizia 2007.

3 Rivelano la complessità sottesa a individuare quando un robot o comunque un meccanismo di intelligenza artificiale abbia tali crismi Sartor e Omicini 2016: 39; Santosuosso 2016: 330.

4 Sul punto v. Turing 1950: 443. Definire cosa si intenda per intelligenza artificiale e per robot è questione complessa: a conferma di tale assunto, proprio nella risoluzione del Parlamento europeo, concernente la robotica, si specifica – nell’introduzione al punto c. – che è necessario creare una definizione generalmente accettata che sia flessibile e non ostacoli l’innovazione. Sul punto v. Santosuosso, Boscarato, Caroleo 2012: 497; Sartor 2016.

5 In generale sull’influenza che l’evoluzione tecnologica ha sul diritto v. Santosuosso 2013: 146.

6 Tra i numerosi saggi che evidenziano tali problematiche v.: Pasquino 1990: 697; Nepor 1999: 217.

conducendo autorevole dottrina ad affermare trattarsi di contratti senza accordo, mera combinazione di decisioni unilaterali⁷; soluzione che però non appare del tutto convincente, giacché la contrattazione appare comunque riconducibile nelle modalità tradizionali di perfezionamento dell'intesa⁸.

Lo spostamento della contrattazione *online* inoltre può rendere talvolta difficoltosa la concreta individuazione delle parti del contratto: sono evidenti, infatti, la complessità e le problematiche sottese al profilo dell'identificazione di chi opera *online* e che sovente cela la propria identità, aspetto determinante per comprendere la disciplina applicabile⁹.

L'individuazione delle parti del contratto, peraltro, è resa maggiormente complessa in ragione dell'evidenza per la quale la macchina sta vedendo nel tempo progressivamente mutare il suo ruolo nella contrattazione da strumento che agevola la comunicazione a partecipante "attivo" nella negoziazione¹⁰: ad esempio si consideri il *software* che effettua un ordine di merce – poiché è stato programmato per farlo al verificarsi di talune condizioni –, contingenza che ha portato taluni a sostenere che esso concorra in una certa misura al procedimento di formazione della volontà¹¹.

La questione non è di poco conto se si considera la sempre maggiore diffusione del fenomeno dell'*Internet of Things*¹² e delle sue possibili implicazioni; ancora, sotto tale versante non si può non fare cenno al fenomeno degli *smart contracts*¹³ – le cui potenzialità sono senz'altro accresciute grazie allo sviluppo

7 Così Irti 1998: 347; Id. 1999: 273; Id. 2000: 601. *Contra*, v. Oppo 1998: 525. Al riguardo, Camardi 2008: 14, osserva che il contratto delle reti telematiche diviene un atto sempre più governato da una procedura standardizzata irreversibile, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio; un atto non importa se bilaterale o risultante dalla combinazione di due atti unilaterali, comunque lontano dal concetto di negozio che ha fin qui nutrito le riflessioni del civilista. Sul punto v. anche Bianca 2001: 1120; Perlingieri 2003: 652; Galgano 2000: 223.

8 Sul punto sia consentito il rimando Parini 2019: 3, ove sono presenti ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali.

9 Sul punto v.: Roppo 2013: 168 ss.; Dore 2013: 2569; Finocchiaro 2016: 441; Nardi 2019: 1 ss.

10 Allen e Widdison 1996: 26. Sul punto v. Iaselli 2006; Sartor 2002: 465 ss.

11 Così, tra i tanti, Cavaliere e Iaselli 2013:1571 ss., sostengono che nei contratti cibernetici – conclusi tra persone e computer come parti contraenti contrapposte – il processo di formazione della volontà sia riconducibile alla macchina.

12 Sul tema si vedano: Greengard 2017; Bouhai e Saleh 2017.

13 Mediante la legge, 11 febbraio 2019, n. 12 che ha convertito il decreto legge, 14 dicembre 2018, n. 135 (il c.d. D.L. semplificazioni), gli *smart contracts* sono stati espressamente riconosciuti dal legislatore, che all'art. 8 *ter*, secondo comma, ha previsto che «Si definisce *smart contract* un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contracts* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Peculiare appare sin da subito la definizione fornita dal legislatore, secondo il quale l'esecuzione di tale protocollo "vincola" le parti agli effetti dalle stesse prestabiliti, espressione che porta a stimare che questi abbia ritenuto gli *smart contracts* veri e propri contratti: plurime riflessioni sorgono ispirate da tale aspetto, nonché dal riconoscimento dell'idoneità a integrare forma scritta, ma non è questa la sede per intervenire

della tecnologia *blockchain* – nei quali si assiste a un fenomeno per il quale un algoritmo esegue automaticamente al verificarsi di determinate condizioni una funzione per la quale è stato programmato nel rispetto di regole preimpostate¹⁴ e secondo il meccanismo *if-then*¹⁵.

In realtà, nonostante le implicazioni, occorre affermare che, anche in dette ipotesi, la macchina non è parte del contratto e non assume la qualifica di contraente¹⁶. E ciò in quanto, in prima battuta, non è dotata – allo stato – di soggettività, con la conseguenza che non integra un centro di imputazione di diritti e obblighi. Inoltre, la volontà è pur sempre riconducibile all'utilizzatore¹⁷, che – manifestando a monte il proprio intento negoziale – ha dato impulso al procedimento e fornito allo strumento di intelligenza artificiale tutte le indicazioni e le opzioni che questo procede poi ad applicare. Quanto, ad esempio, al fenomeno *smart contract* basti considerare che il susseguirsi di processi automatici è conseguenza dell'intento negoziale manifestato in precedenza, all'inizio del processo, con la conseguenza che quello che viene chiamato contratto intelligente non è in realtà un contratto, quanto una modalità di attuazione dell'intesa¹⁸: all'interno di tale schema, infatti, la macchina si limita a compiere un automatismo, senza spazi di autonomia.

In quest'ottica, va censurata, altresì, quella tesi secondo la quale nel caso concreto si attuerebbe un meccanismo di rappresentanza¹⁹, giacché non assistiamo a un fenomeno di sostituzione nell'attività contrattuale: il sistema di intelligenza artificiale non manifesta, infatti, una volontà propria e – alla base – non è un soggetto di diritto e, dunque, non è un autonomo centro di imputazione e di responsabilità, con la conseguenza che non si assiste a una scissione tra parte in senso formale e parte in senso sostanziale. Piuttosto, siccome la macchina si limita a fungere da “mezzo di trasmissione” della volontà altrui, si potrebbe assimilare a un peculiare *nuncius* (privo però di soggettività e di capacità d'agire) che non partecipa al procedimento di formazione della volontà, con la conseguenza che, sotto il profilo dei vizi della volontà e della rilevanza degli stati di capacità, l'attenzione va sempre posta sull'utilizzatore.

Occorre però considerare – soprattutto con lo sguardo rivolto al futuro – che la creazione di meccanismi di intelligenza artificiale sempre più sofisticati, dotati di

sul punto. Critica la norma italiana nel momento in cui descrive la tecnologia della *blockchain* e le applicazioni di *smart contract*, allo stato attuale, cristallizzandoli e così non rispettando il principio della neutralità tecnologica Finocchiaro 2019: 1670 s.

14 Sugli *smart contracts* v. Szabo 1997; Raskin 2017: 305. Per la dottrina italiana v. Cuccuru 2017: 107; Sarzana di S. Ippolito e Nicotra 2018: 113; nonché Castellani 2019.

15 Sul punto v. Di Sabato 2017: 378 ss. V. anche Parola, Merati e Gavotti 2018: 681.

16 V. Sartor 2002: 465; Finocchiaro 2002: 500.

17 Così Finocchiaro 1997: 60.

18 V. Caggiano 2018: 1152 ss. Peraltro, evidenza come il meccanismo si connoti per l'automaticità e sia poco “*smart*”, Di Giovanni 2020: 257.

19 Così Borruso 1988: 259. Diversamente, Bravo 2011: 169 ss., sostiene che tali tecnologie sono usate dall'utilizzatore non per veicolare una volontà contrattuale già formata, bensì per integrare la dichiarazione negoziale e giungere alla definitiva formazione del regolamento contrattuale.

capacità di apprendere dall'esperienza e interagire con il mondo esterno in termini sempre più autonomi e attuare finanche una propria strategia, rende certo ancora più complesso ricondurre la vicenda nei paradigmi tradizionali e giustificare le ragioni che portano eventualmente il soggetto utilizzatore a rispondere ed essere vincolato dal contratto concluso dalla macchina seguendo una strategia propria con esiti non del tutto prevedibili a monte e non preordinati²⁰.

L'esercizio dell'autonomia privata dell'utilizzatore in questo caso appare affatto peculiare poiché questi – scegliendo di ricorrere a tali strumenti – diviene parte contrattuale e si vincola anche in relazione a contratti il cui contenuto – in parte – potrebbe sfuggire dal suo controllo in virtù del principio di autoresponsabilità²¹. E ciò in quanto – giova rilevarlo – l'aspetto centrale rimane la tutela dell'affidamento di chi ricevendo la dichiarazione ha attuato comportamenti coerenti con la stessa²².

3. I requisiti richiesti dalla legge per l'esercizio delle professioni protette e la diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale

Come accennato, numerosi meccanismi dotati di intelligenza artificiale sono in grado di fornire all'utente risposte a domande specifiche, così consentendo l'automatizzazione della prestazione di taluni servizi: tra tali strumenti si devono considerare anche i cc.dd. Chatbot, *robots* che comunicano via chat, che possono comprendere il significato del linguaggio umano, valutarlo e contestualizzarlo per fornire risposte a quesiti, integranti un'importante tendenza che postula un sistema di messaggistica istantanea, che utilizza algoritmi per restituire un dialogo strutturato all'utente finale.

Nello specifico, sempre più di frequente tramite l'intelligenza artificiale vengono forniti – anche da persone prive di competenze specifiche in tali settori – servizi riconducibili a quelle attività tradizionalmente svolte dai prestatori d'opera intellettuale.

Tenendo fermo l'assunto – in precedenza affermato – secondo il quale parte del contratto sono comunque esclusivamente le persone ed è solamente l'esecuzione dello stesso che viene demandata alla macchina, occorre chiarire entro quali confini è possibile per coloro che non sono professionisti esercitare una professione intellettuale, magari demandandone l'esecuzione a un sistema di intelligenza artificiale: vi sono, infatti, precisi limiti per l'esercizio di tali attività, circostanza che appare dall'analisi della disciplina relativa al contratto d'opera intellettuale di cui agli artt. 2229 c.c. e ss.²³.

20 Allen e Widdison 1996: 28. Sul punto Di Giovanni 2019: 1683.

21 Cordiano 2018.

22 Evidenza che al principio di affidamento, quale tutela posta a favore di chi riceve la dichiarazione, corrisponda il principio di autoresponsabilità di chi con la sua condotta ha determinato il sorgere di tale affidamento Ruscello 2017: 128.

23 Sui contratti d'opera intellettuale in generale v., tra i tanti: Santoro Passarelli 1968: 24 ss.; Lega 1974; Ibba 1982: 354; Perulli 1996: 351; Anastasi 1991: 3; Musolino 2014; Salomone 2010.

Tale tipologia contrattuale trova la propria ragion d'essere in diversi elementi, quali le particolari modalità tramite le quali la prestazione è svolta, nonché il peculiare carattere intellettuale dell'attività, postulante una specifica competenza in capo al professionista, chiamato all'adempimento dell'incarico ricevuto nell'interesse del cliente-creditore²⁴.

Elemento che connota tale fattispecie è, peraltro, la circostanza che il commissionario è un libero professionista, che esercita la propria opera in condizioni d'indipendenza e in piena autonomia, con la precisazione che per esercitare alcune professioni (le cc.dd. professioni protette)²⁵ la legge richiede l'iscrizione in appositi albi ed elenchi, assoggettando i soggetti al controllo e al potere disciplinare delle associazioni professionali, tendenza che trova il suo fondamento in esigenze di pubblica fede, onde accertare con l'iscrizione il possesso di determinati requisiti, soprattutto di carattere tecnico²⁶.

La conseguenza dell'esercizio di una professione protetta senza le prerogative citate è – di là dagli importanti risvolti sul piano penale, quali l'integrazione degli estremi del reato di esercizio abusivo di una professione *ex art.* 348 c.p., e sotto il versante deontologico – l'esclusione del diritto al compenso *ex art.* 2231 c.c.²⁷, che trova la propria ragion d'essere nella nullità del contratto, che si pone in contrasto con norme imperative²⁸.

Va però precisato che tali conseguenze – nonostante alcune opinioni contrarie²⁹ – si verificano solamente laddove la legge stabilisca un'esclusiva a favore di coloro

24 V., sul punto, Riva Sanseverino 1963: 191 ss.

25 Tale definizione è riportata nella nota sentenza Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17, *Riv. dir. lav.*, 1976, II, 47 ss.

26 V. Riva Sanseverino 1963: 194. Rileva, condivisibilmente, come la mera iscrizione a un albo non costituisca la *condicio sine qua non* per assicurare la competenza di un professionista, Mazzariol 2013: 423. Più in generale, evidenza che è l'idea dell'attività professionale come diretta a tutelare un interesse pubblico – l'idea cioè dell'esercizio di un ufficio di diritto privato – ad attrarre le professioni intellettuali nell'ambito di una disciplina pubblicistica che incide sulla regolamentazione del rapporto a tutela di un interesse collettivo, Perulli 1996: 356.

27 La Suprema Corte non ha ritenuto esperibile nel caso di specie neppure l'azione generale per ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. (Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937, *Plurisonline.it*). Nei medesimi termini anche Cass., 28 maggio 2021, n. 15004, *Plurisonline.it*; nonché Cass., 3 novembre 2000, n. 14381, *Plurisonline.it*; Cass., 28 marzo 2019, n. 8683, *Dir. giust.*, 60, 2019, 2 ss.; nonché Cass., 11 giugno 2010, n. 14085, *Giust. civ.*, 2011, I, 987 ss.

28 V. sul punto e tra i tanti, Carnelutti 1953: 313 ss.; Lega 1959: 17 ss. Nei medesimi termini in giurisprudenza Cass., 3 novembre 2000, n. 14381, cit.

29 Le Sezioni Unite della Suprema Corte affermano che «concreta esercizio abusivo della professione, punibile ai sensi dell'art. 348 c.p., non solo il compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente, di atti da ritenere attribuiti in via "esclusiva" ad una determinata professione, ma anche il compimento senza titolo di atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva, siano univocamente individuati come di competenza "specificata" di una data professione, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e (almeno minimale) organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato» (Cass. Pen. Sez. Unite, 23 marzo 2012, n. 11545, *Plurisonline.it*). Nei medesimi termini Cass., 18 luglio 2018, n. 33464, *Plurisonline.it*; nonché Trib. Bologna, 2 marzo 2021, n. 189, *Plurisonline.it*.

che possiedono tali requisiti, circostanza che spinge a indagare quali siano le attività espressamente riservate dal legislatore a tali soggetti.

I contratti d'opera intellettuali si caratterizzano, inoltre, per il carattere fiduciario del rapporto, basato sull'*intuitu personae*³⁰, fondato sull'affidamento che il cliente pone nei confronti del professionista: da tale elemento deriva, secondo il disposto di cui all'art. 2232 c.c., che il professionista deve eseguire la prestazione personalmente, potendo avvalersi – sotto la propria direzione e responsabilità – di sostituti e ausiliari esclusivamente laddove tale collaborazione sia consentita dal contratto o dagli usi e non sia incompatibile con l'oggetto della prestazione³¹. Pure sussistendo voci contrarie al riguardo³², si ritiene che anche tali soggetti debbano possedere i requisiti richiesti per l'espletamento dell'incarico, poiché la mancata iscrizione degli ausiliari all'albo o ruolo professionale è stimata equiparabile all'esercizio di attività del professionista incaricato non iscritto³³. A ogni modo, la facoltà per il professionista di servirsi, ai sensi dell'art. 2232 c.c., della collaborazione di sostituti ed ausiliari, non rende tali soggetti parte del contratto d'opera.

Applicando le riflessioni ora svolte alla fattispecie in esame, il problema è, dunque, individuare – parlando di professioni protette – quale attività è strettamente riservata ai professionisti, questione che è delineata dalle diverse leggi professionali. Proprio le leggi professionali indicano – seppure talvolta in termini sibillini – i limiti al dilagare del fenomeno, travalicati i quali il contratto sarebbe nullo e verrebbe meno il diritto al corrispettivo secondo quanto sancito dall'art. 2231 c.c.

L'efficacia deterrente e dissuasiva di tali conseguenze negative trova, tuttavia, un freno nell'evidenza per la quale molti di tali servizi sono offerti (apparentemente) gratuitamente³⁴; nondimeno, ricordiamo le sanzioni previste dal diritto penale per chi esercita abusivamente una professione.

Di contro invece, il professionista, nell'ambito professionale di riferimento, può certo scegliere di avvalersi nello svolgimento dell'incarico anche di strumen-

30 Sulla rilevanza di tale profilo nei rapporti contrattuali, v. Cataudella 1972: 631.

31 V., tra i tanti, Giacobbe 1987: 1074.

32 Siccome i sostituti e gli ausiliari non diventano parte del rapporto di clientela, restando invece la loro attività giuridicamente assorbita da quella del prestatore d'opera che ha concluso il contratto con il cliente, poco importa che essi siano o meno abilitati, ciò che conta è che sia abilitato il professionista incaricato secondo Cass., 9 luglio 2021, n. 24374, *Plurisonline.it*, nonché Cass., 18 ottobre 2018, n. 26264, *Plurisonline.it*.

33 Pretura di Torino, 23 ottobre 1998, *Foro it.*, 1999, I, c. 710. In dottrina v. Musolino 2014: 276 ss.

34 In realtà chi fornisce tali servizi, pur non pretendendo un corrispettivo, ottiene vantaggi indiretti: in prima battuta, tale scelta potrebbe essere connessa alla volontà di vedere aumentare il numero di utenti. Inoltre, così facendo, chi fornisce tali servizi entra in possesso di una serie di informazioni – quali i gusti e le preferenze degli utenti – dal significativo valore commerciale, ottenendo così vantaggi economici sia pure indiretti. In nessun caso si può parlare di donazione per le ragioni già delineate e poiché manca l'*animus donandi*: nei medesimi termini v. Motroni 2002: 199. Addirittura, Resta e Zeno-Zencovich 2018: 411, sostengono che, anche senza il pagamento di un corrispettivo, si tratterebbe di contratti sinallagmatici, poiché a fronte del servizio di cui fruisce, l'utente fornisce i propri dati, i quali insieme ai “metadati” a essi associati, costituiscono un bene oggetto di relazioni economiche e giuridiche.

ti – più o meno intelligenti – in grado di prestare un importante supporto allo stesso. In questo caso, la macchina, non avendo una soggettività, non può essere stimata sostituto o ausiliario del professionista – circostanza che, come accennato, comporterebbe talune complicazioni – ma mero mezzo di supporto: profilo estremamente rilevante diviene in tale ipotesi la capacità del professionista di servirsi dello strumento tecnologico e controllare l'operato dello stesso, aspetto sul quale occorre meditare anche considerando che comunque sarà il professionista a rispondere dell'eventuale inattuazione degli impegni assunti mediante il contratto. Siccome i sistemi di intelligenza artificiale non hanno una soggettività e non integrano un autonomo centro di imputazione, chiamato a rispondere di eventuali pregiudizi sarà, infatti, solamente il debitore (ovvero la persona fisica o giuridica), che si era impegnato ad adempiere mediante il contratto e che ha demandato l'esecuzione della prestazione al robot o al *software*. Troverà, dunque, applicazione la disciplina generale di cui agli artt. 1218 c.c. e ss., la quale, pur risalente, è dotata di una certa flessibilità. Nulla vieta che poi, successivamente, il professionista si attivi verso altri soggetti per chiamarli a rispondere dell'operato della macchina, con la precisazione che, non sussistendo allo stato alcuna previsione dettata *ad hoc* per regolare la materia, si dovrà fare ricorso alla disciplina generale³⁵. Al riguardo, si ricorda che per fare fronte a esigenze di certezza, il Parlamento europeo³⁶ ha ipotizzato la possibile introduzione di un nuovo sistema di responsabilità *ad hoc* di tipo oggettivo o comunque ispirato alla gestione dei rischi, l'istituzione di un regime assicurativo obbligatorio per categorie specifiche di robot, nonché la costituzione di un fondo di risarcimento per garantire il risarcimento nelle ipotesi di inoperatività della copertura assicurativa e l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i *robots* e i *software agents* di modo che quelli più autonomi possano essere considerati come “persone elettroniche”; e ciò al fine di chiamarli a rispondere dei danni dagli stessi cagionati³⁷.

La soluzione da ultimo prospettata, però, pare eccessiva rispetto alle finalità che si intendono perseguire e non considera che il riconoscimento della qualità di soggetto postula – quale altro lato della medaglia – anche il riconoscimento di diritti³⁸: se il fine è meramente superare il problema concernente l'imputazione della responsabilità e il garantire al terzo una sicurezza in ordine alla possibilità di soddisfare le proprie pretese risarcitorie, potrebbe essere bastante intervenire sul sistema assicurativo, con la consapevolezza che sarà necessario adattare i prodotti assicurativi per renderli idonei ad affrontare tale evoluzione tecnologica.

35 Sul punto v.: Ruffolo 2018: 8; Id. 2019: 1689; Boscarato 2011: 383 ss.; Costanza 2019: 1687 ss. In considerazione della peculiarità della materia vi è chi ha ipotizzato l'impiego del principio di precauzione per giustificare la responsabilità del produttore (Capilli 2019: 623).

36 V. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

37 Come è noto, infatti, la qualità di soggetto di diritto non è propria solamente degli esseri umani, ma è riconosciuta anche agli enti collettivi che presentino determinati presupposti, trattandosi di un concetto strumentale al riconoscimento di diritti e obblighi. Sulla soggettività v., tra i tanti: Perlingieri 1972; Zatti 1975; Alcaro 1976.

38 Sul punto v. Teubner 2019.

4. L'intelligenza artificiale utilizzata in sostituzione o a supporto degli avvocati

Allo stato attuale, le nuove tecnologie hanno fatto ingresso nella cittadella della giustizia e molteplici sono le scommesse sottese al possibile impiego dei meccanismi di intelligenza artificiale all'interno del settore legale. Non solamente si prospetta l'utilizzo degli stessi in sostituzione dei Giudici³⁹, ma anche all'interno degli studi legali, ove da tempo vengono impiegati strumenti più o meno intelligenti per effettuare attività indispensabili e ricorrenti come il deposito di atti giudiziari, la notifica a mezzo posta elettronica certificata, la sottoscrizione digitale di atti, l'archiviazione di documenti, le ricerche di dottrina e giurisprudenza, la fatturazione, l'organizzazione dello studio, etc.

Ancora, sussistono diversi sistemi automatici per calcolare l'ammontare dell'assegno di mantenimento per il coniuge o per i figli; di particolare pregio risulta, poi, l'impiego di tali meccanismi nell'ambito della *due diligence* e del *risk management*, nonché per generare e aggiornare la *cookies policy*. Si pensi, inoltre, ai *software* di *contract analysis*, che estrapolano automaticamente informazioni dai documenti, e agli strumenti che consentono la redazione automatizzata di contratti.

Sempre più importante è lo sviluppo di *start up* che si occupano di *legal tech*, fornendo servizi alle imprese o agli altri professionisti⁴⁰ e che impiegano talvolta e sempre più di frequente un approccio al fenomeno del *legal design*, teso a consentire una maggiore comprensione e fruizione dei contenuti.

Anche in tale ambito – soprattutto oltreoceano – si assiste alla creazione di meccanismi che, lungi dal limitarsi a “supportare” il professionista legale nello svolgimento dell'incarico, tendono a sostituirlo in *toto*, generando spontanee riflessioni sull'individuazione degli argini al dilagare del fenomeno.

Al riguardo, si consideri che, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 3, della legge, 31 dicembre 2012, n. 247 “*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*”, l'iscrizione a un albo circondariale è condizione per l'esercizio della professione di avvocato⁴¹, con la conseguenza che l'attività che la legge riserva a tali professionisti non può essere svolta da chi non abbia tali requisiti – salvo incorrere nelle conseguenze in precedenza evidenziate – né può essere tantomeno da questi demandata a un *chatbot* o a un altro sistema di intelligenza artificiale.

Di contro, invece, ben potrebbe un professionista legale scegliere di farsi supportare nell'esecuzione dell'incarico da tali meccanismi: come accennato, non

39 Quanto all'impiego delle macchine nel processo decisionale in sostituzione di un giudice occorre rilevare che ai sensi dell'art. 22 Regolamento n. 679/2016, l'interessato ha diritto non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Sul punto si rimanda alle interessanti considerazioni di Irti 2016. Per approfondite riflessioni sul tema v. anche Costantini 2017:13 ss.; Goodenough 2015: 3 ss.; nonché Luciani 2018: 872 ss.

40 V. anche Vaciago 2020: 242.

41 Tale concetto è affermato anche all'art. 5 del codice deontologico forense.

trattandosi di soggetti, non si potrebbe stimare la macchina ausiliario, circostanza che escluderebbe l'ulteriore interrogativo connesso al fatto che l'ausiliario debba o meno possedere le specifiche caratteristiche richieste al professionista.

Quanto all'individuazione dell'attività riservata, la già citata legge sancisce espressamente all'art. 2 comma 5, che «*Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali*». Ne deriva che tutto ciò che riguarda l'agire o il resistere davanti agli organi giurisdizionali o nelle procedure arbitrali rituali è riservato agli iscritti all'albo.

In particolare, secondo la giurisprudenza l'esercizio abusivo della professione legale non implica necessariamente la spendita al cospetto del giudice della qualità indebitamente assunta, con la conseguenza che il reato si perfeziona per il solo fatto che l'agente curi pratiche legali dei clienti o predisponga atti giudiziari, facendoli poi firmare a un professionista legale⁴², anche senza comparire in udienza qualificandosi come avvocato⁴³. E ciò, in quanto, laddove fosse ritenuto sufficiente un siffatto banale *escamotage* per consentire ad un soggetto non abilitato di operare in un settore attribuito in via esclusiva a una determinata professione, risulterebbe vanificato il principio della generale riserva riferita alla professione in quanto tale, con correlativo tradimento dell'affidamento dei terzi⁴⁴.

Alla luce di tale orientamento non solo i bot non potranno di regola rappresentare e assistere in giudizio le parti, ma neppure provvedere alla predisposizione di atti giudiziari. E ciò in quanto verrebbe meno il diritto al corrispettivo⁴⁵ e sussisterebbero le conseguenze sotto il versante penalistico, evidentemente non per la macchina, che non ha soggettività, ma per il soggetto che ha fornito tale servizio demandandone l'esecuzione al meccanismo di intelligenza artificiale. Come già evidenziato, ben potrebbe, invece, l'avvocato impiegare tali strumenti – che non avendo soggettività non possono essere stimati ausiliari – per adiarlo nello svolgimento dell'incarico e, dunque, nella redazione di atti giudiziari.

Potranno invece essere impiegati tali strumenti per supportare i privati nella redazione di quegli atti relativi a cause nelle quali la parte può stare in giudizio personalmente: in tali ipotesi, magari il soggetto coinvolto nel giudizio, pur essendo lieto di non dover sostenere il costo di un professionista, desidera ricorrere a una macchina che lo aiuti almeno a sottoporre all'autorità un testo predisposto con il rispetto dei crismi formali, che da solo non è in grado di onorare.

Più complesso è però confrontarsi con il successivo art. 2, comma 6, della legge professionale, il quale prevede che «*fuori dei casi in cui ricorrono competenze espres-*

42 Così Cass. pen., 16 dicembre 2020, n. 1931, *Plurisonline.it*.

43 Così Cass. pen., 6 novembre 2013, n. 646, *Plurisonline.it*.

44 V. Cass. pen., 7 ottobre 2016, n. 52888, *Plurisonline.it*. Nei medesimi termini, più di recente, Cass. pen., 16 dicembre 2020, n. 1931, *Plurisonline.it*.

45 Trib. Gorizia, 27 luglio 2018, n. 331, *Dejure.it*, rileva come il professionista non iscritto all'albo o che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa.

samente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati», precisazione, pure ampliando ulteriormente l'area dell'attività riservata agli avvocati, si palesa di complessa interpretazione e di difficile lettura. Nonostante il testo normativo appaia certamente sibillino, l'attività di consulenza, che pure richiede competenze giuridiche specifiche, non è – di per sé – riservata agli avvocati, ma lo diventa solamente se esercitata secondo determinati criteri, ragione per cui è oggetto di incursione da parte delle società di consulenza e dell'intelligenza artificiale⁴⁶.

Va, tuttavia, rilevato come, anche laddove la completa sostituzione della macchina al professionista non contrasti con quanto previsto dalla legge, tale soluzione non convinca per ragioni di opportunità, giacché si tratta di attività che – oltre alla conoscenza, alla capacità e velocità nell'elaborare dati delle quali la macchina certamente dispone – postulano talvolta anche una certa capacità creativa, nonché una indubbia ragionevolezza, elementi che paiono estranei ai meccanismi di intelligenza artificiale, i quali – almeno allo stato attuale – agiscono secondo schemi rigidi e scarsamente flessibili. A tal riguardo, appare evidente come talora la soluzione del caso non si basi meramente su un calcolo matematico, ma postuli la valutazione di altri fattori e il coinvolgimento di altre abilità, quali il saper consigliare, guidare, cogliere le attitudini e le preferenze, giungendo finanche a proporre soluzioni fantasiose. In questo senso, l'intervento umano appare in grado di trovare punti di incontro anche dotati di elasticità, che consentono a tutte le parti di porre fine alla vertenza con un certo senso di soddisfazione.

Tale considerazione appare particolarmente significativa avendo come punto di riferimento le crisi familiari, ove è essenziale rifuggire da soluzioni rigide, applicate senza elasticità, ma promuovere una maggiore flessibilità tra soggetti coinvolti e, nello specifico, tra i genitori, circostanza assai propizia nell'interesse degli eventuali figli minori. In tale senso appare complessa l'opzione di sostituire l'essere umano con la macchina, in quanto il timore è che tale soluzione possa portare a una rigida applicazione del diritto, che non necessariamente conduce a una maggiore soddisfazione per i clienti.

46 Nei predetti termini Trib. Bolzano sez. I, 30 giugno 2020, n. 515, *Dejure.it*; Trib. Cagliari Sez. II, 12 febbraio 2016 *Plurisonline.it*. Secondo un orientamento consolidato, la prestazione di opere intellettuali, nell'ambito dell'assistenza legale, è riservata agli avvocati iscritti negli albi forensi solo nei limiti della rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio e, comunque, di diretta collaborazione con il giudice nell'ambito del processo. Al di fuori di tali limiti, l'attività di assistenza e consulenza legale non può considerarsi riservata agli iscritti negli albi professionali, non rientra nella previsione dell'art. 2231 c.c. e dà diritto a compenso a favore di colui che la esercita (così, tra le tante, v. Trib. Padova, Sez. II, 12 gennaio 2015, *Plurisonline.it*; Cass. civ. Sez. Un., 3 dicembre 2008, n. 28658, *Plurisonline.it*). In senso contrario, ha stimato che commette abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'art. 348 c.p., chi – non abilitato all'esercizio della professione legale – svolge attività tipiche della professione forense quali tenere i contatti con la compagnia assicuratrice, far firmare quietanze all'esito delle trattative stragiudiziali, anche se si tratta di atti non attribuiti in via esclusiva a una determinata professione (Cass., pen., 13 gennaio 2017, n. 7630 *Plurisonline.it*).

A ciò si aggiunga – elemento che è emerso anche nel dibattito concernente la *cyber* giustizia – che l'applicazione della legge postula il precedente esperimento dell'indagine ermeneutica, con la conseguenza che non è sufficiente possedere una corretta comprensione linguistica per interpretare la legge; ciò non bastasse, numerose sono le clausole generali presenti all'interno del nostro ordinamento, che devono essere riempite di volta in volta di significato, e molteplici sono le situazioni nelle quali il giudice è chiamato a decidere secondo equità; attività nelle quali emergono i limiti della macchina⁴⁷.

Ciò non bastasse, a ben vedere è anche maggiore la tutela offerta al soggetto che scelga di avvalersi di un professionista, in quanto questi ha un obbligo di assicurarsi per la responsabilità civile⁴⁸: in tale ottica, il cliente che ha subito pregiudizi connessi all'inadempimento del contratto avrebbe una tutela rafforzata quanto alla possibilità di vedere soddisfatte le proprie pretese economiche anche in considerazione della delicatezza dell'attività svolta.

Infine, si consideri che chi è iscritto a un determinato albo o elenco è tenuto al rispetto di specifiche regole deontologiche, poste a tutela non solamente del proprio assistito, ma anche della controparte e dei colleghi: a tacer d'altro, l'avvocato deve, esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza (art. 9 codice deontologico forense); inoltre, deve mantenere nei confronti dei colleghi un comportamento ispirato alla lealtà e alla correttezza (art. 19 codice deontologico forense).

Diversa è invece, come anticipato, la valutazione circa gli strumenti che si limitano ad adiuvarne il professionista, sgravandolo dai compiti più ripetitivi o rendendo più agevole il lavoro di squadra, che consentono allo stesso di concentrarsi sull'attività più stimolante sotto il versante intellettuale o che velocizzano lo svolgimento dell'incarico, poiché in questo caso sussiste sempre la supervisione di chi ha i requisiti per vagliare l'intera attività dell'intelligenza artificiale, la quale comunque – non essendo soggetto – non può essere stimata “ausiliario” del professionista, ma mero strumento di supporto dello stesso.

Sotto tale versante, peraltro, occorre rilevare come la tecnologia, più o meno intelligente, trovi applicazione quotidiana negli studi legali, rivelandosi preziosa per il legale che voglia essere al passo con i tempi ed efficiente, contingenza in grado di comportare sicuri benefici al cliente sotto il versante della riduzione dei costi e dei tempi sottesi allo svolgimento dell'incarico. Anche in questo caso, non si possono tacere le evidenti ripercussioni sul mercato del lavoro se si considera che il titolare dello studio, avvalendosi della stessa, può – in una chiara ottica di contenimento delle spese – non avvertire la necessità di assumere personale per la segreteria o giovani collaboratori, cambiamento con il quale occorre fare i conti⁴⁹.

47 Sul punto v. Battelli 2020: 280 ss.

48 V. D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, art. 5.

49 V. Susskind e Susskind 2015.

Ciò non bastasse, il fatto che alcuni di tali strumenti siano ormai di uso comune e diffusi negli studi legali, nonché indispensabili per lo svolgimento di taluni compiti, come, a esempio, i programmi per effettuare il deposito telematico di atti o la notifica a mezzo posta elettronica certificata, quelli che consentono di partecipare alle udienze da remoto o di sottoscrivere digitalmente i documenti, incide anche sul contegno in concreto esigibile dal professionista. Non solo l'avvocato desideroso di concorrere con i propri colleghi dovrà necessariamente conoscere quantomeno gli strumenti più elementari e di "uso comune" ed essere in grado di utilizzarli, ma laddove non lo fosse rischierebbe di risultare addirittura inadempiente nei confronti del cliente: pensiamo a chi, non sapendo adoperare un programma per il deposito telematico, ometta di depositare la fondamentale II memoria *ex art.* 183, sesto comma c.p.c. in una causa nella quale il cliente ricopre il ruolo di attore; non vi è dubbio che tale avvocato sarebbe chiamato a rispondere per inadempimento.

Il professionista deve, infatti, impiegare una diligenza professionale parametrata al professionista che abbia una preparazione e un'attenzione media e tale soggetto – allo stato attuale – non può ignorare e non saper utilizzare tali strumenti, con ogni conseguenza che ciò comporta in punto responsabilità⁵⁰. In questo senso, l'avvocato per fare fronte a un dovere di competenza e di formazione continua non solo dovrà conoscere la legge, ma dovrà formarsi anche sotto il versante tecnologico, facendo fronte a quello che legittimamente può essere denominato dovere di competenza tecnologica⁵¹. Di contro, non è certo esigibile il saper ricorrere ai meccanismi di intelligenza artificiale di ultima generazione, che il professionista "medio" è legittimato a non conoscere.

Ciò non bastasse, anche l'art. 14 del codice deontologico forense impone un dovere di competenza nel rispetto del quale l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza: ne deriva, a titolo esemplificativo, che il professionista che non è in grado di notificare a mezzo posta elettronica un atto o effettuare un deposito telematico, non dovrebbe neppure assumere l'incarico.

5. Conclusioni

Si può, dunque, concludere affermando che la diffusione di sistemi di intelligenza artificiale – chiamati ad adempiere a una prestazione tradizionalmente demandata ai prestatori di opera intellettuale – incontra i limiti già da tempo indagati dall'interprete, chiamato a riflettere circa l'estensione dell'attività strettamente

50 Sul punto, v. le considerazioni riportate all'interno del "CCBE considerations on the legal aspects of artificial intelligence" (https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Guides_recommendations/EN_ITL_20200220_CCBE-considerations-on-the-Legal-Aspects-of-AI.pdf).

51 Hazard e Dondi 2005: 155 ss.; Dondi 2019: 874 ss.; nonché Comoglio 2018: 328; Bina 2020: 57 ss. Per uno sguardo negli Stati Uniti ove l'attenzione al tema è assai più significativa v. tra i tanti: Frostestad Kuehl 2019: 1 ss.

riservata ai soggetti in possesso dei requisiti specifici richiesti dalle singole leggi professionali. Ne deriva che – in questo senso – l'utilizzo di tali meccanismi porta a confrontarsi con problemi che non sono, almeno sotto tale versante, nuovi.

Di là da tale aspetto, certamente il fenomeno oggetto di indagine, ove consentito e legittimo, fa riflettere per le innegabili conseguenze che comporta sulla società, sulle modalità di lavoro e sul mercato occupazionale e palesa la prossima “rivoluzione” in un ambito – quello della prestazione di servizi – che a differenza di quello della produzione era ancora prerogativa delle persone.

Parimenti, meritano attenzione anche gli strumenti che si limitano a supportare il professionista nello svolgimento dell'incarico, che questi è sempre più chiamato a conoscere in virtù di quello che ben può essere definito un dovere di competenza tecnologica sotto il versante contrattuale nel rapporto con il cliente e sotto il versante deontologico: l'avvocato dovrà, dunque, acquisire una competenza quantomeno con riferimento agli strumenti più elementari (non di ultima generazione), che la tecnologia offre, seguendo il cambiamento, e dovrà essere attento ai rischi della tecnologia, provvedendo a proteggere le informazioni del cliente, con un conseguente e sostanziale mutamento del modo di lavorare e di concepire l'incarico.

In tale ottica, è innegabile che le opportunità e i nuovi problemi sottesi all'evoluzione tecnologica non lasciano indifferente il diritto e portano a ripensare le categorie dello stesso, in un'ottica di tutela dei diritti dei diversi soggetti coinvolti soprattutto alla luce della prevedibile sempre maggiore espansione del ricorso ai citati meccanismi che si diffondono con una velocità e portata senza precedenti.

Più in generale, il breve percorso svolto ha permesso di comprendere come l'attuale panorama costringa l'interprete a un notevole impegno di riflessione per capire di volta in volta quali siano le norme applicabili e attuali nonostante il quadro sia assai mutato rispetto al momento nel quale sono state pensate e introdotte. Va, tuttavia, osservato come – allo stato attuale – lo strumento interpretativo delle norme esistenti consenta ancora di fare fronte alla situazione⁵², anche se un intervento a livello europeo potrebbe – al fine di fornire certezza – individuare *a priori* su chi saranno allocate le conseguenze dell'agire di un sistema di intelligenza artificiale. In questo senso, considerando la portata del fenomeno, che interessa e pone in relazione soggetti che evidentemente si trovano anche oltre i confini nazionali, è fondamentale che – se un intervento vi deve essere – venga effettuato a livello europeo e, dunque, sia uniforme.

Bibliografia

- Alcaro F., 1976, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di un'evoluzione*, Milano: Giuffrè.
- Allen T. e Widdison R., 1996, “Can computers make contracts?”, *Harvard journal of law & technology*, 9, I.

- Anastasi A., 1991, voce Professioni intellettuali – Dir. lavoro, *Enc. giur.*, Ed. Enc. it., XXIV.
- Battelli E., 2020, “Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice”, *Giust. civ.*, 2020: 281-319.
- Bianca C.M., 2001, “Acontrattualità dei contratti di massa?”, *Vita not.*: 1120-1128.
- Bina M., 2020, “Appunti su deontologia forense, processo civile e nuove tecnologie”, in *L'aula civile*: 57-60.
- Borruso R., 1988, *Computer e diritto*, II, Milano: Giuffrè.
- Boscarato C., 2011, “Who is responsible for Robot's actions? An initial examination of Italian law within a European perspective”, B. Van Berg e L. Klaming (a cura di), *Technologies on the stand: legal and ethical questions in neuroscience and robotics*, Nijmegen: Wolfpublisher.
- Bouhai N. e Saleh I., 2017, *Internet of Things: Evolutions and Innovations*, Hoboken: Wiley.
- Bravo F., 2011, “Contratto cibernetico”, *Dir. inform. informatica*: 69-211.
- Camardi C., 2002, “Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio”, V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, Padova: Cedam.
- Caggiano I.A., 2018, “Il contratto nel mondo digitale”, *Nuova giur. civ. comm.*: 1152-1157.
- Capilli G., 2019, “Responsabilità e robot”, *Nuova giur. civ. comm.*, II: 621-631.
- Carnelutti F., 1953, “Nullità del contratto di patrocinio per difetto del titolo professionale”, *Riv. dir. proc.*, I: 313-350.
- Castellani G., 2019, “Smart contracts e profili di diritto civile”, *Comp. dir. civ.*, 1.
- Cataudella A., 1972, “*Intuitus personae* e tipo negoziale”, *Studi in onore di F. Santoro Pasarelli*, 1972, Napoli: Es: 624-646.
- Cavaliere G.A., e Iaselli M. 2013, “Contratto telematico”, G. Buffone, I. De Giovanni, A.I. Natale, *Il contratto*, Padova: Cedam: 1565-1627.
- Clarizia R., 2007, “I contratti informatici”, in *Trattato dei contratti*, Torino: Giappichelli.
- Comoglio P., 2018, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino: Giappichelli.
- Costantini F., 2017, “Intelligenza artificiale diritto civile. Verso una “artificial intelligence forensics”?”, G. Costabile, A. Attanasio e M. Ianulardo (a cura di), *IISFA Memberbook 2017 DIGITAL FORENSICS: Condivisione della conoscenza tra i membri dell'IISFA ITALIAN CHAPTER*: 17-39.
- Costanza M., 2019, “L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile”, *Giur. it.*: 1686-1689.
- Cuccuru P., 2017, “Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contracts”, *Nuova giur. civ. comm.*, II: 107-119.
- Di Giovanni F. 2019, “Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale”, *Giur. it.*: 1677-1686.
- Di Giovanni F. 2020, “Sui contratti delle macchine intelligenti”, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica*, Giuffrè.
- Di Sabato D., 2017, “Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale”, *Contr. impr.*: 378-402.
- Dondi A., 2019, “Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 863-881.
- Dore G., 2013, “I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici”, *Giur. merito*: 2569-2583.
- Finocchiaro G., 1997, “I contratti informatici”, *Tratt. dir. comm. e dir. pub. ec.*, a cura di F. Galgano, Padova: Cedam: 60-78.
- Finocchiaro G., 2002, “La conclusione del contratto mediante i “software agents”: un falso problema giuridico?”, *Contr. impr.*: 500-509.
- Finocchiaro G., 2018, “Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 441-460.

- Finocchiaro G., “Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali”, *Giur. it.*, 2019, p. 1670-1676.
- Frostestad K.H., 2019, “Technologically competent: ethical practice for 21st century lawyering”, *Journal of law, technology & the internet*, 10.
- Galgano F., 2000, “La categoria del contratto alla soglia del terzo millennio”, *Contr. impr.*: 919-929.
- Gallo P., 2011, “Soggetto di diritto” (*I agg.*) *in dig.* Civ. agg., Torino: Utet.
- Giacobbe G., 1987, voce “Professioni intellettuali”, in *Enc. dir.*, Milano: Giuffrè, XXXVI.
- Goodenough O.R., 2015, “Getting to Computational Jurisprudence 3.0”, A. Santosuosso, O.R. Goodenough, M. Tomasi (a cura di), *The challenge of innovation in law. The Impact of Technology and Science on Legal Studies and Practice*, Pavia: Pavia University Press: 3-17.
- Greengard S., 2017, *Internet delle cose*, Bologna: Il Mulino.
- Hazard, G.C. e Dondi A., 2005, *Etiche della professione legale*, Bologna: Il Mulino.
- Irti N., 1998, “Scambi senza accordo”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998: 347-364.
- Irti N., 1999, “«È vero ma...» (Replica a Giorgio Oppo)”, *Riv. dir. civ.*, I: 273-278.
- Irti N., 2016, *Un diritto incalcolabile*, Torino: Giappichelli.
- Lega C., 1974, *Le libere professioni intellettuali*, Milano: Giuffrè.
- Luciani O.M., 2018, “La decisione giudiziaria robotica”, *Rivista AIC*: 872-893.
- Mazzariol R., 2013, “Attività di psicoanalista e professioni intellettuali «protette»: spunti per una riflessione critica”, *Nuova giur. civ. comm.*, II: 423-430.
- Moro, P., “Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo”, *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2019 I: 24-43.
- Musulino G., 2016 (2° ed.), *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229 – 2238 c.c.*, Milano: Giuffrè.
- Nardi S., 2019, “Accordo concluso online dal minore di età”, *Comp. dir. civ.*, 1.
- Nepor S., 1999, *Internet e la legge*, Milano: Giuffrè.
- Oppo G., 1998, “Disumanizzazione del contratto?”, *Riv. dir. civ.*, I: 525-546.
- Parini G.A., 2019, “Riflessioni sul ricorso all'intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali”, *Comp. dir. civ.*, 1.
- Parisi F., 1987, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova: Cedam.
- Parisi F., 2005, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano: Giuffrè;
- Parisi F., 2006, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Milano: Giuffrè.
- Parola L., Merati P., Gavotti G. 2018, “Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte”, *Contratti*: 681-688.
- Pasquino V., 1990, “La vendita attraverso reti telematiche. Profili civilistici”, *Dir. inform. informatica*: 697-710.
- Pennasilico M. 2004, “La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione”, in *Dir. inform.*: 805-834.
- Perlingieri P. 1972, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli: Esi.
- Perlingieri P., 2003, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli: Esi.
- Perulli A., 1996, “Il lavoro autonomo”, in *Tratt. Cicu – Messineo*, I, Milano: Giuffrè.
- Rampone F., 2020, “Smart contrac”: né “smart”, né “contract”, *Riv. dir. priv.*: 241-258.
- Raskin M., 2017, “The law and the legality of smart contracts”, *Georgetown law Technology Revue*: 305-334.
- Resta G. e Zeno-Zencovich V., 2018, “Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 411-440.

- Ricciuto V., e Zorzi N., 2002, (a cura di), "Il contratto telematico", in *Tratt. dir. comm. dir. pub. ec.*, Cedam.
- Riva Sanseverino L., 1963, "Lavoro autonomo", in *Del lavoro autonomo*, Bologna: Zanichelli.
- Roppo E., 2013, "Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti", *Riv. dir. priv.*: 167-186.
- Ruffolo U., 2018, *Per i fondamenti di un diritto della robotica, in Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano: Giuffrè.
- Ruffolo U., 2019, "Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*: 1689-1704.
- Ruscello F., 2017, *Istituzioni di diritto civile*, Bari: Cacucci.
- Salomone R., 2010, *Le libere professioni intellettuali*, Padova: Cedam.
- Santoro Passarelli F., 1968, voce "Professioni intellettuali", in *Noviss. dig. it.*, Torino: Utet, XIV.
- Santosuosso A., Boscarato C., Caroleo F., 2012, "Robot e diritto: una prima ricostruzione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II: 492-516.
- Santosuosso A., 2013, "A general theory of law and technology or a general reconsideration of law?", E. Palmerini e E. Stradella (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of regulating technological development*, Pisa: Pisa University Press.
- Santosuosso A., 2015, "Technological Innovation in Law: Just an Option or a Strict Necessity?", in A. Santosuosso, O.R. Goodenough, M. Tomasi (a cura di), *The challenge of innovation in law. The Impact of Technology and Science on Legal Studies and Practice*, Pavia: Pavia University Press: 19-34.
- Santosuosso A., 2016 (2° ed.), *Diritto scienza e nuove tecnologie*, Padova: Cedam.
- Sartor G., 2002, "Gli agenti software. Nuovi soggetti di ciberdiritto", *Contr. impr.*: 465-499.
- Sartor G., 2016, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informatica. Corso d'informatica giuridica*, Torino: Giappichelli.
- Sartor G., e Omicini A., 2016, "The autonomy of technological systems and responsibilities for their use", in *Autonomous Weapon Systems. Law, Ethics, Policy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Susskind R., 2019, *L'avvocato di domani*, Milano: Edizioni Guerini Next.
- Susskind R. e Susskind D., 2015, *The future of professions*, Oxford: Oxford University Press.
- Szabo N., 1997, "Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", *First Monday*, 2, 9.
- Teubner G., 2019, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli: Esi.
- Tosi E., 1993, *I contratti di informatica. Tipi contrattuali, formazione e responsabilità*, Giuffrè.
- Tosi E., 2005, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano: Giuffrè.
- Tosi E., 2006, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Milano: Giuffrè.
- Turing A., 1950, "Computing Machinery and Intelligence", *Mind: new series*, 239: 443-450.
- Vaciago G., 2020, "Opportunità e cambiamenti dei servizi legal tech all'interno degli studi legali all'interno del contesto italiano ed europeo", *Il diritto dell'internet nell'era digitale*, a cura di G. Cassano e S. Previti, Milano: Giuffrè.
- Zatti P., 1975, *Persona giuridica e soggettività*, Padova: Cedam.

Christian Djeffal*

*Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione
in Germania. Riflessioni sui principi orientativi di carattere
normativo a partire dall'esperienza tedesca*

Abstract: This contribution, fitting into the broad context of international discussion, investigates the guiding principles of a regulatory nature for the use of artificial intelligence in the Federal Republic of Germany. Artificial intelligence (AI), which is increasingly changing our lives and our social relationships, is a research area in which the number of technologies is growing every day, being among those in development, which are regulated and guided by principles of a regulatory and strategic nature. The paper examines artificial intelligence systems in the public administration and questions what are the guidelines already in place in this field and what trends are emerging. After having reconstructed the definition of “artificial intelligence”, and after providing some examples of its application within the public administration, the contribution identifies ethics and politics as possible reference criteria for guiding principles. In the discussion, law, technology, organization, strategy and models are seen as guiding principles capable of influencing and regulating AI and describing its current trends. The paper concludes with an appeal for interdisciplinary research on the subject and for a disciplined regulation of technology in order to exploit all its positive potential.

Keywords: Artificial Intelligence – public administration – German regulation – technologies organisation

1. Una sfida progettuale per la pubblica amministrazione

L'intelligenza artificiale (IA) è il frutto della progettazione dell'uomo. Le tecnologie basate sull'intelligenza artificiale stanno per cambiare radicalmente il nostro mondo. I sistemi di gestione del rischio guidano le decisioni sotto molti aspetti, come avviene nell'ipotesi di presentazione delle ricevute finalizzate a giustificare i rimborsi fiscali. Oggi i sistemi intelligenti di controllo del traffico già si trova-

* Professor of Law, Science and Technology, Munich Center for Technology in Society, Technische Universität München – christian.djeffal@tum.de. Il presente elaborato è la traduzione italiana, curata da Stefano Rossa, del contributo in lingua inglese di Christian Djeffal intitolato *Normative Guidelines for Artificial Intelligence*, in Wischmeyer – Rademacher (Eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, Wien, Berlin, New York, 2020, di prossima uscita. Tale ultimo contributo si basa a sua volta sull'elaborato in lingua tedesca del medesimo Autore *Normative Leitlinien Für Künstliche Intelligenz in Regierung und Verwaltung*, in Mohabbat Kar – Thapa – Parycek (hrsg.) 2018: 493 ss.

no sulle nostre strade e le armi letali dotate di sistemi automatizzati costituiscono solamente una tra le numerose aree di applicazione. Le tecnologie di intelligenza artificiale ieri non esistevano: oggi, invece, stanno già mettendo in luce importanti cambiamenti, che in futuro avverranno con sempre maggior frequenza e velocità. È come se ai nostri computer stessero crescendo braccia e gambe; è come avere strumenti e mezzi di trasporto inimmaginabili. Eppure influenziamo lo sviluppo della tecnologia in modi diversi e con strumenti differenti, come sottolineato dalle numerose forme governance dell'intelligenza artificiale. Il presente lavoro non fornisce solamente vari principi orientativi per l'IA, ma si interroga altresì sulle tendenze e sugli sviluppi attuali concernenti le applicazioni dell'IA, in particolare nell'ambito della pubblica amministrazione.

Le pubbliche amministrazioni affrontano sfide particolari nella gestione e nella regolamentazione dell'intelligenza artificiale. E ciò in quanto svolgono ruoli differenti in relazione al cambiamento tecnologico. Innanzitutto, esse rivestono il ruolo di utilizzatore allorché adottano le tecnologie dell'IA per l'esecuzione dei propri doveri e compiti; inoltre, esse supportano in modo diretto la tecnologia, sia tramite la creazione di servizi infrastrutturali, sia tramite il finanziamento per la ricerca o tramite l'imposizione di criteri di aggiudicazione. Le pubbliche amministrazioni sono decisive nella regolamentazione della tecnologia: spetta a esse tutelare i diritti individuali e l'interesse pubblico. In termini di attuazione, promozione e regolamentazione dell'intelligenza artificiale, la peculiare sfida che le amministrazioni devono affrontare si fonda sulle incertezze che esse devono fronteggiare¹. Alla luce di tali incertezze, si pone l'interrogativo se i principi orientativi debbano essere modellati in riferimento ai nuovi cambiamenti o se, invece, debbano seguire gli approcci tradizionali.

1.1. La definizione di intelligenza artificiale

Quello dell'intelligenza artificiale è un ambito di ricerca di cui oggi si occupa un'intera branca dell'informatica. Essa è finalizzata alla realizzazione di sistemi intelligenti, ovvero quelli che, secondo la definizione di Klaus Mainzer, sono in grado di «risolvere autonomamente problemi in modo efficiente»². Persino gli inventori del computer avevano in mente sistemi che avrebbero dovuto compiere azioni intelligenti, e uno dei loro primi progetti potrebbe essere descritto come un sistema di big data in grado di fare previsioni attraverso analisi predittive³. Il termine stesso di intelligenza artificiale è stato coniato da un gruppo di informatici in un progetto finanziato dalla Fondazione Rockefeller. Essi hanno descritto il tema centrale della ricerca in questo modo: «[p]roponiamo che 10 persone, per 2 mesi, conducano uno studio sull'intelligenza artificiale al Dartmouth College di Hanover, nel New Hampshire, durante l'estate del 1956. Lo studio procederà sulla base della con-

1 Cfr. Mandel 2017.

2 Mainzer 2016: 3.

3 Cfr. Dyson 2014.

gettura secondo la quale, in linea di principio, ogni aspetto dell'apprendimento o qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza possano essere descritte in modo così preciso da essere in grado di costruire una macchina per la loro simulazione. Verrà fatto un tentativo per scoprire come le macchine possano impiegare il linguaggio, formulare astrazioni e concetti, risolvere tipologie di problemi che al momento sono riservate agli esseri umani, e migliorarsi. Pensiamo che si possano fare significativi passi avanti in relazione a uno o più di questi problemi, qualora un gruppo di scienziati accuratamente selezionato potrà lavorare sull'argomento per una estate»⁴.

Originariamente, il concetto di intelligenza artificiale era dunque alquanto ampio e rifletteva l'intenzione di sostituire l'intelligenza umana con le macchine. Alan Turing, nel suo fondamentale saggio *Computing Machinery and Intelligence*⁵, prevede che tali progetti avrebbero sollevato alcune contraddizioni. In questo suo scritto, Turing affrontò la questione se le macchine fossero in grado di pensare. La sua ipotesi era che gli umani, dopo un determinato periodo di tempo, non sarebbero più stati in grado di distinguere tra l'intelligenza umana e quella delle macchine, e perciò l'interrogativo avrebbe perso di rilevanza in futuro. Finora questo non è successo: si sono formati, invece, due campi di ricerca. Alcuni studiosi hanno sostenuto la c.d. "tesi dell'IA forte", secondo la quale l'IA è in grado, e in futuro lo farà, di riprodurre l'intelligenza umana. Altri, invece, i sostenitori della c.d. "tesi dell'IA debole", hanno negato tale assunto sostenendo unicamente la capacità delle macchine di risolvere razionalmente alcuni problemi. Ciò dimostra già il fondamentale disaccordo nell'informatica sugli obiettivi e le possibilità di questo ambito di ricerca.

Se, tuttavia, i fini delle tecnologie sono controversi, il loro sviluppo e le eventuali aree di applicazione sono, allo stesso modo, non predeterminati. Ciò si riflette nella disputa relativa al fatto se l'IA debba essere impiegata per automatizzare i compiti dell'uomo o per migliorare gli essere umani. Questo aspetto è già stato al centro delle primissime discussioni sull'IA⁶. Come altre tecnologie, si potrebbe descrivere l'IA come "multistable"⁷, intendendo con questo termine che la portata e il significato della tecnologia nella società si determinano unicamente nel corso del tempo e a seconda del suo impiego – rappresentando quindi dei fattori che non sono definiti dalla tecnologia in quanto tale⁸. Il concetto di "multistability" può essere applicato molto bene alle tecnologie fondate sulla IA. Per di più, l'IA è una tecnologia di portata generale⁹. Per sua natura, gli scopi dell'IA e le sue conseguenze sociali e individuali sono contingenti e direttamente dipendenti dal suo impiego.

4 McCarthy – Minsky – Shannon 1955.

5 Turing 1950: 433–460. *N.d.T.*: è possibile reperire la traduzione italiana di questo articolo di Turing in Somenzi – Cordeschi 1986: 157 ss.

6 Grudin 2017: 99.

7 *N.d.T.*: si ritiene più opportuno utilizzare il termine inglese "multistable" anziché coniare il neologismo "multistabile", lasciando dunque il termine impiegato dall'Autore nella versione inglese, il quale deriva a sua volta dalla parola "multistabil", originariamente scelta dall'A. nel saggio scritto in tedesco.

8 Cfr. Ihde 2012.

9 Cfr. Djefal 2019.

Poiché la tecnologia dell'IA è di per sé flessibile, essa consente di aprire una nuova dimensione di possibilità tecniche legate al binomio azione-reazione. Non per niente essa viene considerata dal punto di vista dell'informatica un "agente"¹⁰. Come accennato poc'anzi, si potrebbe affermare che i computer acquisiscono occhi, orecchie, braccia e gambe grazie l'intelligenza artificiale. Al contrario, si potrebbe altresì sostenere che telecamere, microfoni, altoparlanti e macchine ricevono un cervello.

Se si cerca di confrontare l'IA con altre innovazioni fondamentali, la si potrebbe paragonare in modo significativo alla scoperta del ferro. Il ferro non è uno strumento in sé, ma costituisce la base per molti utensili diversi fra loro. Un essere umano è in grado di forgiare delle spade o dei vomeri degli aratri. Il ferro rappresenta anche la base per altre tecnologie, che si tratti della stampa litografica o dei motori a vapore. Per questo motivo è molto difficile parlare in generale delle opportunità e dei rischi legati all'intelligenza artificiale: la concezione di opportunità o rischio legata all'IA spesso dipende, infatti, da come essa viene sviluppata e utilizzata nel caso specifico.

1.2. Applicazioni dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione

Attualmente, numerosi sistemi di intelligenza artificiale sono già impiegati nella pubblica amministrazione. A volte l'IA contribuisce allo sviluppo evolutivo di sistemi già esistenti, come dimostrano i sistemi di controllo del traffico. Essi influenzano il comportamento degli utenti della strada in vari modi, ad esempio basandosi sulla valutazione dei flussi automobilistici e dei dati meteorologici¹¹. Al fine di controllare il flusso e la sicurezza del traffico, la pubblica amministrazione è in grado di adottare misure giuridiche quali divieti di passaggio e limiti di velocità. Il traffico può anche essere oggetto di indicazioni relative a deviazioni stradali o ad aperture temporanee di corsie. Le decisioni, in tal modo, non vengono più prese dalle persone ma dal sistema: anche in questo caso, esattamente per come avviene in riferimento ai segnali stradali, esse costituiscono atti amministrativi giuridicamente vincolanti.

Gli obiettivi, le opportunità e i rischi dell'IA sono contingenti, e al contempo i sistemi di IA possono aiutare a raggiungere scopi anche molto diversi fra loro. L'intelligenza artificiale è una tecnologia di portata generale e, di conseguenza, non è possibile solo affermare che essa sia necessariamente associata a determinate opportunità e rischi. L'intelligenza artificiale viene normalmente vista come un pericolo per l'autodeterminazione delle proprie informazioni, come testimoniano le varie applicazioni di videosorveglianza intelligente, come quelle testate in Germania. Alla stazione ferroviaria di Südkreuz, a Berlino, la polizia federale tedesca

10 Cfr. Poole – Mackworth 2011.

11 Sul punto vedasi Bundesanstalt für Straßenwesen (istituto tedesco federale di ricerca del Ministero dei trasporti), *Anlagen zur Verkehrsbeeinflussung auf Bundesfernstraßen*, consultabile in <https://www.bast.de/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v5-verkehrsbeeinflussungsanlagen.html>.

ha effettuato un esperimento con telecamere dotate di riconoscimento facciale intelligente: l'obiettivo era quello di poter identificare in modo inequivocabile le persone, utilizzando una tecnologia di riconoscimento di modelli, al fine di filtrare le persone ricercate¹². Un altro esperimento, effettuato a Mannheim, ha persino cercato di riconoscere determinate dinamiche sociali attraverso l'impiego dell'IA: un sistema di telecamere informava la polizia quando venivano rilevate azioni che avrebbero potuto costituire aggressioni, percosse o furti. In tal modo è dunque possibile tenere traccia delle persone coinvolte grazie all'intero sistema di telecamere¹³. Entrambi gli esempi mostrano la possibile rilevanza dell'IA per la protezione e la riservatezza dei dati – e infatti l'IA può essere utilizzata anche per migliorare la protezione dei dati. In molti Comuni sono attualmente in fase di realizzazione sistemi intelligenti di monitoraggio dello spazio di parcheggio: alcuni sensori consentono di mostrare, su un'apposita app o sui tabelloni, il numero e la posizione dei parcheggi non occupati. Qualora le immagini vengano catturate dalle telecamere, i sistemi di IA consentono di rendere anonime le immagini in tempo reale. I volti e le targhe dei veicoli, ad esempio, possono essere resi così irriconoscibili in modo che il conducente e il veicolo non possono più essere identificati. Inoltre, sono in fase di sviluppo chatbot in grado di imparare e riconoscere le attitudini degli utenti, relativamente alla protezione dei dati, al fine di modificare in modo automatico tutte le impostazioni di protezione dei dati in Internet. Questo è un caso in cui l'IA sta effettivamente ponendo in essere azioni volte alla protezione dei dati.

Si ritiene che l'IA, tramite l'automazione, abbia la capacità di garantire una maggiore efficienza ed efficacia. E proprio questo aspetto è uno dei motivi che hanno portato all'approvazione della legge di modernizzazione del procedimento tributario (*Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*), la quale consente, tra l'altro, l'esecuzione automatica di accertamenti fiscali¹⁴. Ciò è avvenuto in risposta ai problemi incontrati dall'amministrazione tributaria, il cui elevato numero di procedure ha inciso profondamente sull'uniformità e sulla qualità delle decisioni. I legislatori hanno sottolineato come l'automazione non debba essere impiegata soltanto per risparmiare risorse. Le risorse, piuttosto, dovrebbero essere utilizzate per quei casi per i quali è richiesta una trattazione più approfondita, cosicché vengano prese decisioni giuste ed eque. In tal modo si potrebbe affermare che l'amministrazione, grazie all'automazione, può essere ripensata per diventare più umana¹⁵. L'efficienza viene raggiunta tramite la gestione dell'IA, ad esempio, nei controlli alle frontiere grazie al sistema EasyPASS. Tale sistema è in grado di

12 Cfr. Bundespolizei, *Test zur Gesichtserkennung am Bahnhof Berlin Südkreuz gestartet*, 2017, consultabile in https://www.bundespolizei.de/Web/DE/04Aktuelles/01Meldungen/2017/08/170810_start_videotechnik.html.

13 Cfr. Sold 2017: 2.

14 Cfr. art. 155 co. 4 dell'*Abgabenordnung*, il Codice tributario tedesco. *N.d.T.*: è possibile consultare tale disciplina normativa è in lingua tedesca in https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html, mentre in lingua inglese in https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html.

15 Così Djefal 2017: 813.

identificare le persone e verificarne l'identità: esso permette di ridurre il numero di poliziotti di frontiera, evitando che si formino lunghe code, poiché pochi poliziotti sono così in grado di controllare più ingressi nello stesso momento.

Il governo australiano, noto per i numerosi progetti di successo legati alla digitalizzazione, è rimasto deluso dal progetto nominato Intervento di conformità online: esso avrebbe dovuto facilitare la riscossione dei tributi, sennonché, alla fine, la questione si è risolta in scandalo politico. Il sistema funzionava così: un algoritmo confrontava vari dati rilevanti ai fini fiscali dei contribuenti; se trovava contraddizioni, informava il cittadino via posta e via SMS. Se questi non ottemperava alle indicazioni dell'amministrazione, il sistema emetteva un avviso di pagamento a cui i destinatari potevano presentare opposizione¹⁶. L'algoritmo impiegato spesso era soggetto a errori e, in numerosi casi, produceva risultati chiaramente errati. Il risultato dell'automazione ha comportato l'avvio di procedimenti amministrativi, nei confronti dei cittadini, in un numero superiore di cinquanta volte rispetto a quelli avviati in precedenza. Poiché non era più possibile evadere tutte le richieste dei cittadini, sono stati assunti lavoratori a tempo determinato mentre i contatti telefonici con i cittadini sono stati esternalizzati e affidati a un call center privato. Di ciò ne hanno risentito maggiormente le persone provenienti da strati sociali più deboli, così come quei cittadini più vulnerabili o svantaggiati che non sono stati in grado di difendersi dalla decisione amministrativa. Il numero effettivo di notifiche errate continua a risultare controverso. Questo esempio evidenzia gli effetti negativi che l'IA può produrre in seno alla pubblica amministrazione quando vengono adoperati sistemi difettosi senza prendere in considerazione il contesto sociale. Di conseguenza, le promesse di efficacia ed efficienza, nei fatti, potrebbero non essere mai mantenute.

2. Prospettive di riferimento: fra etica e politica

I principi orientativi normativi per le tecnologie divergono in relazione alle prospettive di riferimento su cui si fondano, per cui possono essere "inquadrate" diversamente. In questo paragrafo viene effettuata un'analisi di queste prospettive di riferimento contrapponendo due concetti astratti e ideali, quali l'etica e la politica. Il discorso riguardante l'infrastruttura 5G, ad esempio, è inquadrato come discorso politico, mentre le discussioni sull'ingegneria genetica sono inquadrate, invece, come questioni etiche.

Per quanto concerne l'intelligenza artificiale, la discussione si fonda su entrambe le prospettive di riferimento. Nell'ambito scientifico e in quello politico, l'IA è spesso delineata come una questione etica, che porta a discussioni quale, ad esempio, quella legata all' "etica degli algoritmi"¹⁷. Allo stesso tempo, l'IA può anche essere

16 Cfr. Commonwealth Ombudsman, *Centrelink's automated debt raising and recovery system*, 2017, consultabile in http://www.ombudsman.gov.au/__data/assets/pdf_file/0022/43528/Report-Centrelinks-automated-debt-raising-and-recovery-system-April-2017.pdf.

17 Cfr. Mittelstadt – Allo – Taddeo – Wachter – Floridi 2016: 1 ss.

vista come parte di un dibattito politico e, quindi, come qualcosa che può essere disciplinato dalle strategie e dalle decisioni del legislatore. La scelta del punto di riferimento normativo ha importanti implicazioni, come si evince da questo confronto.

Inquadrare ed esaminare una questione nell'ambito etico comporta la sua consapevole esclusione dal quello politico¹⁸, come è stato sottolineato dagli addetti ai lavori. Mentre gli esperti si occupano di questioni di ethical design, le decisioni politiche vengono assunte da persone normalmente legittimate a farlo. In tal modo, le decisioni politiche sono proposte dall'esecutivo per poi essere discusse e decise nel Parlamento, mentre il quadro etico è spesso stabilito da appositi organismi specifici quali i consigli etici. Se gli esperti possono fare riferimento a ciò che è buono e giusto, nel processo politico vengono prese decisioni contingenti che sono fondamentalmente aperte. Di conseguenza anche la ratio delle decisioni è diversa, in quanto si basa, da un lato, sulla competenza etica e, dall'altro, sulla legittimazione democratica e sulla responsabilità di coloro i quali sono chiamati a prendere le decisioni. Questi ultimi giustificano e motivano le loro decisioni, mentre gli esperti tendono a scoprire il buono e il giusto sulla base delle loro competenze.

Etica	Politica
Esperti	Politici
Buono/Giusto	Contingente
Competenza	Legittimazione
Scoperta	Giustificazione ¹⁹

Tabella 1: Confronto tra etica e politica come punti di riferimento normativi

3. Principi orientativi

3.1. Diritto

3.1.1. Ratio, limiti e design

Il diritto consente la creazione di indirizzi vincolanti relativi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: esso permette di stabilire i limiti della tecnologia al fine di garantire e tutelare i diritti individuali e gli interessi pubblici. Questa, tuttavia, non è l'unica funzione del diritto nello sviluppo della tecnologia. Le ulteriori funzioni del diritto possono, invece, essere riferite alla ratio, ai limiti e al design²⁰.

18 Cfr. Hilgartner – Prainsack – Hurlbut 2017: 830.

19 *N.d.T.*: sebbene nella versione tradotta in lingua inglese l'Autore utilizzi il termine "accountability", si ritiene più opportuno fare riferimento al termine "Rechtfertigung" impiegato nella versione originale in lingua tedesca.

20 Sul punto Djefal 2017: 811-815.

Il diritto è in grado di giustificare lo sviluppo di una tecnologia, evidenziandone la ratio. Questa funzione “giustificativa” può assumere forme diverse: può giustificare lo sviluppo, il progresso e l’applicazione della tecnologia da parte dell’amministrazione, oppure, addirittura, stabilirne l’obbligatorietà. I vincoli giuridici possono discendere da obblighi derivanti sia dal piano legislativo, sia da quello costituzionale. Tale “diritto all’intelligenza artificiale” potrebbe derivare, ad esempio, dall’articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la quale prevede il diritto ad una buona amministrazione. Il primo comma di questa norma afferma che «[o]gni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell’Unione». Considerando che gli algoritmi eseguono determinati compiti meglio, più velocemente e più facilmente, il summenzionato art. 41 della Carta di Nizza potrebbe in tal modo giustificare l’introduzione dell’IA: potrebbe perfino imporre l’obbligo dell’impiego degli algoritmi. Un tale obbligo si potrebbe rinvenire altresì nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità²¹. L’art. 4 co. 1 lett. g) impone agli Stati di intraprendere o promuovere ricerche e sviluppo, e di promuovere la disponibilità e l’impiego di nuove tecnologie, fra le quale le ICT, (ovvero le tecnologie dell’informazione e della comunicazione), gli aiuti alla mobilità, i dispositivi e le tecnologie di assistenza, pensati per le persone con disabilità, dando priorità alle tecnologie dai costi maggiormente accessibili. In quanto Stato che ha sottoscritto la Convenzione, tale vincolo vale anche per la Germania. Obblighi espliciti di implementazione dei sistemi di IA per l’amministrazione possono altresì discendere da fonti di rango legislativo. Ad esempio, l’Ufficio federale per la sicurezza dell’informazione (Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, BSI) è responsabile della protezione delle tecnologie di comunicazione della Federazione. La legge per l’Ufficio federale per la sicurezza dell’informazione (BSI-Gesetz) conferisce il potere di rilevare anomalie nel traffico dei dati degli uffici federali. In base a questa legge, in tale Ufficio i dati vengono di default analizzati automaticamente dall’IA: i funzionari sono chiamati a intervenire soltanto qualora essa rilevi un’anomalia relativa alla presenza di un malware o a un problema legato alla sicurezza²².

Come accennato poc’anzi, una delle funzioni del diritto è quella di limitare l’IA nella pubblica amministrazione. È possibile rinvenire tali limiti, ad esempio, nell’art. 114 co. 4 della legge federale tedesca sui funzionari pubblici (Bundesbeamtengesetz)²³. Ai sensi di questa norma, nonostante essa faccia riferimento alla sola all’ipotesi del trattamento dei dati personali, le decisioni relative ai dipendenti pubblici non possono essere prese esclusivamente con sistemi automatici. Mentre questo articolo concerne in modo specifico i sistemi automatizzati, i diversi impieghi dell’IA devo-

21 *N.d.T.*: tale Convenzione ONU, tradotta in lingua italiana, è reperibile sul sito del Centro Regionale di Informazione delle Nazioni Unite (UNRIC) all’indirizzo <https://www.unric.org/html/italian/pdf/Convenzione-disabili-ONU.pdf>.

22 E ciò avviene a condizione che non vi siano altre ragioni, quali la presenza di indizi contrari.

23 *N.d.T.*: la *Bundesbeamtengesetz* è consultabile all’indirizzo https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/.

no essere conformi anche alle disposizioni generali. Ad esempio, la disciplina sulla sicurezza informatica è applicabile a tutti i sistemi informatici, come risulta, altresì, dall'art. 11 co. 1 della legge bavarese sull'e-government (*Gesetz über die elektronische Verwaltung in Bayern – Bayerisches E-Government-Gesetz*)²⁴, secondo cui deve essere garantita la sicurezza dei sistemi informatici. Questo aspetto si traduce nel fatto per cui l'IA può essere utilizzata all'interno della pubblica amministrazione soltanto se può essere adeguatamente ritenuta priva di rischi per la sicurezza informatica. E, infatti, le amministrazioni pubbliche devono adottare misure volte alla salvaguardia dei propri sistemi informatici.

Inoltre, il diritto possiede anche una funzione di design: esso è in grado di influenzare il processo di progettazione, di sviluppo, e di applicazione delle tecnologie nella società²⁵. Il diritto non soltanto limita e promuove la tecnologia, ma unisce i requisiti legali con ciò che è tecnicamente possibile e auspicabile. Le applicazioni dell'IA rendono la tecnologia modellabile e indipendente, consentendo di progettare i sistemi tecnici conformemente agli obiettivi del legislatore. Ci si può attendere, dunque, un aumento di norme relative alla progettazione tecnologica nella pubblica amministrazione. Nella disciplina europea in materia di protezione dei dati, ad esempio, vi sono obblighi relativi alla protezione e alla sicurezza dei dati realizzati tramite la progettazione tecnologica. Per le competenti autorità in materia penale, questo obbligo discende dall'art. 71 della nuova legge federale sulla protezione dei dati (*Bundesdatenschutzgesetz, BDSG*)²⁶, che si basa sulla Direttiva (UE) 2016/680²⁷: il responsabile del trattamento, quando stabilisce i mezzi per il trattamento dei dati e quando esegue il trattamento, deve prendere precauzioni al fine di garantire una progettazione rispettosa della protezione dei dati.

A fronte dell'incontro fra le “nuove” tecnologie e la concezione “tradizionale” del diritto, alcuni studiosi hanno sostenuto la tesi della presenza di lacune nella disciplina e di ostacoli di natura legislativa. Una lacuna vi è qualora si sarebbe dovuto regolamentare un determinato aspetto o una determinata materia senza, poi, aver effettivamente provveduto a farlo²⁸. Pertanto, potrebbe esservi una lacuna nel caso in cui una nuova tecnologia ponesse a rischio i diritti individuali o l'interesse pubblico in assenza di norme giuridiche atte a disciplinarne la concreta attuazione. Queste lacune possono essere colmate in vari modi, sia dal legislatore, con l'adozione di nuove norme, sia dall'amministrazione e dalla magistratura, con un'interpretazio-

24 *N.d.T.*: la *Gesetz über die elektronische Verwaltung in Bayern* è consultabile all'indirizzo <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayEGovG?AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

25 Si vedano Djeffal 2017: 103; Hildebrandt 2015.

26 *N.d.T.*: la *Bundesdatenschutzgesetz* è consultabile, anche in lingua inglese, all'indirizzo https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/.

27 Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131.

28 Cfr. Canaris 1983.

ne evolutiva del diritto nel loro operato. Tuttavia, vi può essere anche il problema opposto, vale a dire la presenza di barriere nell'innovazione e nell'applicazione di essa²⁹. In particolare, gli ostacoli sorgono se non si è in grado di applicare in modo adeguato le categorie giuridiche esistenti alle nuove tecnologie o ai loro effetti. In tutto il mondo, ad esempio, sono state poste in essere discipline normative ad hoc per il traffico automobilistico. Se il danno è cagionato da un veicolo a motore, la persona che utilizza l'automobile è ritenuta generalmente responsabile, indipendentemente dal suo coinvolgimento effettivo. Ciò costituisce l'eccezione alla regola generale per la quale si può essere chiamati a rispondere di un danno ingiusto soltanto a titolo di dolo o di colpa. D'altronde, proprio la responsabilità è una delle questioni al centro delle discussioni nell'ambito dell'intelligenza artificiale³⁰. In questa area conflittuale, l'intelligenza artificiale rappresenta una sfida per il diritto: sorgono perciò interrogativi su come possa e debba essere elaborata una disciplina normativa sul punto³¹.

3.1.2. La nuova disciplina sulle decisioni amministrative automatizzate

Un elemento innovativo che merita di essere evidenziato in questo ambito è la nuova norma relativa alle decisioni amministrative automatizzate, approvata dal Parlamento tedesco a seguito della riforma del 2015 sulla modernizzazione dell'amministrazione tributaria³². Tale riforma ha introdotto una nuova norma, l'art. 35a, nella legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)³³, che dispone: «[u]n atto amministrativo può essere adottato interamente mediante sistemi automatici, a condizione che ciò sia consentito dalla legge e che non vi sia alcun potere discrezionale o margine di discrezionalità»³⁴. Questa norma chiarisce che le decisioni completamente automatizzate sono giuridicamente possibili³⁵, ma stabilisce che a tal fine devono essere soddisfatti due requisiti³⁶. In primo luogo, la decisione presa tramite un sistema automatizzato deve essere consentita dalla legge. Nell'ordinamento tedesco, la terminologia utilizzata suggerisce che deve esservi o una legge approvata dal Parlamento (*Parlamentsgesetz*) o una fonte secondaria governativa appositamente delegata dalla legge parlamentare che ne stabilisce il contenuto essenziale (*Rechtsverordnung*). Il secondo requisito è che non vi deve essere né potere discrezionale né margine di discrezionalità. Nella terminologia del diritto amministrativo tedesco, il termine discrezionalità si riferisce ai casi in cui il Parlamento autorizza gli organi amministrativi a decidere se agire e quali misure adottare. Il margine di discrezionalità, invece, indica

29 Cfr. Hoffmann-Riem 2016: 33.

30 Cfr. Hilgendorf 2012: 119 ss.

31 Cfr. Martini 2017: 1017 ss.

32 Cfr. Braun Binder 2016: 526 ss.; e Braun Binder 2016: 891 ss.

33 N.d.T.: la *Verwaltungsverfahrensgesetz* è consultabile all'indirizzo <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>.

34 L'art. 35a nella versione originale in lingua tedesca dispone: «*Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht*».

35 In merito a questa norma si veda Berger 2018: 1262 ss.

36 Per una interpretazione dettagliata si veda Prell 2016.

i casi in cui gli organi di esperti sono competenti a stabilire se determinati requisiti di legge siano soddisfatti o meno. Il margine di discrezionalità amministrativa deve essere applicato solo in situazioni in cui gli organismi hanno una competenza specifica per la formulazione di determinati giudizi. Ciò vale, ad esempio, per la valutazione dei dipendenti pubblici e per il loro processo di selezione³⁷.

La finalità a cui mira tale norma è duplice. Da una parte, essa fornisce spiegazioni su come devono essere attuati i sistemi in grado di prendere decisioni totalmente automatizzate; dall'altra, specifica i requisiti necessari affinché possano essere prese decisioni completamente automatizzate in modo lecito, le quali, a loro volta, sono soggette alla legge. La circostanza, per la quale è necessaria la presenza di una disposizione giuridica, consente di ricollegare ogni decisione automatizzata a una decisione del legislatore. Sebbene non vi sia alcun obbligo in merito al contenuto della norma, spetterà al Parlamento legittimare le decisioni amministrative automatizzate. In linea con lo stato dell'arte della ricerca, al momento è difficile immaginare che i casi in cui esiste margine di discrezionalità possano essere affrontati dalle macchine. In realtà, le decisioni automatizzate sono già state legittimate da norme che conferiscono discrezionalità alle pubbliche amministrazioni. Si prenda, ad esempio, l'art. 45 del codice tedesco della strada (*Straßenverkehrs-Ordnung*)³⁸. I sistemi di traffico intelligenti già impongono limiti di velocità applicabili sulla base di questa disposizione. I sistemi automatizzati, pertanto, esercitano un potere discrezionale per conto delle pubbliche amministrazioni. Il fatto che vi siano molti sistemi che attualmente vietano le decisioni automatizzate è al centro di numerose critiche³⁹. Da un punto di vista giuridico, a questo problema è stata trovata una soluzione semplice. Ogniquale volta vi sia una disposizione giuridica che consente una decisione automatizzata, essa viene interpretata come una norma specifica rispetto alla regola generale di cui all'art. 35a della legge tedesca sul procedimento amministrativo: in tal modo, la norma specifica prevale sull'articolo 35a e sul relativo "divieto di discrezionalità automatizzata". Questa soluzione pragmatica, tuttavia, non è ancora stata affrontata nelle aule di tribunale. Inoltre, aggiunge molto poco al tentativo di ricondurre i sistemi di IA nell'alveo dei principi giuridici. A tal fine, non è necessario consentire o vietare decisioni automatiche basate sulla discrezionalità. Sarebbe invece necessario fornire indicazioni su come tutelare e salvaguardare in modo concreto i diritti umani e gli interessi giuridici, in tutte quelle situazioni nelle quali i sistemi automatizzati esercitano un potere discrezionale⁴⁰.

3.2. Tecnologia

È necessario accennare brevemente alla circostanza per cui la tecnologia può rappresentare altresì un principio orientativo per il suo ulteriore sviluppo. La

37 Cfr. Decker 2019: par. 35-36k.

38 *N.d.T.*: Il *Straßenverkehrs-Ordnung*, è consultabile all'indirizzo https://www.gesetze-im-internet.de/stvo_2013/.

39 Stegmüller 2018: 353 ss.

40 Cfr. Djefal 2017: 814.

dottrina ha approfondito sempre più spesso l'ambito degli effetti normativi della tecnologia, e non da ultimo è stata conosciuta con la perifrasi «Code is Law»⁴¹. Pur supponendo che il futuro della tecnologia sia fondamentalmente aperto, il suo effettivo sviluppo può comunque condizionarla e indirizzarla verso una precisa direzione⁴². Il futuro sviluppo della tecnologia in questione può essere influenzato da determinate architetture di sistema o metodi di programmazione. Il considerevole aumento dei software library impiegati per sviluppare l'IA costituisce un buon esempio: sempre più informazioni vengono ricavate direttamente da questi software. I dataset utilizzati nel processo di apprendimento dell'IA possono avere un impatto enorme sugli algoritmi. È per tale ragione che la Mozilla Foundation ha pubblicato e reso liberamente disponibile a tutti un set di dati particolarmente rappresentativo per il riconoscimento vocale⁴³. Questo lavoro consapevole sui dataset evidenzia come le decisioni prese oggi possono avere un impatto sulle tecnologie di domani.

3.3. Organizzazione

I principi orientativi per lo sviluppo tecnologico possono derivare anche dalle modalità organizzative della pubblica amministrazione⁴⁴. L'istituzione di specifiche amministrazioni dotate di determinati compiti e poteri può avere un impatto sostenibile sullo sviluppo delle tecnologie. Un esempio intuitivo è costituito dalla figura del responsabile della protezione dei dati, la quale deve essere istituita obbligatoriamente in determinate circostanze, sia nel settore pubblico sia in quello privato⁴⁵. In particolare, nel settore della governance di internet si è diffuso un approccio multi-stakeholder che coinvolge diversi attori⁴⁶: in tal modo, l'organizzazione può avere un impatto positivo sullo sviluppo tecnologico.

Nel campo dell'intelligenza artificiale possiamo osservare sia idee sia iniziative su come la tecnologia possa essere influenzata dal modello organizzativo adottato. Ne è un esempio la commissione etica tedesca sulla guida autonoma (Ethik-Kommission: Automatisiertes und Vernetztes Fahren). Istituita dal ministero federale tedesco dei trasporti e delle infrastrutture digitali, questa commissione ha pubblicato una relazione sulla guida autonoma, che è diventata la base per le successive proposte e iniziative legislative ministeriali⁴⁷. Questa commissione si basa sul modello delle commissioni etiche statali, particolarmente diffuse nel campo dell'etica medica e della bioetica⁴⁸. Nel 2018 si è assistito a una notevole proliferazione di questi organismi ad opera del governo tedesco; il Parlamento ha fondato una commissione di studio

41 Cfr. Lessig 2006. Schulz – Dankert 2016.

42 Cfr. Arthur 1989: 116 ss.; David 1992: 134.

43 Whit 2017.

44 Cfr. Hood, Margetts 2007: 169.

45 Si vedano l'art. 37 co. 1 del regolamento (UE) n. 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, GDPR) e l'art. 38 della legge federale tedesca sulla protezione dei dati (*Bundesdatenschutzgesetz*, già citato).

46 Cfr. Hofmann 2016: 29 ss.

47 Cfr. Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren 2017.

48 Cfr. Braun – Herrmann – Könniger – Moore 2010: 839 ss.

sull'«Intelligenza artificiale – Responsabilità sociale e potenziale economico», composta da diciannove membri del Parlamento e da altrettanti esperti⁴⁹, con il compito di studiare gli impatti futuri dell'intelligenza artificiale: la Federazione ha altresì istituito una Commissione etica sui dati, formata da sedici membri, con l'obiettivo di elaborare delle linee guida etiche per la politica dei dati; il governo federale ha, inoltre, istituito un consiglio digitale che dovrebbe fornire indicazioni sul processo di digitalizzazione. Sono anche stati creati due nuovi organismi volti alla promozione delle innovazioni digitali. Uno di essi sosterrà le c.d. innovazioni disruptive, ovvero le innovazioni più dirompendi; l'altro, invece, mira a rafforzare le innovazioni nel campo della sicurezza informatica.

A livello dell'Unione europea sono attualmente in discussione varie proposte volte all'istituzione di organismi fortemente correlati all'ambito dell'intelligenza artificiale. In una risoluzione del Parlamento europeo è stata proposta l'istituzione di un'Agenzia per la robotica e l'intelligenza artificiale operante in modo multidisciplinare in diversi settori⁵⁰. L'Agenzia avrà un doppio obiettivo: da un lato, consigliare le Istituzioni europee sul tema e, dall'altro, creare un registro dei robot più avanzati. In un suo famoso discorso, il presidente francese Emmanuel Macron ha chiesto la creazione di una «European agency for disruptive innovation»⁵¹. L'unica tecnologia che questi ha menzionato in tal contesto è l'IA. Anche l'annuncio del governo cinese di voler costruire a Pechino, entro cinque anni, un parco tecnologico da 2 miliardi di dollari, nel quale imprese e università faranno congiuntamente ricerca sull'IA, si pone in questa direzione⁵². Gli Emirati Arabi Uniti, invece, hanno fatto notizia con la nomina di un ministro per l'IA. Secondo il ministro, uno dei suoi compiti principali è quello di promuovere lo sviluppo dell'intelligenza artificiale ponendo in essere un adeguato contesto giuridico⁵³. In relazione alle organizzazioni, risulta particolarmente importante la distinzione tra funzione formativa e funzione di controllo. Nel dibattito legato all'idea di regolamentare l'IA, si discute di organismi e strumenti di controllo, fra cui ad esempio il c.d. algoritmo Watchdog. È necessario tenere presente, però, come sia di fondamentale importanza garantire la conformità giuridica ed etica all'interno del processo di progettazione: infatti, è da mettere in evidenza come una supervisione retrospettiva abbia effetti limitati in relazione sia alla capacità di identificare i problemi sia a quella di risolverli.

3.4. Strategie

I principi orientativi di carattere normativo per lo sviluppo e l'applicazione delle tecnologie si ritrovano spesso in strategie implicite o esplicite. Queste ne definisco-

49 Cfr. Deutscher Bundestag 2018.

50 Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

51 E. Macron 2017.

52 Cfr. Yamei 2018.

53 Cfr. Tendersinfo 2017.

no il fine, le risorse necessarie per il suo raggiungimento e il contesto nel quale esso può essere perseguito⁵⁴. Si tratta, in tal modo, di capire come raggiungere concretamente gli obiettivi in una determinata situazione: le strategie si caratterizzano per il fatto che consentono di rendere espliciti gli scopi.

Nel dibattito internazionale, le considerazioni strategiche sull'IA hanno suscitato molta attenzione. Il presidente russo Vladimir Putin, rivolgendosi agli alunni durante una conferenza, ha affermato che l'IA rappresenta il futuro e chi ne prenderà la leadership potrà dominare il mondo⁵⁵. L'intento del governo cinese di fare della Cina il primo Paese nel campo dell'IA entro il 2030 ha attirato notevolmente l'attenzione dei media⁵⁶. Secondo gli esperti, questo comportamento tenuto da diversi Stati potrebbe costituire il possibile inizio di una nuova guerra fredda⁵⁷. Recentemente, il dibattito è divenuto più amichevole e collaborativo. L'Unione europea ha proposto una strategia incentrata in particolare sulle relazioni fra gli Stati e sulla loro collaborazione reciproca⁵⁸: basti pensare che la dichiarazione sull'IA che ha portato alla strategia accennata comprendeva altresì la Norvegia, la quale, come noto, non è un Paese membro dell'Unione europea. Il vicepresidente cinese ha sottolineato come la Cina sia attivamente alla ricerca di cooperazione per lo sviluppo dell'IA⁵⁹, e la stessa nuova strategia tedesca in materia di IA prevede sia la collaborazione con altri partner sia il trasferimento di tecnologia ai Paesi in via di sviluppo.

L'intelligenza artificiale, tuttavia, non è sempre l'oggetto delle strategie, in quanto può rappresentare anche uno strumento strategico in sé. L'IA può essere impiegata nei piani legati alle smart cities per raggiungere numerosi altri obiettivi, quali la protezione dell'ambiente o il miglioramento della qualità della vita. Ad esempio, la strategia smart city della città di Berlino si riferisce in modo esplicito alle applicazioni intelligenti riconducibili all'Internet of Things⁶⁰. L'intelligenza artificiale sarà al centro di molte strategie future, sia come risorsa per raggiungere i fini preposti, sia essa stessa come obiettivo progettuale, vale a dire l'ipotesi in cui la tecnologia medesima sarà plasmata dalla strategia. Le unioni di questi due aspetti possono essere definite come dei "modelli" (Leitbilder).

3.5. Modelli

I modelli, o mind frames, sono concetti che consentono di poter riassumere la teorizzazione, lo sviluppo e l'analisi di un dato problema. Essi sono in grado di influenzare il modo in cui determinate questioni vengono percepite e interpretate. I modelli costituiscono la risultante di taluni concetti e possono avere un impatto

54 Cfr. Raschke – Tils 2013: 127.

55 Cfr. Russia Insider 2017.

56 Cfr. Mozur 2017.

57 Cfr. Allen – Husain 2017.

58 Cfr. Djeffal 2018.

59 Knight 2018.

60 Cfr. Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt 2016.

sull'ulteriore sviluppo⁶¹: essi non possiedono solamente una funzione descrittiva, bensì anche il potenziale per condizionarne l'avanzamento e il progresso⁶². Anche nell'ambito della modernizzazione amministrativa vi sono alcuni concetti che hanno acquisito una tale importanza da poter essere definiti come modelli, quale ad esempio il "New Public Management". Il governo federale tedesco ha coniato il termine "Industria 4.0" (Industrie 4.0), creando così con successo un modello di modernizzazione industriale basato sulla tecnologia e riconosciuto a livello internazionale. Questo rilievo è stato anche preso come esempio dalle pubbliche amministrazioni: in tal modo la perifrasi "l'industria 4.0 necessita di una amministrazione 4.0" è diventata popolare⁶³.

La questione relativa al modello per la progettazione dell'intelligenza artificiale è comunque rimasta irrisolta, nel contesto tedesco tanto in quello europeo, eccezion fatta per alcuni approcci iniziali. La tecnologia può certamente avere una dimensione costituzionale, come risulta dalle discussioni concernenti la teorizzazione di una Costituzione per Internet⁶⁴. Parimenti ci si potrebbe interrogare sulla rilevanza costituzionale dell'AI. Un interessante punto di partenza per un approccio costituzionale-pratico a questi fenomeni potrebbe essere rappresentato da una norma della Costituzione dello Stato di Brema (Freie Hansestadt Bremen), di cui l'art. 12 (1)⁶⁵ recita: «[L]'essere umano è più importante della tecnica e delle macchine»⁶⁶.

Quella appena citata è la sola e unica norma sull'argomento in tutta la storia costituzionale tedesca. Essa è stata inserita nella Costituzione di Brema al termine della seconda guerra mondiale, a fronte degli effetti dell'industrializzazione, ma non è stata ancora applicata nelle aule di giustizia. Ciononostante, questa norma potrebbe fornire alcune indicazioni su come disciplinare in generale l'intelligenza artificiale.

4. Riflessioni conclusive: scenari futuri

Già oggi è evidente che l'IA cambierà radicalmente la convivenza sociale, sia su larga sia su piccola scala, e continuerà a farlo. Questa è un'altra ragione per la quale è molto importante influenzare positivamente lo sviluppo di queste tecnologie per il tramite di principi orientativi. Ma poiché si tratta di tecnologie emergenti, questo aspetto si traduce in una particolare sfida per la scienza, per l'economia, per la politica e per la società. Non basta solamente elaborare e adottare i principi orientativi: è necessario anche aggiornarli costantemente. Esattamente come non è possibile prevedere con precisione l'impatto e lo sviluppo delle tecnologie, allo stesso modo non è possibile valutare con precisione l'impatto dei principi orientativi. In

61 Cfr. Baer 2006: 83; Voßkuhle 2001: 506 ss., von Braun 2015.

62 Cfr. Koselleck 2010: 61 ss.

63 Cfr. Kruse – Högbe 2013.

64 Cfr. Pernice 2015.

65 *Artikel 12 Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947 in der Fassung vom 14. Oktober 1997.*

66 La norma in lingua tedesca recita «*Der Mensch steht höher als Technik und Maschine*».

questo processo di «reciproco divenire»⁶⁷ non è corretto ritenere che tutte le idee e le norme esistenti debbano essere rimpiazzate dalle nuove tecnologie. Tuttavia, è altrettanto sbagliato pensare che nulla cambierà. La nostra comprensione di ciò che le tecnologie dell'IA possono comportare per la nostra convivenza sociale è appena iniziata. Pertanto, è opportuno guardare a questi sviluppi da prospettive diverse e con presupposti differenti. Le possibilità di questa tecnologia possono essere concepite solamente al concretizzarsi di alcuni casi: quando l'IA verrà intesa simultaneamente sia come opportunità sia come pericolo; quando essa sarà sviluppata da un punto di vista sia tecnico sia sociale; e quando essa sarà studiata dalle scienze umane, da quelle sociali e da quelle naturali. A quel punto saremo in grado di delineare il quadro di una IA socialmente desiderabile e “buona”, la quale potrebbe rendere la società più umana grazie all'automazione.

Bibliografia

- Allen, J.R., Husain, A., 2017. *The Next Space Race Is Artificial Intelligence: And the United States is losing*. In <https://foreignpolicy.com/>, 3 novembre 2017, consultabile in <https://foreignpolicy.com/2017/11/03/the-next-space-race-is-artificial-intelligence-and-america-is-losing-to-china/>.
- Arthur, W.B. 1989. “Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events”. In *The Economic Journal*. 99.
- Baer, S., 2006. „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht: Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Berger, A., 2018. “Der automatisierte Verwaltungsakt: Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG”. In *Neue Zeitschrift Für Verwaltungsrecht*. 37.
- Braun Binder, N., 2016. “Ausschließlich automationsgestützt erlassene Steuerbescheide und Bekanntgabe durch Bereitstellung zum Datenabruf: Anmerkungen zu den § 88 Abs. 5, § 122a, § 150 Abs. 7 n.F., § 155 Abs. 4 n.F. und § 173a AO”. In *Deutsche Zeitschrift Für Steuerrecht*.
- Braun Binder, N., 2016. “Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale: Anmerkungen zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3 35 a und 41 Abs. 2 a VwVfG”. In *Die Öffentliche Verwaltung*. 69.
- Braun, K., Herrmann, S.L., Könniger, S., Moore A., 2010. “Ethical Reflection Must Always be Measured”. In *Science, Technology, & Human Values*. 35.
- Bundesanstalt für Straßenwesen. Anlagen zur Verkehrsbeeinflussung auf Bundesfernstraßen. In <https://www.bast.de/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v5-verkehrsbeeinflussungsanlagen.html>.
- Bundespolizei. 2017. *Test zur Gesichtserkennung am Bahnhof Berlin Südkreuz gestartet*. In https://www.bundespolizei.de/Web/DE/04Aktuelles/01Meldungen/2017/08/170810_start_videotechnik.html.
- Canaris, C.W., 1983. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem* (2nd ed.). Berlin: Duncker und Humblot.

67 Cfr. Kloefer 2002.

- Commonwealth Ombudsman. 2017. *Centrelink's automated debt raising and recovery system*. In http://www.ombudsman.gov.au/__data/assets/pdf_file/0022/43528/Report-Centrelinks-automated-debt-raising-and-recovery-system-April-2017.pdf.
- David, P.A., 1992. "Heroes, Herds and Hysteresis in Technological History. Thomas Edison and 'The Battle of the Systems' Reconsidered". In *Industrial and Corporate Change*. 1.
- Decker, A., 2019. "§ 114". In H. Posser, H. Wolff (hrsg) *Beck'scher Online Kommentar VwGO*. C.H. Beck.
- Deutscher Bundestag. 2018. *Study Commission "Artificial Intelligence – Social Responsibility and Economic Potential"*, In https://www.bundestag.de/en/committees/bodies/study/artificial_intelligence.
- Djeffal, C., 2017. "Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung: Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?". In *Deutsches Verwaltungsblatt*.
- Djeffal, C., 2017. "Leitlinien der Verwaltungsinnovation und das Internet der Dinge". In A. Klafki, F. Würkert, T. Winter (hrsg.), *Digitalisierung und Recht. Band 31*. Hamburg: Bucerius Law School Press.
- Djeffal, C., 2019. "Künstliche Intelligenz". In T. Klenk, F. Nullmeier, G. Wewer (eds), *Handbuch Verwaltungsdigitalisierung*. Wien: Springer.
- Djeffal, C., "Harnessing Artificial Intelligence the European Way". In *Advance online publication*, consultabile in <https://verfassungsblog.de/harnessing-artificial-intelligence-the-european-way/>.
- Dyson, G., 2014. *Turings Kathedrale: Die Ursprünge des digitalen Zeitalters* (2. Aufl.). Berlin: Propyläen.
- Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren. 2017. Bericht. In https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?__blob=publicationFile.
- Grudin, J., 2017. *From tool to partner: The evolution of human-computer interaction. Synthesis lectures on human-centered informatics*. London: Morgan & Claypool.
- Hildebrandt, M., 2015. *Smart technologies and the end(s) of law. Novel entanglements of law and technology*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Hilgartner, S. Prainsack, B., Hurlbut, B.J., 2017. "Ethics as Governance in Genomics and Beyond". In U. Felt, R. Fouché, C.A. Miller, L. Smith-Doerr (eds), *The handbook of science and technology studies*. The MIT Press. Cambridge. London: The MIT Press.
- Hilgendorf, E. 2012. "Können Roboter schuldhaft handeln?". In S. Beck (hrsg) *Jenseits von Mensch und Maschine*. Baden-Baden: Nomos.
- Hofmann, J., 2016. "Multi-stakeholderism in Internet governance. Putting a fiction into practice". In *Journal of Cyber Policy*. 1.
- Hood, C.C. Margetts, H.Z., 2007. *The tools of government in the digital age*. Houndmills: Palgrave Macmillan.
- Ihde, D. 2017. *Experimental phenomenologies: Multistabilities*. Albany: SUNY Press.
- Kloepfer, M., 2002. *Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte. Schriften zum Technikrecht*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Knight, W., 2018. "China's leaders are softening their stance on AI". In *MIT Technology Review*, 18 settembre 2018, consultabile in <https://www.technologyreview.com/s/612141/chinas-leaders-are-calling-for-international-collaboration-on-ai/>.
- Koselleck, R., 2010. "Die Geschichte der Begriffe und Begriffe der Geschichte". In Koselleck, R. (hrsg.), *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Kruse, W., Hogrebe, F., 2013. "„Industrie 4.0“ braucht „Verwaltung 4.0“: Globaler Wettbewerb, demographischer Wandel, Schuldenbremse". In *Behörden Spiegel*. 29.

- Lessig, L. 2006. *Code: Version 2.0. Basic Books*. New York.
- Macron, E., 2017. *Sorbonne Speech*. In <http://international.blogs.ouest-france.fr/archive/2017/09/29/macron-sorbonne-verbatim-europe-18583.html>.
- Mainzer, K., 2016. "Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?", in *Technik im Fokus*. Springer. Heidelberg.
- Mandel, N., 2017. "Legal Evolution in Response to Technological Change". In Brownsword, R. Scotford, E., & Yeung K. (eds), *Oxford handbooks. The Oxford handbook of the law, regulation, and technology*. Oxford: Oxford University Press.
- Martini, M., 2017. "Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung". In *Juristenzeitung*. 72.
- McCarthy, J., Minsky, M., Shannon, C., 1955. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. In <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>.
- Mittelstadt, B.D., Allo, P. Taddeo, M., Wachter, S. Floridi, L., 2016. "The ethics of algorithms: Mapping the debate". In *Big Data & Society*. 3.
- Mozur, P., 2017. "Beijing Wants A.I. to be Made in China 2030". In *New York Times*, 20 luglio 2017, consultabile in <https://www.nytimes.com/2017/07/20/business/china-artificial-intelligence.html>.
- Pernice, I., 2015. *Global Constitutionalism and the Internet. Taking People Seriously*. In HIIG Discussion Paper Series.
- Poole, D.L., Mackworth, A.K., 2011. *Artificial intelligence: Foundations of computational agents*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Prell, L., 2016. "§ 35a". In J. Bader, M. Ronellenfitsch (hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Mit Verwaltungszustellungsgesetz und Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz*. München: C.H. Beck.
- Raschke, J., Tils, R., 2013. *Politische Strategie: Eine Grundlegung* (2nd ed.). VS Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden.
- Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), in http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_IT.html.
- Russia Insider, 2017. *Whoever leads in AI will rule the world! Putin to Russian children on Knowledge Day*. In <https://www.youtube.com/watch?v=2kggRND8c7Q>.
- Schulz, W., Dankert, K., 2016. "Governance by Things' as a challenge to regulation by law". In *Internet Policy Review*. 5(2).
- Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt. 2016. *Smart City-Strategie Berlin*. In https://www.berlin-partner.de/fileadmin/user_upload/01_chefredaktion/02_pdf/02_navi/21/Strategie_Smart_City_Berlin.pdf.
- Sold, R., 2017. "Automatischer Alarm bei Taschendiebstahl", in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.
- Somenzi, V., Cordeschi, R. 1986. *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Stegmüller, M., 2018. "Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35 a VwVfG". In *Neue Zeitschrift Für Verwaltungsrecht Tendersinfo*. 2017. United Arab Emirates. Minister of Artificial Intelligence Minister delivers talk on AI at DPC event. In <https://www.tendersinfo.com/>.
- Turing, A., 1950. "Computing Machinery and Intelligence". In *Mind a Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, 59.
- von Braun, J., 2015. *Leitbilder im Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Voßkuhle, A., 2001. "Der „Dienstleistungsstaat“. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern". In *Der Staat*.
- White, S., 2017. *Announcing the Initial Release of Mozilla's Open Source Speech Recognition Model and Voice Dataset*. In <https://blog.mozilla.org/blog/2017/11/29/announcing-the-initial-release-of-mozillas-open-source-speech-recognition-model-and-voice-dataset/>.
- Yamei. 2018. *Beijing to build technology park for developing artificial intelligence*. In *Xinhuanet*, consultabile in http://www.xinhuanet.com/english/2018-01/03/c_136869144.htm.

Focus. Prospettive diverse sulla consuetudine*

* Il presente Focus pubblica in anteprima alcuni articoli collegati alla serie dei Dialoghi, organizzati da Giovanni Bombelli e Paolo Heritier nel corso della pandemia, che saranno in seguito pubblicati in un volume collettaneo presso la collana di Antropologia della Libertà, insieme a molti altri contributi. Un successivo dialogo tra gli autori, a partire dai contenuti del focus e del volume sarà ospitato sul sito TCRS e proposto come modalità di interazione interdisciplinare on line.

Salvatore Rizzello*

Custom and path dependence in economics

Abstract: This paper deals with the role of customs in economics. With few exceptions, economists reserved scarce interest to this topic. Some classical authors counterposed custom to market competition, by considering the former as limiting development and the latter as progressing it. By following cognitive economics and particularly Schlicht's idea that custom derives from a predisposition of human mind to clarity, this paper avoids that dichotomy by investigating the real relationship between them and its relevant implications for economics. In this framework, path-dependence emerges as a unifying element which permeates the indissoluble and complex process and, starting from the construction of personal knowledge, reaches the social dimension of customs. This leads to meaningful perspectives for economic analysis, especially in reference to uncertainty, free will, and efficacy. On a methodological level, the idea of a complete return of economics to social sciences is also supported.

Keywords: Custom, cognitive economy, path-dependence, routine, uncertainty, free will.

Contents: 1. Introduction – 2. Routine, custom, path-dependence – 3. Relevance for economic analysis – 4. New scenarios – 5. Concluding remarks – 6. References

1. Introduction

The role of custom in economics has so far received little attention and indeed, albeit sporadically, economists only recently dealt more deeply with this line of research (Schlicht 1998, 2004, 2021; see also the symposium on this topic published in the American Journal of Economics and Sociology in 2002). While references can be found in the relevant works of John Stuart Mill, Alfred Marshall, and Joseph Schumpeter, the investigation on the role of custom in economics remains scarce. On the contrary, the economic literature on routines is particularly extensive, especially with respect to decision making (since Simon 1947) and economics of innovation (see Nelson and Winter 1982 and the evolutionary economics tradition). Although they share some aspects, custom and routine emerge from different roots, have different characteristics, and express dissimilar levels of pervasiveness since custom appears more extensive.

* Salvatore Rizzello: professore ordinario di economia politica, Università del Salento.

In the 1980s, a branch of research that focused on the role of path-dependence developed and found several applications in the economic literature (e.g., economics of innovation, institutional economics, experimental economics, and cognitive economics). This paper aims to explore in more detail the role of custom in cognitive economics by examining its relationship with path-dependence and suggesting its emergent fruitful implications.

Considering both the extensive use of routines in economics and the limited attention to custom, we try to shed light on similarities and differences among routines, customs, and path-dependence (par. 2). Subsequently (par. 3), we also investigate the following relationships: custom and uncertainty (3.1); custom, decision-making, and free will (3.2); custom and economic efficiency (3.3).

On the basis of the previous sections, paragraph 4 highlights the most relevant consequences for the economic analysis, by acknowledging the right role of customs in economics in connection with path-dependent dynamics. Finally, paragraph 5 summarizes the most important aspects considered in the paper and offers some conclusive remarks for further research.

2. Routine, custom, path-dependence

2.1 Routine. In general, a routine is the repetition of successful practices and experiences in solving a problem. In economics, routines found extensive application in the theory of the firm, thanks to the pioneering contributions of March and Simon (1958), Nelson and Winter (1982), and earlier researches by Marshall (1920 [1890]) and Schumpeter (1934 [1911]). The focus on the role of routines is however present in the literature since Diderot and Adam Smith, highlighting respectively its positive and negative side. In fact, Diderot enhances the cleanliness in work tasks and order due to the adoption of routines as an organization tool, which in turn improves the dignity of the labour. Smith, on the contrary, underlines the degradation of labour and considers routines as deadening the mind of people who constantly perform the same tasks without any connection with creative and human dimensions typical of craftsmanship (Sennet 1998, ch. 2). This dichotomy is actually present throughout the evolution of industrial organization (consider for example the wide debate on the advantages and disadvantages of the Tayloristic organization of work).

In organizations and institutions, we consider as routine all organizational and technological procedures which are functional to the achievement of goals through satisficing performances. We can therefore define routines as adopted behaviours, explicitly planned, deriving from successful experiences which have been previously applied in problematic situations. In other words, routines can be deemed as “codified knowledge” which can derive from exogenous (for example worse performances due to institutional contexts or market dynamics changes) as well as endogenous causes (aptitude to innovate as a development strategy of the firm). At the beginning, there are some problems to be solved. Also, there are several crucial elements that lead to the origin and implementation of a routine: previous

knowledge and skills; accessible and available information; environmental and institutional constraints; fluidity in decision-making dynamics. In a nutshell, the onset of a problematic situation prompts the search for a solution through a process of procedural rationality, which, in line with problem solving theory (Newell and Simon 1972), typically occurs through different stages, including the representation of the problem, the formulation of solving conjectures, trial and error checks with the use of “rules of thumb”, the evaluation of feed-backs and – upon reaching repeated satisfactory solutions to the desired aspiration levels – the adoption of the new procedure which will continue to be used identically and repeatedly until a new problematic situation arises and triggers an impulse for change. However, this is not an automatic or simple process. As Schumpeter (1934 [1911]) argued, routines have a solid conservative force that can distort decision making to generate new things (p. 86) so that any step outside the existing ones appears very difficult to decide considering their enclosed codified knowledge and the habit of re-proposing it unwittingly “as firmly rooted in ourselves as a railway embankment in the earth” (p. 84). To overcome this resistance and produce change, a special figure with extraordinary skills is needed: the entrepreneur. Beyond the Schumpeterian vision, the emergence of routines, their evolution and change are a very complex process. In the light of the most recent literature, we know that routines directly affect the neurocognitive aspects of explicit and tacit representation and learning processes, the transformation of information into personal knowledge and the “history”, considered as a previous path, of the firm. We elsewhere described in detail all these aspects (Rizzello 1997 and Egidi-Rizzello 2004). Here it is enough to remember that routines are the memory of organizational and technological knowledge of organizations and institutions and determine their identity.

2.2. Custom. Custom is a continuous way of acting, operating and proceeding. It derives from habits, conducts, deep-rooted traditions that recur spontaneously, permeate action and are the result of the interaction between individuals. The set of these interactions conditions and directs the action of the preponderance of the subjects, which in turn slowly modifies them in a relationship of mutual influence.

First, consider habit. The predisposition to use in a repetitive way what already learned makes available mental energies to solve new problems, with obvious evolutionary advantages. In identical or similar contexts, we automatically employ successful action procedures which have been acquired through trial and error attempts or by imitation. As a species, we would have risked leaving the field open for the full automation of behaviour. The relational dimension, however, prevented it. Alongside habits, customs have arisen as well. They regulate the potential conflicts of different habits upstream, coordinating social relations in an orderly manner. If the nature of habits is mostly individual, that of customs is essentially collective. There is no doubt that the two mutually influence each other in onset and development. However, several habits are individual or at least restricted to a very small number of individuals (for example due to family or emotional ties), whereas, customs, to become such, must be “followed” by a very large number of people, hence their social nature.

Unlike the norm, which, once codified, crystallizes and precisely defines the sphere of its applications, custom assumes its autonomy with greater dimensions and extensions and also orders human relations. Custom does not necessarily precede the rule and extinguishes when the norm is applied. In fact, custom and norm can be very close linked since the norm can be codified “on the basis of custom”. This is the case, for example, of the dynamics that govern the relationship between formal and informal rules (i), which is one of the cornerstones of the Austrian school and Hayek’s (1963) in particular. At the same time, there are rules which are often introduced *ad hoc* and linked to contingent situations, with no clear direct evidence of derivation from customs (ii). In (i) we refer to rules of behaviour, which emerge spontaneously as result of individual action and, in the same way, are spontaneously selected because they are useful to the group, leading to social order. In (ii) we face with laws through which power is exercised with the goal of achieving specific political objectives by using coercive methods, which can have distorting effects on the social order. While understanding a close relationship between these two levels, in case (i) the exclusive reference to the idea that norm derives from custom seems inappropriate, not only for the existence of (ii), but above all because norm and custom are two dissimilar forms of social regulation, with different modalities and logics, even when closely related. In fact, custom presents not only greater flexibility than norm *tout court* but also carries out an action of “education”, information, and transmission of even tacit cultural “visions” which shape prevailing habits, preferences, and dominant moral attitudes.

Economic processes, as well as more generally social ones, are permeated by some customary aspects, considered as ordinary ways of behaving, thinking, and evaluating (Schlicht 2004). In the rare literature on this topic, custom is sometimes considered as an impediment to change and a slowdown in economic development, but at other times as an element that reduces transaction costs, with particular reference to the contractual constraints. Consider, for example, fiduciary relations, mutual cooperation or, more generally, the dense and complex system of relationships that we define “social capital” (Arrow 1972, Putnam 1994 and, more recently, Perrotta 2020, Ch. 8) and it is also typical of the relational dynamics in industrial districts (Becattini 1998). In an economic dimension in which the regulatory aspects are dominated by conventions, if everyone follows them, it is reasonable to comply. From the point of view of economic analysis, this entails obvious advantages in terms of simplifying the levels of uncertainty and forecasting expectations, leading to the particular equilibrium defined in game theory as “Nash equilibrium”.

Ekkehart Schlicht (1998) argues this happens because custom is an amalgam of habitual, emotional and cognitive elements which are not easily separable and simultaneously shape preferences, behaviours, and norms (p. 13). It derives from the fact that human mind has a natural propensity to prefer regularity and to spontaneously seek coherence between cognition, emotion and reason. This is largely related to the functioning of the mind, i.e. its ability to actively structure and order external stimuli, giving them meaning and order in a clear and coherent way.

Rules formation is therefore not a purely social process and customs are not a system of conventions. Their specific nature is based on the predisposition of the hu-

man mind to provide coherence and simplification to the largely tacit processes of knowledge construction and the “conservative strategies” of our mind which lead us to prefer coherence and conformity in behaviour (Schlicht 1998). This is also in full harmony with individuals’ risk aversion, imitative processes, and preference for cognitive coherence, as widely highlighted by experimental economics (Bardsley *et alii* 2009). It also emerges in the domain of cognitive economics, where the link between decision-making and social regulation, in contexts characterized by complexity and structural uncertainty, is illustrated in detail with direct reference to real limits and effective potential of our cognitive abilities (Rizzello 1997). Consistent with this approach, Schlicht’s contribution (1998, in part p. 3) convincingly highlights that, in order to understand nature, role, and dynamics of conventions, it is necessary to investigate the psycho-neurobiological micro foundations underlying our natural predisposition to clarity. In these terms, customs take on a more complete, pervasive, and robust role than any other factor in understanding social regulation since they represent “the primordial soup” from which economic and legal relations emerge. They do not singularly exhaust, but rather they coexist in a relationship of mutual influence. In the economic sphere, in particular, many activities cannot, do not want to, or must not be mediated by market and competition (Schlicht, 1988 p. 23). Norm-custom relationship is also not unidirectional, but one of reciprocal influence. In fact, the rules can also contribute to change customs. For example, anti-discrimination laws in the workplace can lead to easing forms of discrimination in wider social spheres. Customs can be both adaptive, in strengthening the existing ones, but also active in modifying them (Schlicht 2004), considering that repetition shapes the custom which in turn reinforces the tendency to further repetition. A path-dependent process, which is implicitly present in all dimensions illustrated so far (psycho-neurobiological, cognitive, individual, and social), then clearly emerges.

2.3 Path-dependence. In general, we can define path-dependence as a property of complex dynamic systems, according to which even small events in the past can later have relevant consequences. Decisions can only partially, or not modify at all, these events implying that situations of multiple or inefficient equilibria can arise.

In economics, since its introduction in the 1980s, path-dependence was extensively used in various fields such as economic history, economics of innovation, economic geography and, later, institutional economics and cognitive and experimental economics. However, different controversies have been arisen with reference to the examples supporting the thesis that small historical events tend to push the system towards irreversible suboptimal choices. Also, broad disputes over the validity of the proposed analysis, which appear as not being empirically proven, have been raised (Rizzello 2004). Here we do not intend to propose them again (please refer to Arthur 1994; Liebowitz and Margolis 1995; David 1997 and 2000). Our intent is rather to understand if routines and customs exhibit similarities and differences with path-dependence, what kind of relationship they have with it, and still evaluate how fruitful this can be for economic analysis.

By path-dependent processes we mean here the complex processes typical of human nature we find in the extended spheres of interpersonal relationships. In

addition to being easily discovered in many biological systems, these dynamics significantly characterize the complex psycho-neurobiological paths of acquisition of personal knowledge (Lotto 2017, Kandel 2018) and the interindividual interaction, going from simplest forms of communication up to articulated dimensions of organizations and institutions in a relationship of mutual evolutionary conditioning.

In this sense, path-dependence emerges as a pervasive and ineluctable dimension of human nature and therefore it is necessary in any kind of socio-economic analysis, obviously including those who are characterized by the nature, characteristics, and dynamics of customs. In economic field, attributing such a pervasive role to path-dependent processes has disruptive effects on some cornerstones of the mainstream approach. Among the most appropriate to the comparison with routines and customs, we mention two in particular:

- i) most economic phenomena are characterized by efficacy and not efficiency;
- ii) it is necessary to deeply reconsider the concept of individual free acting, as epistemic foundation of mainstream approach in economics.

With reference to i) we remember a_i) that the construction of personal knowledge is a karst path, implemented through trial and error, trying to give meaning to external stimuli by bringing them back to what is already “known” through tacit and supra-conscious mechanisms (Hayek 1952); b_i) search ends when we find a satisficing solution to the problem (by reaching our levels of aspiration) (Simon 1956 and 1959); c_i) that a_i) and b_i) are continuously influenced by external, natural, and social feedbacks in a relationship of mutual conditioning. Considered a_i) b_i) and c_i), it follows d_i) that interactive dimension is pervasive and constantly present in every single or collective learning process and any behavioural analysis carried out must always be considered “systemic”. Regularized epiphenomenal results of these interactions are e) norms of behaviour, conventions, customs, organizations and institutions. Like all dynamic systems (this is their nature), they are characterized by efficacy and not efficiency. The difference is between a redundant system, with excess resources and from which a satisfactory solution always emerges, and a system that uses (optimizes) the resources at its disposal in a “perfect” way, without any cost or effort higher than minimum necessary. A redundant and effective system is typical of real complex systems, while an efficient one can only be of simple systems or theoretical models. Finally, since a_i) and b_i) emerge from path-dependent dynamics and c_i) and d_i) follow path-dependent dynamics, e) must also be analysed in this perspective which is typical of non-linear complex systems.

As regards ii), a premise must be made: since the subject is enormously vast, we specify that we will deal with it only with reference to the micro-foundations of mainstream approach. In economics, free individual action is one of the essential prerequisites of standard models. Alongside the assumption of rational behaviour by economic agents, which complements it, free individual action is the prerequisite for achieving economic equilibrium. Consumer sovereignty and optimizing choices by producers plastically represent human action in a context of total freedom. The only constraint is, in the first case, disposable income and, in the second,

technology. Mere mechanics of prices condition individual choices and influence their outcomes, through the cybernetic action of market, which conveys relevant information towards a selective system of perfect rationality. It is evident that this model effectively cancels “free” individual action, reducing it to a simple instrument of a broader mechanism, which must converge towards a general economic equilibrium with successive approximation.

For over half a century, however, experimental economics convincingly highlighted that economic agents systematically violate the principles of rational behaviour predicted by mainstream models and recognized an active role (much more relevant than mere principle of rationality) for emotions, imitation, and, more generally, the context in which choices take place (Bardsley *et alii* 2009). However, the solidity of the general economic equilibrium model eventually derives by considering market as a cybernetic mechanism able to overcome the limits of economic agents. In other words, it is accepted that individuals have limitations that prevent them from consciously achieving optimization. Nonetheless, perfect rationality, which is not possessed by individuals, is ensured by the system, which by selection leads agents to act *as if* they were indeed perfectly rational (Friedman 1953). This mechanism works perfectly only if, in addition to other requisites, everyone acts freely in pursuing their own goals (self-interest) and the system is unbounded by regulatory and institutional constraints, other than those allowed for minimal State (*laissez faire*).

It is clear at this point that this “pan-rationalistic” dimension makes free individual action fictitious and completely subordinated to the continuous directing of the system towards the only behaviour deemed virtuous, the maximizing one. But, as the studies in the neuro-cognitive field amply demonstrate (Lotto 2017, Kandel 2018), if knowledge used by agents to decide and choose is the result of a complex process of active construction, with a significant role of previous experiences and a continuous comparison with external feedback, we find again that decision-making process is almost always aimed at efficacy and not efficiency.

More generally, outcome is not predictable because depends on the individual interpretation of external data and on the feedback with environment, which in turn will be characterized by the action of others who also act applying the same criteria. On closer examination, “conditioning” elements are all linked to dependence of individual path (knowledge acquired, previous experiences, education, professional profiles) as well as social and relational dimensions (institutional, cultural, religious contexts).

Therefore, free individual action is expressed in a condition of a_{ii}) structural uncertainty (indefinite outcome of individual choices conditioned by actions of others, not perfectly predictable because they are the result of complex processes of construction of personal knowledge) and within c_{ii}) a social order whose rules emerge from these spontaneous interaction processes. In turn, social rules play the dual role of b_{ii}) simplifying the scope in which subjects use their limited (with respect to the complexity of the system) assessment and decision-making skills and d_{ii}) standardizing, dynamically considering that they change over time, the rules of social behaviour. Once again, let us therefore note how e) (rules of behaviour, conventions, customs, organizations and institutions) are functional to real individual

free action, consistent with the cognitive, rational, and emotional actual capacities of economic subjects.

The pervasiveness of path-dependence as a unifying element of this complex process is evident. The process starts from the construction of personal knowledge and arrives to institutions. In summary we define as:

path dependent any dynamic process in which each subsequent step is influenced by previous path at a neurobiological, cognitive, gnoseological (a_i, a_{ii}, b_i, b_{ii}), and social level (c_i, c_{ii}, d_i, d_{ii}) in a relationship of mutual influence where (e) rules of behaviour, conventions, customs, organizations and institutions are the result of an unplanned and unpredictable outcome of the personal processes of acquiring knowledge and freely acting and, in turn, direct them towards a dynamic systemic order.

It seems evident that routines and customs have some elements in common, but also considerable differences. The former have an explicit purpose and are based on identical repetition, with very stringent and well-defined interactive levels. There is no doubt that they too have a path-dependent nature, especially of a_i, b_i, c_i type, because they are the result of decision-making processes based on previous knowledge and contain codified information. In the context of organizations and of firms, they represent their identity and are functional to their performance. It is therefore not surprising that the analysis of their role found wide room in economic literature and in the firm's one in particular. Furthermore, the fact that they have a certain "conservative" rigidity towards potential innovations, since they cannot normally be "updated" quickly, makes them compatible with the mechanistic model of mainstream economics.

On the other hand, the more indefinite, complex, broad, and flexible characteristics of customs, which, in addition to presenting all the aforementioned traits of path-dependence (a_i, b_i, c_i), are more suitable for understanding the dynamics of social regulation ($d_i, a_{ii}, b_{ii}, c_{ii}, d_{ii}$), make them a much richer and more interesting tool, which involves some crucial aspects of economic analysis.

3. Relevance for economic analysis

Conceiving custom as a path-dependent process has some significant consequences for economics. We consider the main ones in more detail in the following sections.

3.1 Custom and uncertainty. As it is well known, Frank Knight (1921) first explicitly pointed out the difference between risk and uncertainty in economics. Where it is possible to give a probabilistic degree to possible future events, we face situations characterized by calculable risk. However, when, on the other hand, it is not possible to prefigure future events even in probabilistic terms, we face situations characterized by uncertainty. It is interesting to remember that, despite the introduction of calculating risk dates back to Fibonacci, up until the mid-1700s

venture companies calculated risk “at a rough guess”, through verbal considerations and discussions which is, similar to what we now define heuristics (Sennett 1998, pp. 81-2). Regardless of current sophisticated risk calculation techniques, this aspect highlights how human nature typical tends to make approximate predictions about future events even when a probabilistic degree can be assigned. As already mentioned, however, when this is not possible we are in conditions of uncertainty.

This distinction represents a clear dividing line between mainstream and heterodox economics. The whole theoretical and conceptual apparatus of the neoclassical school developed models which were entirely based on the idea of calculating risk and whose evolution was homogenised accordingly (from expected utility theory to rational expectations, up to and including behavioural economics). The idea of incommensurability of probabilities is instead the common thread that characterizes the heterodox approach to cognitive economics from Keynes (see in particular Carabelli 2021) and thanks above all to Hayek’s contributions on the theory of knowledge and institutions, but also to Simon’s ones on procedural rationality and organizations, the economics of complexity, and a relevant part of experimental economics. Based on these considerations, it seems clear that the analysis of the role of custom in economics is placed in the second area, that of uncertainty.

The idea of considering custom only as a behavioural regularity (Antonides 2002), and bringing it to mere empirical market dynamics, does not capture the rich interaction between cognition, motivation, and action which results from human mind’s predisposition to clarity. Furthermore, in line with this view, the role of custom as a shaping force of behaviours would also be lost.

If this were not enough (and it is a decisive aspect), customs are not always compatible with rational behaviours aimed at the efficient achievement of ends, but rather emerge from our propensity for symmetry, coherence, analogy, and all those psychological tendencies, including emotions, collectively referred to as clarity (Schlicht, 2002). Even in art, in which human creativity is expressed at highest levels, the introduction of schemes to order chaos is functional to our need for regularity. Perspective, chiaroscuro, contour lines do not actually exist or exist in very unstable and mixed aggregate states. Artists utilized these visual conventions to direct the gaze and help us to give meaning to a complex multitude of stimuli (Gombrich, 1960). This predisposition, which we all have since birth, to expect and continually seek regularity (Jacob, 1977), also makes customs functional to make us act, often successfully, in conditions of uncertainty. Customs therefore reduce uncertainty thanks to their ability to make world appear orderly and understandable.

Finally, we must consider that uncertainty is a source of stress. As also emerging in experimental field, in a problematic situation, it is typical of human nature to find an answer, even negative, instead of tolerating multiple scenarios, although some of these may be far preferable. Imagine that we are unable to understand what is and what is not dangerous when we are evaluating a situation. Everything seems dangerous, stress increases, and a response becomes necessary. This response is typically of a narrative type and is not necessarily supported by scientific basis (de Berker *et alii* 2016).

In summary, in most limited situations characterized by risk, we can use probabilistic calculation tools. In most extensive conditions of uncertainty, on the other hand, we act, reducing it, thanks to the continuous process which, starting from cerebral circuits of the neuro-cortex (perception and representation), reaches customs. This happens almost as the technique of musical counterpoint is applied, with the “organic” internal and external forces working together in shaping rules of conduct in terms of clarity (Schlicht 1998).

3.2 Custom, decision, and free will. When we leave the domain of mainstream economics, abandoning the less significant situations characterized by risk to analyse the most relevant circumstances marked by uncertainty, a problem of great importance emerges. If economy does not work if based on an abstract rationality, with perfectly maximizing agents, it is necessary to explain in an alternative way how individual behaviour achieves economic goals. Joint combination between theory of knowledge and nature and role of institutions, in Hayek (1963), and procedural rationality, satisficing, and theory of organizations, in Simon (1976), represents a convincing solution, consistent with a dimension characterized by uncertainty (Rizzello 1997). Both scholars, however, base their theories on a common, crucial assumption concerning free individual action. By acting in conditions of procedural rationality, and on the basis of approximate knowledge of problematic situations faced, individuals provisionally acquire results requiring continuous verification. They are conditioned by it, at different levels, including organizational and institutional context in which they operate and in turn contribute to modifying it with their actions. Although the domain of application of individual decisions may be more or less extensive, the prerequisite is that they act freely, with the outcome of actions not entirely predictable.

What exactly do we mean when we talk about freedom of decision-making and action? Certainly, there is no space here to adequately address the eternal contrast between free will and determinism, which, as Trautteur argues (2020, p. 33), is a topic of constant interest in the history of humanity, probably since the beginning of conscious thinking. For the purposes of this paper, it is appropriate to focus on two aspects in particular. The first concerns the causal relationship between thought and action, whereas the second is related to the relationship between individual behaviour and predictability of collective dynamics. On the first point, Daniel Wegner (2003) questioned the direct relationship between conscious thought and action. Conscious desire for what we do leads us to believe that it is caused by consciousness. But accurate cognitive, social and neuropsychological studies “suggest that experiences of conscious will frequently depart from actual causal processes and so might not reflect direct perceptions of conscious thought causing action” (Wegner 2003, p. 65). In reality it would be a trick of the mind, which produces useful insights into the authorship of our gestures, but it is not the foundation of an explanatory system that is outside the paths of deterministic causality. Thinking that we are the ones to consciously decide, to implement a conduct, means that it is thought that generates it. However, according to Wegner, this would be an illusory perception, because when we become aware of wanting

to perform an action, brain has already decided to do it. In other words, we would not be faced with the cause of an action, but with a feeling of will that coexists with it. Despite brain generates both, mind devises the “trick” that leads us to infer that it is thought that causes action, while this feeling of will is indeed something that is added to the action and not its cause. Nevertheless, it is not entirely excluded that a causal relationship may exist. This is an issue that must be scientifically investigated in depth; however, we cannot establish that this is the case, simply because it appears so. Furthermore, the abandonment of the idea of a direct causal relationship would explain cases in which action and awareness of wanting to perform it do not coincide. This would support Libet’s experiments (2004) where awareness of wanting to carry out an action would come after neuronal process to carry it out has been triggered. Therefore, for Wegner, since mind gives us a representation of anticipation, we must not infer that it actually happens, but rather think that there may be some general relationship between thought and action, yet to be thoroughly investigated. Why would we have this illusion? What would it be useful for? Answer probably lies in the fact that, if total determinism of human actions was ascertained, this could lead to inconceivable effects on cultural, moral, ethical, social, and juridical levels (Trautteur 2020, p. 129).

Although it is widespread the idea that human behaviour is deterministically generated by a mix of psychoanalytic unconscious, cognitive unconscious, and brain processes that escape awareness, this is not shared by those who support the principle of intentional behaviour. Michel Gazzaniga (2012), for example, argues that in a very short time lag, measured in Libet’s experiments as the time between brain decision and awareness, subjects are able to veto and inhibit action, allowing us to choose. In truth, Libet himself (2004, Ch. 4) agrees with the idea that in that time lag of about 150 milliseconds, we can most likely exercise a veto and decide whether to do it or not.

List (2019), on the other hand, argues that seeking free will on a physical level, in neuro-cerebral processes, is a mistake, considering that is an emerging, higher-level phenomenon belonging to the field of psychology. Thought and intention are properties of mind, and not of brain, namely the “locus of physical processes”. Intentional acting and control over our actions belong instead on a different level than physical world, just like mind, culture, institutions, etc.

According to these points of view, physical determinism and psychological indeterminism could coexist and give life, in List’s words, to a sort of “compatibilist libertarianism” since any deterministic dimension at cerebral level would not compromise intentional action. Intentional action would rather develop at a different level, the psychic one, which is also, if not above all, relational. It would therefore be a matter of emergent properties, typical of complex systems, which cannot be reduced to properties of single components that constitute it (Gazzaniga 2012).

On the basis of this emerging picture, action would derive from the mix between the tacit, probably deterministic, dimension of neurocerebral dynamics – which is conscious and therefore intentional one of the property emerging at mental level – and relational dynamics that allow us to “adapt” our behaviours as ability to limit some impulses, with beneficial effects at social level. For Gazzaniga

(2012), in particular, emerging mental states, in turn, reconfigure the processes of brain activity through continuous feedback, in which the two dimensions mutually influence each other. As evidently emerges, this idea is consistent with Hayekian theory of construction of personal knowledge, both in the feedback between tacit and conscious neurobiological dimension, but also for the relevant and essential presence of relational nature.

Here we address the second aspect which concerns the relationship between individual behaviour and the predictability of collective dynamics. In a scenario of individual behaviour dominated by such extensive uncertainty, characterized by indeterminism and imperfect predictability of outcome of human action, how is it possible for a social order to emerge? Many answers have already been given to this question. In particular, for Hayek, this would happen thanks to the role of institutions.

However, what has emerged so far allows us to hypothesize that customs play a crucial role in determining social order as well (if not above all). This hypothesis is consistent with Austrian – and Hayekian in particular – tradition on nature, role, and dynamics of institutions. Also, if we consider source of customs from predisposition to clarity, typical of human nature, it has the advantage of being even more connected to the complex neurocognitive process described above. Practically, considering the social dimension, if individual conduct remains not entirely predictable, the trend of overall behaviour is not since it is regulated by custom. As happens in quantum physics, where the distribution of photons or electrons in the two slits experiment is, on the whole, predictable, while the movement of the single particle is not (Trautteur 2020, p. 59), customs can be considered as the predictable macro-event of individual unpredictable behaviours. World could also have a causal nature, but one can imagine that in “laws of nature” there are flaws that are not grasped at a macroscopic level, but that would be able “to reconcile uniqueness of evolution of world with the branches necessary for freedom” (Trautteur 2020, p. 75, *my transl.*).

Access to knowledge takes place by making two different paths converge: one is immediate direct experience, often fallacious; the other, which can last for centuries, is scientific and the result of disputes and deep discussions. The second path, before consolidating, is filtered through experiments, mediations, and arguments. It is often counter-intuitive and contrasts with direct perception (Trautteur 2020, pp. 106-7).

In the process towards knowledge, customs spontaneously bring individual and heterogeneous paths of construction of personal knowledge back to clarity, slowly incorporating “dissonant” scientific discoveries with direct perception in the progressive harmony of social order.

3.3 Custom and efficiency. In capitalist economy, efficiency denotes a state of perfection. On the production side, given the present technology, it defines the best possible configuration of available resources, to obtain the highest realizable profit, determining maximum gap between revenues and costs. On consumption side, efficiency is given by the ability of individuals to maximize their income, with the achievement of the highest possible level of utility. As for savings, efficiency is given by the perfect allocation of savings, in such a way that it guarantees the high-

est possible levels of returns. In labour market, this is reached when a wage level is determined such that demand equals supply. Overall, a system is in a condition of efficiency when in all markets a configuration of prices of goods is reached such that maximum profit is obtained. That is, when same price configuration similarly allows consumers to allocate their income perfectly, obtaining the highest possible utility, and when an interest rate level is reached, such that demand for capital from investors is equivalent to supply of private savings.

The one just described, in a very synthetic and simplified form, is the general economic equilibrium model, which has as prerequisites completeness of markets and free competition.

When we refer to efficiency in economics, we therefore describe a perfect, complete, and static configuration of the world, without waste of resources, disequilibria, or dominant positions. Whatever “perturbation” intervenes (new technologies, new markets, new products, etc.) to break that equilibrium, “left to itself” system is able to reach a new efficient configuration of general equilibrium, in a short time, thanks to free competition. The conception of economics based on efficiency is the result of the process of progressive distancing from other social sciences, to be configured as an “exact” science or “as a pure logic of choice”, in Hayek’s words (1937). But reality economics, in its orthodox version, is the only “science” to have persisted in a static world that of classical Newtonian physics, which was predominant at the end of the 19th century, when its principles were formulated.

In this moving away process, which sanctioned the transition from classical to neoclassical school, customs were also excluded from economists’ interest, suffering the same lot as morality, ethics, history, institutions, law, and politics, with the aim of transforming political economy into economics. John Stuart Mill, a decisive figure in understanding the shift towards the new paradigm of Marginalist school, was very clear about the fact that, for example, customs, like competition, regulated economic processes. But what he observed (we are in the mid-1800s) was, in his opinion, a legacy of tradition inexorably tending to a transformation that would take place in a short time (Mill, 1929 [1848], ch. 4). Economy would be coordinated by market competition alone, with gradual disappearance of any role for customs in economic sphere. Indeed, he added, only by referring exclusively to the principle of competition, economics can become science. The road of economics to efficiency was thus cleared.

Throughout last century and, surprisingly still today, we are witnessing enduring supremacy of this idea. Indeed, this vision has been further strengthened, with increasingly hegemonic belief that economic conditions ultimately control all human relations. Schumpeter (2003 [1943], in part. Ch. XI) also follows in Mill’s wake. In his opinion, customs limit economic development, when they predominated unchallenged in pre-capitalist phase. Modern civilization is due to their overcoming and the affirmation of capitalism, “the propelling force of the rationalization of human behaviour” (p. 125).

However, in the light of “heterodox” considerations carried out so far on uncertainty, rationality, knowledge, decision-making, etc., it seems clear that we cannot really explain economy by basing it on an abstract rationality, which outcomes in

the efficiency of markets. On the contrary, a much more adequate and rich, albeit approximate, but reasonable explanation of behaviour of economic agents can be provided, by referring to processes of perception and construction of personal knowledge (as previously illustrated) and to continuous, mutual influence with social dimension. In the latter, considering their characteristics described above, customs play a decisive role for the understanding of economic phenomena, at least in most realistic conditions characterized by efficacy.

Paradoxically, the role that Mill himself attributed to customs in favouring an orderly (but primitive and slowing) development of economic affairs, with “social sanctions” for who deviate from them (p. 237), now emerges as relevant to really understanding them in their complexity. The long path towards “modernity”, which in the opinion of Mill and Schumpeter (and in part also of Marshall, 1920 [1890] pp. 7 and 58) was represented by emancipation of competition from the friction of custom, revealed a fatal mistake, which contributed to impoverish economic investigation and led it on the asphyxiated tracks of a purely accounting discipline. Market economy is only one aspect of social complexity, intrinsically intertwined with other dimensions that are, if not more, at least as relevant.

Customs, on the other hand, have a more pervasive and extensive role and are not mere residues of tradition, destined to perish in the face of modernity of competition. Choosing to remain in the analytical field of efficiency has so far made possible to produce elegant interpretative models, but which configure a too simplified reality. If we overturn this conception, subordinating dynamics of competition and market to customs, interpretative scenarios are opened that are more suited to a social science of complexity such as economics.

4. New scenarios

As emerged in this paper, the recognition of the central role of customs allows us to explore economic phenomena more effectively, including uncertainty, free will, and complexity. The simultaneous presence of these factors explains nature and role of customs in social dynamics, including economic ones, with path-dependence holding them together. In this context, customs are functional to social order because they standardize unpredictable behaviours of individuals. The most relevant aspect that seems to emerge from this analysis is that norms of behaviour, which innervate customs, do not emerge and are selected only for their instrumental utility (utility for the group), as for Hayek (1982 p. 99). Also, if not above all, they respond to criteria of clarity towards which human mind is naturally disposed. Environmental complexity, *lato sensu*, drives us in seeking regularity, through learning, which evolved because it is faster than genetic adaptation and therefore more suited to a rapidly changing reality. We are actively looking for regularity in environment to use it (Schlicht 2021). This is the source of the tendency to order, which arises from our “spontaneous” preference for linearity, coherence, analogy, and clarity. This incessant and continuous process leads us to create interpretative models (construction of personal knowledge with path-dependent procedures) to

maintain them (trying to adapt “the new to the already known”, in path-dependent way) and to expand, or modify them, to achieve our levels of aspiration (efficacy of the action in path-dependent perspective). What drives us are mainly customs: macro result of composite individual actions tending to clarity and which, in turn, condition behaviour by bringing them back to it.

Market and competition dynamics do not escape this process, but take place within it. Obviously, like others of a political, moral, ethical, and religious nature, they contribute to changing customs. But those are the water that flows in the riverbed of these: levees direct course and are in turn more slowly modified (Schlicht 1998).

This mutual relationship of reciprocal conditioning is the key element that places us outside of any deterministic analysis, thanks to path-dependence, and which allows us to understand the considerable differences in social sphere, between micro and macro dimensions and their interactivity.

Similarly, but not exactly in the same modalities, to what happens in physics, where it is possible to have a good predictive capacity of the macro-phenomena ordering the unpredictable quantum micro-phenomena.

As described above, starting from complex psycho-neurocognitive processes of construction of personal knowledge, it is possible to identify this continuous feedback among the provisional meanings we give to stimuli coming from the environment, bringing them back to knowledge which has been previously acquired, and consolidate that in case of a successful outcome. In this “tacit” dimension we can already identify decisive elements for our ability to use free will, except that criteria driving our decisions are extremely more complex than mere “rational behaviour”.

If we really want to understand the dynamics underlying economic phenomena, it is essential to do this within a detailed analysis of weave of which they are interlaced and in which they are immersed: customs. It is misleading and unrealistic to have to assume that to understand economic phenomena we must always rationally orient ourselves to maximizing self-interest. By doing so, we eliminate from analysis the qualifying aspect of our nature which is the ability to be oneself only *together* with others, including emotions, morals, sense of justice, empathy, and creativity.

Instead, considering customs as a spontaneous macro result of human mind’s tendency to clarity, including all their dimensions, it seems to us that it opens an extremely interesting scenario for economic analysis, especially if considered in a path-dependent way.

5. Concluding remarks

This paper aimed to explore the role of customs in economics, highlight the link with path-dependence, and evaluate the implications for economic analysis. In general, customs have found little attention among economists. In classical authors, in particular Mill and Schumpeter, the rather negative idea of custom prevailed as an impediment to capitalist progress, or, for Marshall, as an inertial force that, at best, belatedly adapts to the new. Market and competition, on the other

hand, represent forces that act in opposition to the yoke of custom. Their progressive affirmation would have untangled economic development towards progress.

Mill, in particular, went beyond. He argued that, if economics claims to become science, scholars must direct their attention to the study of competition dynamics, leaving aside customs. This represents a crucial aspect in the progressive abandonment of economics from its social science dimension. Removing the intertwining of economic phenomena and political, moral, philosophical, legal, and institutional spheres from interest of economists has reduced economics to a “pure logic of choice”, compatible with a dimension characterized by the ability to give probabilistic weight to realization of future events in terms of risk. This severely limited any analytical capacity in conditions of uncertainty.

Furthermore, considering customs and competition in dichotomous opposition relegated the relevance of the former as functional to social coordination, in pre-capitalist phases, or predominant in rural areas or in small communities where, compared to larger ones, competition tends to be successful. This contrast is too trenchant and, as argued, does not allow us to understand the significant influence of customs on economic phenomena.

Referring to more recent contributions offered by cognitive economics, from the literature on path-dependence (as argued in 2.3) and, remarkably, from the studies of Ekkehart Schlicht, a more varied picture emerges, opening up interesting scenarios, which we have partly explored.

A first important aspect concerns the neurobiological origin of customs, connected to the spontaneous tendency to clarity of human beings. Their intrinsic social nature is connected in a complementary way. Particularly, they differ from habit, a dimension which is mainly individual, or restricted to a limited number of people, while custom have essentially a collective dimension.

A second aspect concerns the difference between routine and customs. We especially explored this part relation with the wider attention received in economic literature by the former, as compared to the latter. It emerged that, despite having common traits such as presence of path-dependence, which can be traced in the process of creating knowledge, they also differ in relevant ways. In organizations, routines are codified as knowledge and are explicitly aimed at achieving specific performances. Customs have a broader, more flexible dimension and permeate a wider spectrum of social relations, including economic ones.

This introduces the third important aspect: the full compatibility of customs in situations characterized by uncertainty. Indefinite outcome of individual decisions, linked to incomplete predictability of individual behaviour, is brought back to an “orderly” dimension thanks to the role of customs. This does not mean that a causal or deterministic dimension is determined at macro level, but simply that these “forces” act spontaneously in directing overall behaviours in terms of clarity. Nor does it mean that, thanks to the presence of customs, we may be able to perfectly predict future outcomes, because the relationship between individual actions and ordered collective outcomes is dynamic and mutually influencing. In fact, the former contribute to slowly modify the latter as well. The fundamental difference lies in the fact that individual decisions are more unpredictable, also thanks to free will. On the other

hand, customs change, generally but not always, more slowly, thanks to a gradual modelling process that individual actions determine. Individual decisions, in turn, are conditioned by customary channel in which they take place.

The *fil rouge* around which this complex relationship is woven, which goes from neuro-cognitive dimension of perception to social order, is the “tendency to clarity in a path-dependent way”, typical of human mind in aligning emotions, beliefs, and behaviours. Customs are at the same time most manifest and most latent phenomenon. Manifest, because they are easily recognizable in collective behaviours, latent because they unconsciously condition us in our actions.

Thinking that economic phenomena could be exempt from them, or that they would be released from them, adapting only to competition is an unrealistic and anachronistic idea. Schlicht (1998), in particular, indicated in property, law, business, and market the main areas in which economic analysis can benefit from a correct consideration of the role of customs. Here, through a greater focus on micro-foundations, uncertainty, decision, and efficiency were also indicated as relevant, and it was highlighted how path-dependence is constantly present. In our opinion, this last aspect gives further coherence to Schlicht’s ideas.

Looking forward, it would also be desirable to study in depth the role customs play in keeping few situations of privilege inaccessible (perhaps by profitably referring to the part of Mill’s thought (1929 [1848], p. 247) which clearly glimpses these distortions). In this way, we could provide ourselves with further tools to understand capitalist system failure in containing growing inequalities and how to contribute more effectively to drastically reduce pernicious effects on the ecosystem of present economic development.

Similarly, it is interesting to investigate what kind of influence customs have on expectations, how they condition them and how they are in turn conditioned. In this paper, some issues have been addressed such as perception, construction of personal knowledge, habit, routine, decision, convenience to adapt to the behaviour of the majority, etc. In this way, conducting a specific analysis also on the relationship between expectations and custom could give profitable results.

In short, this approach proposes that economists take into due consideration the intertwining between theoretical analysis and empirical investigation, also in order to evaluate “real” forecasts and effects of economic policies. If for long time economics shied away from empirical investigation, taking refuge in more comfortable and elegant formal dimension of its models, recent award of the Nobel Prize to David Card, Joshua Angrist and Guido Imbens (and before that also to others) seems to show a turning point, thanks to full recognize the relevance of empirical methods for a correct understanding of economic phenomena. In this direction, a serious consideration of role of customs can give fruitful results.

Last but not least, try to study in depth nature dynamics and role of customs, in a comparative and *endogenous* way to capitalist development, as well as providing us with new and more adequate tools of analysis for a more effective understanding of the profound transformations taking place in contemporary capitalist system and its future perspectives. This can be fundamental to bring economy *wholly* back to the most profitable field of social sciences.

References

- Antonides, G., (2002), "Economic-Psychological Reflections on *Custom in the Economy*", *The American Journal of Economics and Sociology*, vol: 61/2 pp. 539-545.
- Arrow, K.J., (1972), "Gifts and exchanges", *Philosophy and Public Affairs* 1 (4): 343-362.
- Arthur, B., (1994), *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Bardsley N., Cubitt R., Loomes G., Moffatt P., Starmer C., and Sugden R. (2009), *Experimental Economics: Rethinking the Rules*, Princeton (N.J.): Princeton University Press.
- Beccattini, G., (1998), *Distretti industriali e made in Italy. Le basi socioculturali del nostro sviluppo economico*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Carabelli, A., (2021), *Keynes on uncertainty and tragic happiness. Complexity and expectations*, London: Palgrave MacMillan.
- David, P., (1997), "Path Dependence and the Quest for Historical Economics: One More Chorus of Ballad of QWERTY", *Discussion Papers in Economic and Social History*, Number 20, University of Oxford.
- David, P., (2000), "Path Dependence, Its Critics and the Quest for 'Historical Economics'." Working paper, All Souls College, Oxford University.
- De Berker. *et al.* (2016), "Computations of uncertainty mediate acute stress responses in humans", *Nat Commun* 7, 10996, <https://doi.org/10.1038/ncomms10996>
- Friedman, M., (1953), *Essays in Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press.
- Egidi, M. and Rizzello, S., (2004), *Cognitive Economics*, vol. I and II, Cheltenham: E. Elgar.
- Gazzaniga, M., (2012), *Who's in Charge? Free Will and the Sciences of the Brain*, New York: Harper Collins Publishers.
- Gombrich, E.H., (1960), *Art and illusion. A Study in the Psychology of Pictorial Representation*, New York: Pantheon Books.
- Hayek, F.A., (1937), "Economics and Knowledge", *Economica*, n.s. IV (13): 96-105.
- Hayek, F.A., (1952), *The Sensory Order. An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. A. (1963), "Rules, Perception and Intelligibility", *Proceedings of the British Academy*, XLVIII: 321-344.
- Hayek, F.A., (1982), *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, London: Routledge.
- Jacob, F., (1977), "Evolution and Tinkering", *Science*, Vol 196, Issue 4295, pp. 1161-6.
- Kandel, E., (2018), *The Disordered Mind. What Unusual Brains Tell Us About Ourselves*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Knight, F., (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston & New York: Houghton Mifflin Company.
- Liebowitz, S.J., and Margolis S.E., (1995), "Path Dependence, Lock-In, and History", *Journal of Law, Economics, and Organization* 11: 204-26.
- Libet, B., (2004), *Mind and Time: The Temporal Factor in Consciousness*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- List, F., (2019), *Why Free Will is Real*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Lotto, B., (2017), *Deviate. The Science of Seeing Differently*, Tintern (UK): Stella & Rose's Book.
- Maki, U., and Moss, L., (2002) (eds.), "Symposium on Ekkehart Schlicht's On Custom in the Economy (Oxford: Clarendon Press, 1998)", *The American Journal of Economics and Sociology*, vol: 61/2 pp.: 503 -595
- March, J.G. and Simon, H.A., (1958), *Organizations*, New York: John Wiley and Sons.

- Marshall, A., (1920 [1890]), *Principles of Economics*, 8th. Ed., London: MacMillan.
- Mill, J.S., (1929) [1848], *Principles of Political Economy with Some of Their Application to Social Philosophy*, London – New York – Toronto: Longmans, Green and Co.
- Nelson R.R. and Winter, S.G., (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Newell, A., and Simon, H. (1972), *Human Problem Solving*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, Inc.
- Perrotta, C., (2020), *Is Capitalism Still Progressive? A Historical Approach*, London: Palgrave Macmillan.
- Putnam, R., (1994), *Making Democracy Work. Civic Tradition in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press.
- Rizzello, S., (2004), “Knowledge as Path-dependence Process”, *Journal of Bioeconomics*, 6: 255-274.
- Rizzello, S., (1997), *L'economia della mente*, Roma-Bari: Laterza; Eng. transl. (1999) *The Economics of the Mind*, Cheltenham: E. Elgar.
- Schlicht, E., (1998), *On Custom in Economy*, Oxford: Clarendon Press.
- Schlicht, E., (2001), “Aestheticism in the Theory of Custom”, *Munich Discussion Paper*, 2001-2, Munich: Department of Economics University of Munich.
- Schlicht, E. (2002), “Reflections and Diffractions: Schlicht Replies to His Critics”, in *The American Journal of Economics and Sociology*, vol: 61/2, pp. 571-594.
- Schlicht E. (2004), “Custom”, in J. Mokyr (ed.) *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Oxford: Oxford University Press.
- Schlicht E., (2021), “Patterned Variation: The Role of Psychological Dispositions in Social and Institutional Evolution”, *Munich Discussion Paper No. 2021-1*, Munich: Department of Economics University of Munich.
- Schumpeter, J., (1934) [1911], *The Theory of Economic Development*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Schumpeter, J., (2003) [1943], *Capitalism, Socialism and Democracy*, London New York: Routledge.
- Sennet, R., (1998), *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in New Capitalism*, New York and London: Norton & Company.
- Simon, H.A., (1947), *The Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, New York: The MacMillan Company.
- Simon, H.A., (1956), “Rational choice and the structure of the environment”, *Psychological Review*, 63(2), 129–138.
- Simon, H.A., (1959), Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science, *The American Economic Review*, 49 (3), pp. 253-283.
- Simon, H.A., (1976), “From Substantive to Procedural Rationality”, in Spiro Latsis (ed.) (1976) *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge, (MA.): Cambridge University Press.
- Trautteur, G., (2020), *Il prigioniero libero*, Milano: Adelphi.
- Wegner D., (2003), “The mind’s best trick: how we experience conscious will”, *TRENDS in Cognitive Sciences*, Vol.7 No. 2

Mario Ricca

Con-sue-tudine/Cognitudine.

*L'“appropriatezza” (Suum) come criterio di pertinenza
assiologico/semantica delle norme giuridiche*

Consideration of the meaning of regulation
by an underlying and pervasive quality
is the theme of this article.
(John Dewey, *Qualitative Thought*, 1931)

1. Prologo

Per iniziare, anzi prima di iniziare, vorrei tratteggiare per il lettore, in un linguaggio il più possibile sintetico, il mio *sguardo* sulla consuetudine, vale a dire come mi sembra di poterla cogliere nel suo complesso, quale fenomeno sociale. Opererò questa digressione preliminare prima di scomporre analiticamente la consuetudine in termini definiti – compito che mentre scrivo ho necessariamente già provato ad assolvere – in modo da restituire a chi legge il percorso che mi ha condotto a delineare la chiave interpretativa qui proposta.¹

La consuetudine – per descriverla in modo elementare – appare a me come qualcosa, meglio come un fenomeno, che avviene e non cessa di avvenire. In questo senso, anche a me stesso può accadere e accade di esservi partecipe, cioè di esserne agente coinvolto. Non si tratta di qualcosa che stia al di fuori del soggetto e del suo agire. Essa può avere differenti caratteristiche e proiezioni di significato, così come molteplici ambiti di esplicazione. Tra questi, vi è quello della sua pertinenza al campo giuridico, al suo universo di discorso. La consuetudine è giuridica nel senso che produce diritto. Produrre diritto, tuttavia, è un fenomeno, un evento anch'esso. Del resto, anche del diritto e della giuridicità in generale può dirsi che sono fenomeni che avvengono, situazioni che prendono forma e si dispiegano attraverso l'esperienza. L'essere caratterizzato – meglio, denotato – dalla giuridicità è qualcosa che avviene coinvolgendo il soggetto, le sue disposizioni pro-attive. Ciò non ne fa, quantomeno nella mia prospettiva, un 'fatto sociale' o un 'fatto norma-

1 In questo saggio, anche per ragioni di spazio, ridurrò i riferimenti bibliografici all'essenziale in linea con l'intento di proporre un percorso argomentativo ispirato alla dinamica della riflessività piuttosto che orientato a obiettivi analitico-ricostruttivi su un tema così ampiamente trattato come la consuetudine.

tivo', nel senso in cui ordinariamente si intende questa espressione. Intendo dire che gli elementi 'consuetudine' e 'giuridica' non sono distinguibili o indipendenti dalla soggettività ma costituiscono, invece, un'unità dinamica.² Quando considerati come 'fatti oggettivi' distinti dall'azione dei soggetti, entrambi non sono altro che astrazioni da una situazione complessa articolata, appunto, in relazioni dinamiche e reciprocamente modellanti sia i soggetti, sia il loro ambiente sociale. La giuridicità (sia della consuetudine sia, a mio modo di vedere, delle fonti attizie), se intesa come fenomeno, non sta di fronte al soggetto, cioè all'esterno di esso; né, simmetricamente, esaurisce il proprio significato nel qualificare dal di fuori, come qualcosa di già formato e indipendente nella sua funzione predicativa, l'agire di quel medesimo soggetto. Questa visione predicativa, nella misura in cui presuppone cioè la distinzione tra la norma e il soggetto o il suo agire, appare basata sulla tradizionale distinzione tra dover-essere ed essere (ancorché racchiusa nei circuiti della soggettività). Proprio per questa ragione, essa oscura il momento inter-attivo ed enattivamente (cioè, processivamente) connesso all'esperienza della giuridicità. Al contrario, essa coglie e si focalizza sul risultato, la giuridicità, assumendolo come un dato. In questo modo, tuttavia, finisce per avvolgersi, a mio giudizio, in una sorta di inversione paralogica.³ Ciò accade perché la visione predicativa lascia in ombra la circostanza che il dover-essere riepiloga qualcosa che comunque *avviene*; che è anch'esso epitome di un processo che riguarda il porsi pro-attivo e programmante ma emerge da una dinamica di adattamento in atto del soggetto umano posto di fronte al mondo dell'esperienza e, quindi, anche ai suoi simili e a se stesso. Un mondo di 'fatti' che, nello stesso momento in cui è percepito, riepiloga in sé un'interazione teleologico/intenzionale, il cui significato coincide con la selezione e il trascoglimento assiologicamente e teleologicamente orientato di alcune relazioni rispetto ad altre pur presenti nel paesaggio complessivo di ciò che avviene al di fuori del soggetto e, simultaneamente, *mediante* il soggetto. In breve, la distinzione tra essere e dover-essere, tra intenzione e comportamento, tra fine ed elementi di fatto, tra soggetto e oggetto, trascura del tutto la loro costitutiva e processiva relazionalità. Una relazionalità che nella consuetudine e nel suo continuo farsi e disfarsi tollera solo parziali e contingenti cesure, astrazioni ontologizzanti, reificazioni degli elementi dell'intero processo che ne accompagna la dinamica coinvolgendo co-costitutivamente soggetto e oggetto, mente e mondo, intenzione e azione, fatto e norma.

Allo stesso modo, e con riferimento precipuo alla consuetudine giuridica, distinguere i due elementi del 'comportamento colto nella sua materialità' e *dell'opinio iuris seu necessitatis* all'interno della struttura consuetudinaria non deve far perdere di vista la circostanza che la consuetudine stessa *avviene* non come fatto esterno ma come azione, a sua volta frutto dell'interazione caratterizzata intenzionalmente e teleologicamente tra il soggetto e il suo ambiente sociale ed extra-sociale. Un'interazione costituita, anche in questo caso, da una rete di relazioni, molte

2 Riguardo la dinamica soggetto/oggetto rinvio alla prospettiva enattivista. In proposito, cfr. Di Paolo 2021: 783 ss.; Di Paolo and De Jaegher 2022: 241 ss.; J. Dewey 1949.

3 Dewey 1931: 93 ss.

delle quali implicite ma non per questo meno ‘attive’ nel determinare il significato del comportamento consuetudinario. Interazioni, esplicite e implicite, che tutte insieme generano la situazione definita ‘consuetudine’.

Quanto appena espresso proverò a proporlo, tentando di farne dispiegare le implicazioni di significato, da una molteplicità di prospettive presentate in sequenza. Ad ogni occasione, tenterò di riproporre questo preliminare nucleo interpretativo come una sorta di possibile ‘ulteriore inizio di un percorso’. Tutto ciò nella speranza di riuscire a esplicitare il significato del mio sguardo sulla consuetudine attraverso il confronto critico con approcci diversi o differenti determinazioni elaborate dall’esperienza giuridica e dai suoi studiosi rispetto al fenomeno e/o categoria in esame.

2. Primo inizio/percorso. Il soggetto dentro il fatto

La dottrina giuridica conferisce alla consuetudine un carattere di oggettività. Questo carattere è considerato coestensivo con la giuridicità di essa, cioè con la sua capacità di generare obblighi che si impongono agli individui come eteronomi e, quindi, indipendenti dalla loro volontà (contingente). Di conseguenza, perché questa obbligatorietà si *accenda*, è sufficiente che la consuetudine, o quel che è rappresentato attraverso questo termine, sia caratterizzata dalla ripetitività (*diuturnitas*), da una *relativa* generalità concernente sia la condotta materiale sia l’opinione della sua obbligatorietà e/o necessità.⁴ Secondo lo schema tradizionale, quando questi requisiti ricorrono, la consuetudine si impone ai soggetti che si trovino nelle *situazioni* incluse nello schema di comportamento da essa configurato. La giuridicità e il darsi oggettivo della consuetudine come qualcosa di già costituito in modo (relativamente) definitivo sono considerati come due facce della stessa medaglia. Il soggetto giuridico, in quanto *giuridico*, è appunto *as-soggettato* alla consuetudine. Di nuovo, quindi, la giuridicità della consuetudine è intesa come una sorta di scissione tra il soggetto agente, che concorre a formarla, e il soggetto passivo, destinatario degli obblighi che essa prescrive. Senza questa scissione sembrerebbe non potervi essere giuridicità. Senza una cesura temporale – declinata anche in senso logico-cronologico – tra la genesi della consuetudine e la compiutezza della sua *forma normativa*, assunta come pre-requisito della sua vincolatività, il sostantivo ‘consuetudine’ non sembrerebbe potersi accoppiare all’aggettivo ‘giuridica’. Questo almeno secondo la maggior parte delle interpretazioni e ricostruzioni correnti.

Eppure, il giudizio sulla consuetudine è sempre riflessivo. Accertare una consuetudine è un’operazione che coinvolge sempre un giudizio sul soggetto sociale che la pone in essere. Chiunque sia colui che accerta, nell’atto stesso di accertare esprimerà un giudizio su di sé in quanto parte della stessa comunità che ha generato la consuetudine. La riflessività di questa operazione fa sì che il soggetto faccia parte del fatto da accertare. E poiché il fatto da accertare include sia un comportamento sia il giudizio su questo comportamento – circostanza inevitabile ogniqua-

4 Per queste determinazioni preliminari e definitorie rinvio al classico di Bobbio 2010: 53 ss.

volta si considerino condotte umane – il soggetto accertante è oggetto dell'attività di accertamento e si modificherà inevitabilmente attraverso essa. Il 'darsi oggettivo' della consuetudine, e cioè come qualcosa di già esistente e perciò frutto del passato, sarà inevitabilmente una conseguenza del presente, e quindi del futuro di quel passato assunto come generatore di giuridicità. In altre parole, il giudizio di accertamento, in quanto indissociabile dalla determinazione del significato e quindi dall'interpretazione della consuetudine come segno, avrà inevitabilmente un coefficiente di costitutività. In tutto questo vi è una circolarità che priva di senso l'asserzione secondo la quale la fonte della giuridicità della consuetudine non sarebbe altro se non la decisione dei giudici: la decisione con la quale essi accertano – ma in realtà stabilirebbero – che la consuetudine esiste. A *sventare* questa circolarità non è sufficiente asserire che il giudice svolge una funzione differente dal cittadino che *crede*, o non *crede*, nella consuetudine di cui di volta in volta si discute. Stabilire se un comportamento si reiteri richiede prima di tutto che si determini di quale comportamento si sta discutendo. L'apparenza morfologica dell'azione di alcuni soggetti – come preciserò ulteriormente tra breve – non è sufficiente a stabilire né l'effettiva reiterazione, né se la reiterazione è posta in essere perché ritenuta obbligatoria. Affinché possa determinarsi se un comportamento è appartenente alla stessa categoria di azioni costitutiva della consuetudine non basta accertare la ricorrenza di qualche caratteristica esteriore. L'analogia tra i comportamenti non è un dato ma il risultato di un giudizio. Ciò pone un quesito. Qual è il criterio per l'articolazione del giudizio di similarità?

Molte azioni esteriormente simili, meglio ancora molti frammenti di azione, hanno significati totalmente differenti perché sono connessi a contesti, cioè a reti o paesaggi semiotici, diversi. Il significato di quel che è morfologicamente e sensitivamente percepibile, persino limitando il giudizio alle c.d. proprietà primarie, dipende dalla cornice implicita di esso e nella quale esso è collocato dal giudizio umano. Quest'elemento di normatività, che si proietta sulla dimensione empirico-fenomenica e quindi su quella comportamentale, precede il 'sentimento' di obbligatorietà o necessità connesso al suo significato. Ciò nondimeno esso interagisce con l'obbligatorietà, e quindi con l'accertamento della ricorrenza del requisito c.d. soggettivo della consuetudine, ancorché assunto come 'fatto sociale', cioè una credenza socialmente diffusa. Cosa significa ciò che si crede sia obbligatorio, in questo caso il suo sostrato comportamentale colto nella sua dimensione morfologica, e il credere che sia obbligatorio sono due momenti dell'esperienza difficilmente dissociabili. Eppure, è esattamente quel che fa la dottrina giuridica di matrice positivista quando si impegna nella determinazione della *giuridicità* della consuetudine, che è poi l'accertamento della sua esistenza – circostanza che, tra l'altro, fa apparire il giudizio di accertamento sviluppato in una sorta di circuito tautologico. Conseguenza, questa, per alcuni versi inevitabile, dal momento che la distinzione tra i termini 'consuetudine' e 'giuridica' è falsa nella misura in cui presuppone qualcosa, la 'consuetudine giuridica' che è frutto della fusione, della interpenetrazione esistenziale ed esperienziale di questi due elementi. In fondo, è esattamente questo il motivo del ricorrente interesse per la consuetudine benché il diritto positivo di fonte attizia e la sua pervasiva diffusione abbiano sostanzialmente privato di rilevanza pratica – o almeno, visibile ed esplici-

ta – il fenomeno consuetudinario. Viceversa, ritengo che interrogarsi su cosa sia la consuetudine equivalga a formulare la primitiva domanda su cosa sia la giuridicità. Simmetricamente, scandagliare il significato e la fenomenica della ‘giuridicità’ nella sua consistenza di ‘fenomeno sociale o comunque connesso alla dinamica del sociale’ si risolve, per una via o per l’altra, nell’innescare un’indagine sulla consuetudine, cioè sul diventare ‘giuridico’ di *qualcosa* – qualunque cosa esso sia.

È vero, esistono – perché il linguaggio ne articola la categorizzazione – molteplici tipi di consuetudine. Tuttavia, la proposizione ‘quella consuetudine è giuridica’ include un’unità esperienziale che funge da presupposto rispetto all’accertamento del ricorrere sia dell’esistenza di ciascuno dei due termini che la compongono, sia della plausibilità del loro interpenetrarsi all’interno di un determinato fenomeno, di una determinata cornice dell’esperienza. Momento soggettivo e momento oggettivo di quell’esperienza sono già fusi nel criterio, nello sguardo, nella prospettiva in base alla quale si accerterà se vi è consuetudine, se vi è iterazione di un determinato comportamento, se vi è continuità nel manifestarsi sociale della credenza che esso sia obbligatorio o necessario. Questa interpenetrazione preventiva esiste, peraltro, anche nella domanda circa la giuridicità del fenomeno consuetudinario in sé: vale a dire, nel porsi la domanda ‘la consuetudine è giuridica?’

Qual è il criterio in base al quale la mente dell’osservatore o di chi è chiamato a rispondere alla domanda circa la ‘giuridicità della consuetudine’, dovrebbe accoppiare elementi/termini che vivono di vita propria? Detto in altri termini: se all’interno di un contesto culturale qualcuno giunge a domandarsi ‘la consuetudine è giuridica?’, nel semplice porsi la domanda non ha egli già unificato due termini tra loro indipendenti? Così, anche quando si giungesse a escludere che la consuetudine sia ‘giuridica’, cioè abbia a che fare con il diritto, questa esclusione si articolerebbe comunque sullo sfondo di un’interpenetrazione o interazione tra i due elementi chiamati in causa che avrà operato già come pre-condizione per l’articolazione dell’accertamento. Senza la postulazione della relazione di coimplicazione tra consuetudine e giuridicità, concepita più o meno consapevolmente come unità, non sarebbe possibile né porsi la domanda, né determinarne la risposta, anche quando questa risultasse in ultima istanza negativa. Senonché la postulazione di quella interpenetrazione è un elemento dell’esperienza culturale nella quale gli attori sociali sono già coinvolti. E questo coinvolgimento accompagnerà sempre e comunque la determinazione della risposta circa la giuridicità della consuetudine sia sotto il profilo generale; sia sotto il profilo particolare, concernente, cioè, la giuridicità di una singola, specifica consuetudine.

Comprendo che il discorso svolto sin qui possa apparire un po’ misterioso e oscuro. Per esplicitarlo, proverò a servirmi di un argomento iperbolico. A tal fine, chiedo al lettore di considerare il seguente quesito: ‘l’asino è piovoso?’ Immagino che la reazione immediata di chiunque abbia letto la domanda possa essere espressa dall’espressione italiana – cognitivamente formidabile e colma di implicazioni epistemologiche – ‘che c’entra?’. Esattamente, che c’entra l’asino con l’aggettivo ‘piovoso’? La questione è che ogni copula ‘x è a’ dotata di potere predicativo e declinata in chiave rappresentazionale o descrittiva, cioè come corrispondente a uno *stato possibile dei fatti*, presuppone che i termini della proposizione siano già

stati connessi, in quanto segni, dalla mente umana e dal suo interfacciarsi con l'esperienza – sia questa attuale o potenziale. A quel punto, l'interpenetrazione tra x e a già è avvenuta, la loro unificazione è già un fenomeno, soggettivo e oggettivo insieme, mentale ed esperienziale allo stesso tempo. Anche se intesi come *segni*, e proprio perché *segni*, x e a sono oggetti del mondo reale, e reale è la loro connessione posta alla base della copula e della eventuale, ulteriore valutazione circa la sua attendibilità. A partire da questa interpenetrazione, questa pre-esistente unità, si potrà anche diversificare il giudizio, si potranno distinguere i termini, focalizzare l'attenzione su alcuni di essi, selezionare quello più saliente nel rappresentare l'intera cornice semiotica o situazione soggiacente all'oggetto dell'indagine conoscitiva. La pre-connessione tra gli elementi della copula, che è stabilita mediante un giudizio creativo, qualitativo, implicitamente/inconsapevolmente sintetico, quindi anche estetico, è indispensabile a qualsiasi attività razionale e a qualsiasi articolazione di essa in termini proposizionali. Senza quella pre-connessione ogni copula produrrebbe la reazione quasi istintiva conseguente alla mia domanda di poco sopra: 'l'asino è piovoso?'. Una reazione che, a ben vedere, consiste nell'esito di una reazione del contenuto della proposizione sulla stessa forma o struttura morfologica della proposizione, che appare come una proposizione priva di predicatività, cioè una pseudo-proposizione. Circostanza, questa, che mette in evidenza il carattere 'normativo' o 'estetico-qualitativo' delle proposizioni descrittive o rappresentative. Su questo profilo tornerò, comunque, più avanti.

Per riassumere. Domandarsi se la consuetudine (come categoria) sia giuridica, o anche se una specifica consuetudine sia giuridica, presuppone un'interpenetrazione tra i due termini già operata a livello culturale/esperienziale. Di questa interpenetrazione è parte chiunque, anche il giudice, il quale è attore dello stesso contesto culturale composto dai soggetti agenti che hanno, o avrebbero, generato la consuetudine che il giudice è chiamato 'plausibilmente' ad accertare e applicare o non applicare nella formulazione della sua decisione. Questa prima sezione della mia indagine sembrerebbe condurre a concludere che la distinzione tra elementi oggettivi e elementi soggettivi, tra comportamento e credenza, all'interno consuetudine sia soltanto succedanea alla loro pre-esistente coimplicazione. Ciò pone, però, una questione cruciale. Come accennavo più sopra, secondo l'approccio dottrinale più diffuso – che è anche di matrice positivistica – la consuetudine, per essere giuridica, deve essere accertabile oggettivamente, quindi darsi come sottratta alla relazione generativa tra soggetto e oggetto, tra agente ed esperienza. Interlocutoriamente si ammetta pure che sia così. A partire da questo assunto – se ritenuto plausibile – prendono forma due quesiti. Qual è, secondo quanto osservato fin qui, il ruolo, la *voce* del momento soggettivo, pro-attivo, che opera nel formulare la domanda stessa 'la consuetudine è giuridica?' o 'questa consuetudine è giuridica?' in ogni contesto di esperienza o in ogni circuito culturale? Quale il suo peso, la sua rilevanza, nel determinare l'unità esperienziale – quindi insieme mentale ed empirica – sulla quale non può evitare di basarsi qualsiasi proposizione predicativa diretta a determinare se la consuetudine oggettivamente esista e, quindi, se essa si ponga in modo eteronomo rispetto sia alla volontà, sia alla facoltà di giudizio di un singolo individuo?

3. Secondo inizio/percorso. Abito e significato.

Qual è il contenuto della consuetudine? La domanda potrebbe apparire banale ma sgorga dalla necessità di chiarire se l'atteggiamento definitorio ponga limiti alla comprensione del fenomeno. Nel descrivere la consuetudine è atteggiamento comune dire che essa consiste nella reiterazione di un comportamento e nell'opinione che tale reiterazione sia considerata obbligatoria o necessaria dalla generalità dei soggetti di diritto o, più descrittivamente, dagli appartenenti a un gruppo sociale. A dispetto dell'apparente evidenza e chiarezza delle proposizioni definitorie appena presentate, esse pongono tuttavia alcuni quesiti non eludibili. 'Reiterazione' di che cosa e 'opinione' riguardo che cosa? Un comportamento – parrebbe la risposta immediata. Che cos'è, però, un comportamento? La risposta potrebbe sembrare, di nuovo, ovvia se non addirittura banale. Eppure, questa evidenza sembra coincidere con una visione empirico-referenzialista del significato che si rivela immediatamente problematica non appena si provi ad applicarla al comportamento umano e alle connesse modalità di categorizzazione. L'agire umano, pratico, sembrerebbe coincidere con la dimensione 'fattuale' della consuetudine: per intendersi, quella oggettiva, riconoscibile da tutti. Se, però, si prova a identificare il 'fatto' con il comportamento materiale, cioè con alcune sue caratteristiche morfologiche, apparirà subito chiaro che esso non è sufficiente a fornire il *sostrato fattuale* della consuetudine. In fondo, questo è il motivo per cui anche nel passato⁵ fu sollevato il quesito se la consuetudine coincidesse con il comportamento oppure con una norma presupposta o da presupporre che prevedesse l'adozione di quel determinato comportamento in determinate circostanze. Tuttavia, la domanda così posta reca probabilmente un errore nella sua stessa formulazione. Questo perché essa radica il suo significato nell'assunzione implicita della scansione tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva, tra dimensione empirica e dimensione 'pistemica' – cioè, l'*opinio* – della consuetudine: una scansione – come osservato al paragrafo precedente – difficile da sostenere.

Ciò nondimeno, l'ipotesi che comportamento e norma siano dissociati, ancorché costituisca una risposta non coerente ai quesiti sopra formulati, solleva un problema tutt'altro che irrilevante. Il medesimo comportamento, considerato morfologicamente, potrebbe avere significati del tutto differenti. A seconda delle relazioni che, come una rete di potenziali implicazioni, accompagnano, precedono e seguono la sua adozione, la categorizzazione del medesimo nucleo empirico-comportamentale potrebbe mutare profondamente. Quelle relazioni sono un reticolo semiotico che esiste nei fatti in quanto combinato e posto in connessione con l'esperienza dalla mente umana. Il porre insieme, in reciproca interdipendenza, segni/elementi differenti è orientato da elementi assiologici e teleologici. Esso costituisce la risposta plastica, articolata e differenziante dei soggetti umani rispetto alle condizioni ambientali, che include anche altri soggetti e le loro attitudini comunicative. L'adozione di un comportamento

5 Cfr. G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, Palm, 1828, 189.

consapevole, sia da parte del singolo, sia da parte di una comunità che ne definisca inter-soggettivamente il significato, riassume in sé, tuttavia, una serie innumerevoli di sub-comportamenti, cioè di risposte adattive fornite da ciascun individuo in maniera spesso implicita, automatica, ma non per questo meno 'assiologicamente orientata'. Intendo dire, con questo, che anche le risposte non consapevoli agli stimoli ambientali sono comunque risposte discrete, innescate dalla necessità di ogni individuo/organismo di differenziarsi rispetto all'ambiente al fine di mantenere un equilibrio interno. Si tratta, in altre parole, di atti orientati da valori o fini, potrebbe dirsi dotati di una intrinseca normatività benché questa non sia gestita al livello della consapevolezza simbolica. L'equilibrio appena richiamato, a sua volta, è il frutto di precedenti atti di differenziazione e adattamento generati da ulteriori dinamiche relazionali e diretti a generare nuovi assetti adattivi tra l'organismo e l'ambiente o il contesto. La reazione, il comportamento o sub-comportamento, considerato nelle sue caratteristiche morfologiche e categorizzato di conseguenza, rappresenta perciò *solo un pezzo*, si potrebbe dire un sostegno, una sorta di boa, che emerge da e presuppone una rete relazionale complessiva. Senza quella relazione, senza l'*implicito* adombrato dalla focalizzazione e dall'evidenziazione di alcune sue caratteristiche morfologiche, il comportamento non significherebbe ciò che mediamente si ritiene signifi-chi. Senonché quando il soggetto consapevolmente assume una determinata condotta, le relazioni presupposte nel significato di essa sono già incorporate nell'unità fenomenica costituita dall'individuo agente, prefigurate da ogni sua reazione e a esse pertinenti come elementi costitutivi. Al tempo stesso, anche se considerato nella sua mera materialità, il comportamento è parte di quelle relazioni, del co-esistere a esse inerente, ed è quindi intrecciato con tutto ciò che può sembrare *altro* da esso in quanto non coincidente con la sua sola struttura morfologica. Tuttavia, anche quella determinata struttura morfologica è il frutto di un trascoglimento normativo – nel senso prima indicato – tra tutti gli elementi o frammenti relazionali che compongono l'ambiente del soggetto e il rapporto dinamico tra l'uno e l'altro. Il significato del comportamento, quindi, non giace 'dentro il soggetto' ma abita tutte le relazioni che esso preannuncia, riassume e rende effettive: relazioni che sono appunto eventi, oggetti del mondo. Eventi e oggetti che includono e co-determinano il comportamento individuale e le sue implicazioni anche all'interno del soggetto agente, del suo immaginario, della rete semiotica, proiettata nello spazio e nel tempo, che disegna il contesto di significazione del suo agire. Ultima considerazione, poiché le relazioni presupposte e co-determinanti il significato del comportamento in questione riassumono l'insieme delle dinamiche di interpenetrazione tra soggetto e ambiente, esse consistono in una sequenza trasformativa potenzialmente aperta a ulteriori mutamenti adattivi. Per questa ragione, la stabilità del significato del comportamento non è dissociabile dalla dinamica delle relazioni estese in cui esso si colloca dinamicamente. Essa è quindi contingente e si pone come una sorta di pausa nella condizione di precarietà esistenziale che accompagna di continuo la l'esistenza di ogni organismo così come dell'ambiente che lo ospita.

Le osservazioni appena svolte possono essere riassunte, secondo alcuni approcci psico-cognitivi contemporanei⁶, nelle c.d. 4E: vale a dire ‘embodied’ (incorporato), ‘embedded’ (correlato, intrecciato con, situato), ‘extended’ (esteso) ed ‘enacted’ (assunto in concomitanza di un processo di interpenetrazione dinamica) costitutive di ogni *abito* di comportamento e del relativo significato. L'*abito*, per l'appunto, non può essere descritto soltanto sulla base della focalizzazione e dell'essenzializzazione di alcune componenti morfologiche esteriori, corrispondenti alla presenza in esso di alcune qualità primarie esteriormente e oggettivamente riconoscibili. L'*abito* non consiste in un aggregato di quelle qualità, a loro volta assunte simbolicamente come un'astrazione ontologizzante auto-significante, cioè il cui significato coincida con quelle stesse caratteristiche e la mera accertabilità referenziale, nel senso che il loro essere verificabili esaurisca il significato dell'astrazione che definisce l'*abito* stesso. Viceversa, esso include in sé l'intera rete di relazioni semiotiche ed esperienziali non visibili⁷. Ne deriva che le caratteristiche morfologiche visibili sono soltanto un *segnavia*, una sorta di boa, che appunto significa perché in connessione con le relazioni, le reti e i tracciati che orbitano attorno a essa e che essa presuppone e riassume.

Il comportamento, inteso come unità significante, è dunque una sorta di rete semiotica normativamente distribuita sulla dinamica delle relazioni psico-socio-ambientali e diretta a stabilire connessioni generatrici di contesti assiologicamente/teleologicamente modellati⁸. Gli aspetti esteriori, morfologici, del comportamento, come tali frutto

6 Rinvio in proposito al volume collettaneo Testa and Caruana 2020. Per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. Ricca 2022.

7 Questo è un profilo di cruciale importanza. L'*abito* non consiste nel comportamento morfologicamente considerato, ancorché lo includa. E ciò perché il medesimo gesto al di fuori di una rete semiotico-relazionale e all'interno di un'altra assume significati del tutto differenti. L'aspetto centrale della relazionalità dell'*abito* consiste nella circostanza che il gesto esteriore non è spiegabile né definibile come parte di un comportamento dotato di significato indipendentemente dal contesto semiotico che lo ospita. Questo contesto semiotico non è l'intenzione (come vorrebbero le teorie causali del comportamento: ad es. Davidson 1980: 3 ss.) e nemmeno una disposizione psicologica del soggetto agganciata referenzialmente a un comportamento che ne è tuttavia parte integrante, cioè concorre a costituirlo (cfr., ad esempio, Pollard 2006: 57 ss.; Pollard 2006b: 229 ss., e i suoi stessi oppositori, come ad es. Douskos:2017: 504-524). L'*abito* non sta né dentro, né fuori il soggetto, ma abita e modella la relazione, la sua situazionalità. Esso coincide con un *in-between*, con una terzietà che comprende e qualifica gli elementi morfologico/materiali del comportamento. L'*abito* non è abitudine, agire automatico/irriflesso, né è opposto alla dimensione simbolico/intenzionale, né la assorbe in modo totalmente comprendente. Piuttosto ospita le attività coscienti e riflessive, stabilendo con esse una relazione dinamica – che a sua volta può estrinsecarsi in un processo denominabile come l'*abito* a mutare abito. Nella letteratura connessa alla filosofia analitica, quel che colpisce è la straordinaria superficialità con la quale è trattato il contributo di autori come Peirce, James e Dewey hanno offerto alla categoria di 'abito.' I loro nomi spesso non sono neanche citati; e quando pure ciò avviene, la totale assenza di qualsiasi approfondimento in ordine alla cornice e alle implicazioni cognitive dei loro approcci lascia a dir poco perplessi.

8 È interessante, a questo riguardo, richiamare le reinterpretazioni dell'idea di *abito* prospettate dalle scienze cognitive, dalle neuroscienze e dalla filosofia ispirata all'approccio 4E contemporanee. Per uno sguardo d'insieme, cfr., di recente, Testa, Caruana cit. Come osservano Testa and Caruana 2020: 21-22: “Habits are not mental, according to Dewey’s adverbial Theory

dell'esercizio di uno sguardo selezionante e astrante, sono solo una porzione, in quanto tale semanticamente non esaustiva e non sufficientemente potente per garantire la stabilità del paesaggio relazionale sul quale *galleggia* e dal quale emerge la significazione del comportamento assunto o da adottare (nel caso della consuetudine).

Ciò che mi sembra importante precisare, a questo riguardo, è che l'elemento assiologico/teleologico è da assumere come già intrinseco al *fatto*, al comportamento materiale, e alla sua categorizzazione. Non si tratta, cioè, di un elemento esogeno, esteriore e ulteriore rispetto all'agire di un individuo, quindi a un'azione comunque categorizzabile in base ai suoi elementi morfologici, indipendentemente da qualsiasi fine. Fini esteriori o ulteriori e fini intrinseci ovviamente potranno interagire nella determinazione del 'fatto' e della sua 'categorizzazione', cioè influenzarsi a vicenda nel rimodellare la stessa categorizzazione di quel che gli agenti umani sotto giudizio hanno concretamente compiuto, e, addirittura, i modelli categoriali da utilizzare in quest'opera di categorizzazione. In termini giuridici, ciò significa che l'elemento teleologico potrà incidere sia nella determinazione del termine medio del sillogisma giudiziario, e quindi, nella qualificazione/categorizzazione del 'fatto' da includere nel giudizio di qualificazione normativa; sia nella rielaborazione dell'enciclopedia di schemi categoriali da applicare nella determinazione di che cosa è 'fatto'.⁹ In ogni

(see Dewey J. *Qualitative Thoughts* cit.), and they do not denote specific entities, but rather qualities of experience, properties of behavior or conduct. Meanings are normative phenomena, only occurring in habituated social and linguistic practices, and can be about states without needing a specific mental property of targeting to be explained. In this sense, habits are not specific objects. Rather, they are better seen as situational structures that allow us to inhabit the world and are components of the 'material aspect of culture' and its techniques." Quanto esposto nel passo citato e relativo alla teoria deweyana dell'*abito* è molto interessante ai fini della presente indagine. La concezione deweyana di abito corrisponde alla idea di consuetudine che provo a presentare qui: uno schema interazionale, che include anche l'ambiente materiale e definisce una struttura situazionale dove soggetto, mondo e comportamento sono unificati dal fine in modo da interpenetrarsi e interagire in modo cogenerativo. Il fine è incorporato nello schema di comportamento. E anche quando lo schema di comportamento diviene ritualizzato, apparentemente meccanico, esso comunque presuppone la relazione dinamica che costituisce la situazione all'interno della quale il comportamento assume significato e consiste in *qualcosa che gli individui fanno*. Un qualcosa che, a sua volta, è solo il riassunto, la *boa* visibile della relazione tra agente, mondo e condotta. Ecco perché non ha alcun senso distinguere il comportamento dall'intenzione; o la valutazione di giuridicità dall'agire consuetudinario. Focalizzare l'attenzione sul comportamento come oggetto, come dato oggettivo dell'esistenza della consuetudine, equivale a produrre un paralogismo del conseguente. Il comportamento reiterato non è il dato che costituisce la consuetudine ma l'elemento visibile in cui è riassunto tutto il processo relazionale o schema situazionale-relazionale che coinvolge dinamicamente ed è generato da soggetto e mondo sociale/naturale. Più semplicemente, non è il comportamento considerato nella sua apparenza morfologica che causa il sorgere della consuetudine, cioè dell'*abito* sociale e del suo significato, ma il contrario. La rete delle relazioni enattive – cioè di interpenetrazione e co-generazione tra soggetti sociali e ambiente – e proattive qualifica il comportamento, gli conferisce significato. Ed è il mutare di quelle relazioni, su diverse scale temporali e spaziali, che progressivamente può modificare il significato di quello stesso comportamento, la sua attitudine a riassumere l'*abito* in cui consiste la consuetudine e, quindi, il suo significato/valore, determinando il collassare della sua giuridicità.

9 Sul rapporto tra 'fatto' e 'valori/fini', con riferimento specifico alla intrinsecità dei fini/

caso, la commistione tra elementi assiologico/teleologici, definibili come normativi o anche estetici, ed elementi empirici, tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva, è già presente nella categorizzazione apparentemente neutra, empirica, basata su proprietà primarie del 'comportamento'. Ciò ha straordinarie implicazioni sull'interpretazione della consuetudine e soprattutto sul rapporto tra iterazione o *diuturnitas* del comportamento e *opinio*. Questi due elementi, almeno in parte, sono fusi nell'*abito* incapsulato nel comportamento come 'azione dotata di significato'. Per quanto l'*abito* sia assunto in modo irriflesso, per quanto esso possa accompagnarsi a motivazioni differenti, esso ha sempre e comunque una sua intenzionalità/normatività interna¹⁰. L'essere umano, più precisamente la sua mente, è comunque sempre già inclusa, se considerata nella sua relazione dinamica con l'ambiente, in ciò che può essere osservato come 'quel comportamento'; ancor più se esso sia poi utilizzato come 'riferimento empirico' di una regola di condotta.

Queste considerazioni riguardanti l'*abito* e l'intima connessione tra mente e azione, soggettivo e oggettivo, intenzionale e materiale, che esso include, hanno cruciale rilievo nella determinazione del significato della consuetudine e nell'applicazione pratica di questa categoria giuridica. Giudicare se uno stesso comportamento è stato iterato nel tempo significa innanzi tutto accertare la corrispondenza della rete relazionale a esso soggiacente. Se questa dovesse essere differente in molte occasioni, il comportamento in sé, ancorché morfologicamente analogo, non potrà dirsi iterato. Come osservato, già la categorizzazione del 'fatto comportamentale', il suo isolamento da altri elementi dell'esperienza, rappresenta una proiezione normativa, che a sua volta non può non tener conto della circostanza che il comportamento umano è sempre teleologicamente orientato¹¹. Il comportamento consuetudinario non corrisponde mai a una singola unità gestuale, una sorta di particella elementare. Piuttosto esso coincide con una sequenza di micro-azioni coordinate in un'unità integrata tenuta insieme da un fine, che a sua volta costituisce l'asse identificativo e qualitativo per determinare quali e quanti micro-gesti considerare unificati da quel che viene categorizzato come 'comportamento consuetudinario'. Senza quel *qualificante teleologico*, i singoli elementi riunificati nella sequenza unitaria definita dal comportamen-

valori al momento genetico della categorizzazione e quindi alla non-esogenicità della dimensione teleologica rispetto alla categoria o al concetto, rinvio a quanto osservato in Ricca, 2022b.; Ricca, (in corso di pubblicazione). Segnalo la distanza della mia visione del rapporto tra categorie e fini, secondo una prospettiva enattiva, da impostazioni di autori di formazione analitica che pure si autodefiniscono pragmatisti: cfr. Coleman 2003. Tra quanti distinguono fini e significato cfr. anche Searle 1995; Searle 2001.

10 In tal senso, 'intenzionalità' va inteso in modo differente e più ampio di quanto non faccia la teoria causale dell'azione riconducibile a Davidson e, prima ancora, ad Anscombe.

11 Questo discorso si applica anche alla determinazione del comportamento penalmente rilevante. A nulla rileva, in tal senso, il tentativo del diritto moderno e connesso all'epistemologia della secolarizzazione di distinguere il piano del fatto da quello dei motivi all'azione, il foro esterno dal foro interno. Del resto, che la distinzione, cara alla dottrina penalistica moderna, tra comportamento e motivi, o ancor più tra intento e motivi, non corrisponda ad alcuna scansione oggettiva o ontologica è ormai un dato assodato. Su questo rinvio a Ricca 2020: 185 ss. e, *ivi*, per le relative indicazioni bibliografiche relative alla dottrina penalistica.

to potrebbero avere significazioni differenti, inserirsi in catene d'azione e di senso diverse, relative a situazioni e complessi relazionali altri, semanticamente contrastanti. In effetti, l'elemento teleologico è ciò che tiene insieme la situazione complessiva indicata dall'espressione 'comportamento consuetudinario', con il quale si riassumono tutti gli elementi della sequenza d'azione etichettata, ad esempio, 'consuetudine X'. Un'etichetta, che nella sua dimensione simbolica, svolge la duplice funzione di riassumere e anticipare l'intera serie di implicazioni relazionali e fenomeniche che le conferiscono significato e la collocano nel mondo dell'esperienza. L'unità relazionale che fa tutt'uno con l'*abito* che include un determinato comportamento o una classe di comportamenti è retta dalla funzionalità rispetto a valori/fini. Questo tipo di funzionalità non coincide con l'accertamento del significato in base ai criteri di corrispondenza analitica della logica vero-funzionale. Micro-variazioni nelle caratteristiche morfologiche del comportamento potrebbero comunque non incidere sulla relazione mezzi/fini, parti/tutto, che tiene insieme l'*abito*. Anzi, da un certo punto di vista, la plasticità dell'*abito*, esemplificato simbolicamente nella lista di controllo che definisce semanticamente una categoria, è un tratto qualificante e indispensabile alla sua significatività. In quanto tale, l'*abito* riassume esperienze passate e proietta sé stesso verso il futuro attraverso il dispiegarsi dell'azione dell'individuo, così come del gruppo sociale. Senza astrazione dal contingente, dalla coincidenza con il presente, l'*abito* non avrebbe senso. Considerazione, questa, che può peraltro applicarsi per qualsiasi generalizzazione. La determinazione di ciò che è irrilevante nei fenomeni, negli oggetti, nelle situazioni, da ricondurre sotto lo spettro di una medesima generalizzazione o di un unico schema categoriale è una opzione di valore intrinseca all'oggettività della categorizzazione così come di ciascun referente della generalizzazione o categorizzazione. La connessione/interpenetrazione tra normativo ed empirico, tra soggettivo e oggettivo, presente nell'*abito* considerato in sé accompagna anche il suo manifestarsi nel tempo, quindi il suo caratterizzarsi come 'generale', 'reiterato' e 'reiterabile'. Questa caratteristica si estende appunto anche agli strumenti simbolici attraverso i quali ci si riferisce agli abiti: e cioè, generalizzazioni e categorizzazioni.

Quanto appena considerato induce la conclusione che non vi sia iterazione senza variazione. Inoltre, questa variazione è comunque riconducibile a unità categoriale grazie alla plasticità nella relazione mezzi/fini che è intrinseca alla struttura semantica dell'*abito*. Abito del quale – ripeto – il comportamento colto nella sua dimensione empirico-morfologica è solo una parte, un riferimento simbolico. Se ciò è plausibile, tuttavia, le micro-variazioni che possono accompagnare su diverse scale temporali e in molteplici circuiti spaziali il reiterarsi dell'*abito*, incidendo sugli aspetti morfologici del comportamento, non sono dissociabili dal significato di esso. Ciò nondimeno, se significato, generalità e iterazione sono connessi, e in quanto tali indissociabili dal verificarsi di micro-variazioni, anche l'*opinione*, cioè la credenza circa l'obbligatorietà o necessità, sarà difficilmente dissociabile dal trascolorare fenomenico dell'*abito*. Del resto, immaginare una asimmetria tra significato del comportamento e valutazione circa la sua obbligatorietà sarebbe semplicemente contraddittorio¹². La variazione

12 Indico al lettore, come possibile pista interpretativa, il confronto di questo passaggio

del significato implica sempre una variazione della credenza circa l'obbligatorietà e il suo oggetto. Corrispondentemente, una variazione nell'*opinio iuris ac necessitatis* concernente il comportamento in sé si rifletterà inevitabilmente sul suo significato. Non è possibile distinguere fenomenicamente una variazione nel comportamento oppure nell'*opinione* connessa alle modifiche nell'iterazione dell'*abito*. Questo perché l'*abito* in sé è il frutto della interpenetrazione dinamica – incorporata, relazionalmente intrecciata/situata, estesa ed enattiva – tra soggetto e ambiente, tra mente e mondo. I due elementi di variazione potranno essere distinti analiticamente solo dopo che la variazione si sarà verificata, cioè solo dopo che l'*abito* sarà mutato, non prima. Quando il giudizio analitico sarà intervenuto, quando le distinzioni morfologico-formali avranno avuto luogo, l'inclusione o l'esclusione di ciò che entra o di ciò che sta fuori dalla cornice dell'*abito*, così come dal suo equivalente categoriale, sarà già stata operata. La decisione al riguardo, tra l'altro, sarà dipesa dal rinnovato adattamento verificatosi ai diversi livelli di interazione tra individui e ambiente riassunti nell'*abito* – livelli che sono distribuiti tra i diversi sottosistemi organici e ambientali che dialogano costantemente al di sotto della dimensione simbolico cosciente.

Quanto precede non è diretto a confutare l'idea che *abiti*, categorizzazioni, tentativi di concettualizzazione, abbiano successo nel ridurre l'indeterminazione e la precarietà nel rapporto tra individuo e ambiente. Il diritto stesso è uno strumento per ridurre l'indeterminazione. Esso opera a livello socio-simbolico ma esemplifica come gli esseri viventi, con i loro atteggiamenti cooperativi, riescano a ridurre l'indeterminazione. Tuttavia, rimane la domanda di fondo: perché lo fanno?

Il diritto senz'altro può essere catalogato con un generatore di *affordances*, una *meta-affordance* dinamica. Tuttavia, le *affordances*¹³ non costituiscono schemi fissi non adattivi. Ecco perché la vaghezza linguistica e la vaghezza ontica devono andare insieme, o essere considerate come due facce della stessa medaglia. Se la riduzione di determinazione imposta dal linguaggio e tradotta in comportamenti entra in rotta di collisione o diventa distonica rispetto alle esigenze adattive, la rigidità del linguaggio genererà complessivamente – cioè, se vista olisticamente – eterogeneità dei fini: dunque, indeterminazione. La necessità di utilizzare una valvola di regolazione enattiva del rapporto tra fissità linguistica e stati della determinazione esperienziale è rintracciabile, a mio giudizio, nella formula tradizionale della consuetudine: appunto, *opinio iuris seu necessitatis* e nella stessa radice della parola 'con-sue-tudine': dove *suum* è da intendersi come *adatto a*.

del testo con l'importante e denso saggio di Canale 2008, :109 ss. Ancorché distante nei presupposti metodologici e nelle conclusioni, le riflessioni proposte in questa sezione del testo sono sviluppate in implicito dialogo con il contributo appena citato.

13 Con riguardo al rapporto e alla combinabilità tra approccio pro-attivo, incluso nell'idea di *affordance*, e approccio enattivo, caratterizzato dalla plasticità e interpenetrazione dinamica tra ambiente e organismo intrinseca agli schemi cognitivi, cfr. Dings 2020: 1855 ss; Nonaka 2020; Baggs, and Chemero 2021. Dal punto di vista semantico e giuridico, la coordinazione tra proattività ed enattività/relazionalità dinamica degli schemi cognitivi trova un riflesso nel tema della *vaghezza* delle proposizioni normative e degli schemi semantici inclusi nella loro parte frastica. Su questo profilo cfr. *infra*, ma, di recente, le interessanti considerazioni di Tuzet, 2019, 4 ff.

La ‘necessità’ nasce dai bisogni del soggetto, dall’adattamento tra soggetto e ambiente in base a una logica transazionale, cioè secondo la conoscenza considerata come mezzo di trasformazione del mondo – che poi è esattamente ciò che comporta la riduzione dell’indeterminazione. La normatività della consuetudine non può superare la soglia dell’adattamento: una soglia che, ovviamente, va assunta in chiave relazionale e non certo coincidente con i capricci contingenti del singolo individuo. Del resto, quando argomenta o giustifica, l’individuo mette in moto l’intera rete di relazioni che tengono insieme tutti gli individui: il suo discorso è generale e, se mette in discussione la capacità di produrre determinazione della consuetudine preesistente, allora la priva di ‘ragion d’essere’, facendola collassare su sé stessa. A tal proposito, c’è da dire che la riduzione di indeterminazione transita sempre e comunque attraverso un processo popolato da modificazioni reciproche tra individuo e ambiente (un ambiente che contiene anche gli altri).

Come osservato nel paragrafo precedente, non esiste una consuetudine che sia oggettiva in sé, perché si è solidificato il processo sociale di accettazione e validazione di essa a livello collettivo, mentre, al contrario, il soggetto singolo potrebbe fare solo da spettatore a essa. Stesso discorso per la desuetudine, il cui aspetto tacito coincide con il formarsi di una consuetudine differente – fosse anche solo negativa o abrogativa della consuetudine preesistente. Ciò che il soggetto osserva nella consuetudine è anche sé stesso, un sé stesso situato, intrecciato nella relazione di significazione tra mente e mondo. E non può ammettersi una dicotomia netta tra ‘soggetto che vive raffigurato nella consuetudine’ e ‘soggetto colto nella sua condizione esistenziale e di autocoscienza’. Se così fosse, non vi sarebbe più *con-sue-tudine*, né *opinio necessitatis*: ma solo *opinio iuris*, dove l’*ius* sarebbe destinato a porsi come del tutto eteronomo. Un’assoluta eteronomia che darebbe luogo a una forma di alienazione totale. Eppure, il legame con il senso è imprescindibile anche nelle restituzioni/interpretazioni più formalistiche o analitiche dell’esperienza giuridica. Questo perché è il legame con il senso che conferisce a tutto il diritto positivo un fondamento e lo rende, alla base, soggetto alla stessa dinamica della consuetudine. Un fondamento che non attiene solo ai pre-requisiti teorico-concettuali del fenomeno giuridico ma incide, capillarmente, in ogni scelta applicativa, nel farsi dell’interpretazione e della stessa comprensione/oggettivazione di ciò che le parole del diritto *significano*.

Nella prospettiva appena illustrata, potrebbe dirsi che la consuetudine trascolora costantemente nella desuetudine e si rigenera auto-trasformandosi. Forse, *le consuetudini* tramontano ma la ‘Consuetudine’ si riproduce attraverso la desuetudine delle consuetudini che scandiscono il ritmo del *continuum* di senso inerente alla ‘Consuetudine’ intesa come processo e come categoria. In questo la ‘Consuetudine’ si *comporta* come la conoscenza e il rapporto tra la conoscenza e l’enciclopedia aperta e cangiante dei ‘conosciuti’. In proposito, credo sia plausibile affermare, guardando il positivismo stesso in una prospettiva trans-epocale e sostantiva (cioè, concernente i contenuti dell’esperienza giuridica), che la connessione con la conoscenza valga anche per il diritto posto formalmente e istituzionalmente. Su questo profilo, con specifico riferimento al fenomeno dell’abrogazione delle fonti attizie, tornerò più avanti.

Prima di concludere questa sezione, vorrei osservare come la coincidenza innanzi tutto cognitiva tra *abito* e contenuto della consuetudine legittimi una parafrasi metaforica del termine *consuetudo*. Il nesso tra *abito* e significato, tra *abito* e intenzionalità/normatività, indipendentemente dalla circostanza che esso sia assunto in modo irriflesso o criticamente consapevole, dovrebbe far intendere la *consuetudo* come *cognitudo*, cioè ‘cogni-tudine’, che nell’alludere alla *conoscenza* include in sé ed enfatizza il *suum* (cioè, l’adatto a) ed anche il *cum* (cooperativo) intrinseco alla conoscenza e alla sua connessione con una plastica, aperta e costantemente rinnovabile modalità di riduzione dell’indeterminazione.

In questo senso – e qui riprendendo un tema di matrice hartiana e austiniana – non deve meravigliare che le motivazioni sottostanti al rispetto della consuetudine, cioè alla reiterazione di un comportamento consuetudinario, possano essere differenti. Non vi è alcun paradosso in questo, tanto meno un conflitto tra norme differenti¹⁴. Sarebbe così solo quando si ritenesse che la parte frastica della norma ospiti una semantica ossificata a pena dell’inesistenza della norma. Tuttavia, ancorché di fonte attizia, le norme giuridiche o morali (si pensi agli imperativi religiosi) non operano e non potrebbero mai operare indipendentemente dagli abiti, dalla loro plasticità intrinseca e dal loro rapporto con la conoscenza, intesa come modalità di coordinazione adattiva tra individuo e ambiente. Intendere le norme come schemi deontici caratterizzati da un’assoluta fissità semantica implicherebbe – come implicitamente ed erroneamente fanno tutti i formalismi – che la partita per il significato si sia conclusa con la nascita dell’istituzione; o, piuttosto quasi grottescamente, che la vaghezza semantica delle categorizzazioni presenti nella parte frastica di ogni norma sia una munifica e libera concessione operata nel momento della stabilizzazione istituzionale del diritto a favore degli operatori giuridici del futuro¹⁵. Questa volontarietà, che implica una scelta libera, semplicemente non esiste. E non esiste perché né gli *abiti* né le loro restituzioni simbolico-categoriali possono, e sono pensati riflessivamente per, nullificare l’indeterminazione intrinseca al dispiegarsi dell’esperienza.¹⁶ Nessuna norma di origine attizia, così come nessuna consuetudine, è obbedita al meglio di un adeguamento ai suoi significati imperativi indipendente da motivi. Questo perché motivo e significato sono due facce della stessa medaglia. Che possano esistere fini esteriori, ulteriori, rispetto a quelli intrinseci a ogni atto di categorizzazione e a ogni *abito*, non elimina affatto la circostanza che il significato intrinseco sia alla categoria sia all’*abito* siano il frutto di un’interazione *axio-telicamente* orientata tra soggetto e ambiente, tra mente e mondo. L’iterazione dei comportamenti indicati dalle norme, sia attizie sia consuetudinarie, si accompagna costantemente e inevitabilmente alla possibilità di micro-variazioni che nel tempo possono dar luogo a slittamenti di significato. Questi slittamenti non sono mai ‘senza motivo’, ancorché esso possa apparire invisibile, non emergente. L’essere *motivati*, con effetti sul significato, di quegli slittamen-

14 Cfr. ancora, al riguardo, le considerazioni di D. Canale, *Paradossi*, cit.

15 A questo riguardo, per ulteriori approfondimenti, rinvio ancora a M. Ricca, in corso di pubblicazione.

16 Määttänen 2010, 201 ss.

ti è coestensivo con il carattere implicitamente *intenzionale*, nel senso *ampio* di orientato da e a valori i/fini, di ogni processo di formazione di un *abito* cognitivo. La polifonia delle motivazioni che stanno alla base del ‘seguire una consuetudine’ procede in sincronia con le micro-variazioni nel suo significato, che possono alla fine condurre a) all’autotrasformazione del comportamento consuetudinario senza implicare necessariamente il decadere della consuetudine, così come b) alla desuetudine, cioè a un mutamento di paradigma sia comportamentale, sia cognitivo. Esattamente il contrario di quel che ritenevano sia Austin, sia Hart¹⁷: e cioè che il significato di una norma e l’obbedienza a essa, dal punto di vista *interno* del soggetto di diritto, prescindano dalle motivazioni. Le motivazioni, intese come legame con la dimensione assiologico/teleologica che accompagna la formazione di qualsiasi categoria – come di ogni proposizione predicativa – sono intrinseche al significato e alla struttura categoriale.

Un’esemplificazione per alcuni versi spettacolare del legame tra motivazioni e significato, e quindi della connessione fenomenica tra soggetto e mondo nella determinazione dell’oggettività empirica, è costituito dal tema della ‘ripetizione’¹⁸. Da Kirkegaard a Deleuze¹⁹ l’impossibilità della ripetizione si coniuga con la presa di coscienza della sua innovatività. In entrambi i filosofi la ‘ripetizione’ non è irriflessa iterazione ma volontaria ‘riproduzione’ dell’identico. In entrambi i filosofi, la riproduzione dell’identico condotta al meglio della corrispondenza morfologica tra alcune caratteristiche dell’agire produce innovazione, modificazione di significato. Non c’è tuttavia nulla di misterioso nel generarsi di questo effetto novativo attraverso la ‘rinnovamento morfologica’ dell’azione. L’emergenza del ‘nuovo’, percepito come imprevisto, non è altro che l’effetto della non coincidenza tra ‘iterazione morfologica’ e ‘identità del significato’. Una diffrazione che dipende dalla circostanza che il significato non coincide con le caratteristiche morfologiche del comportamento ma dipende dalla connessione relazionale tra gli elementi che costituiscono la rete semiotica soggiacente alla produzione del significato intesa come unità assiologico/teleologica, o situazionale, presupposta a, e generatrice della, combinazione di elementi morfologicamente identificabili e distinguibili. Con accenti differenti, sia in Kirkegaard, sia in Deleuze, il *ripetere* volontario è un tentativo di alterare relazioni fenomeniche sopravvenienti. Come tale, la ripetizione è intrinsecamente innovativa. D’altro canto, proprio perché l’iterazione di un comportamento assunto ad *abito sociale* è polifonica, multisituata, policontestuale ecc., e in quanto dotata di significato è adattiva, anch’essa – come osservato – avverrà mediante micro-variazioni che cumulativamente potranno dar luogo all’emersione evidente, visibile, del ‘nuovo’.

Ancora con riferimento al rapporto tra motivazione (intenzionalità/valori/fini inerenti alla struttura categoriale e all’abito soggiacente) e significato vorrei soffermarmi

17 ...non così Kelsen, a mio giudizio, nemmeno nel noto passo della *Teoria generale delle norme* in cui difende la coerenza sistematica di due norme semanticamente contraddittorie.

18 Anche su questo tema, nonostante la distanza dalle mie conclusioni, è da ritenersi un testo di riferimento Canale, 2019: 61 ss.

19 Cfr. Kirkegaard 2012; Deleuze 1997.

brevemente sulla relazione, da alcuni posta, tra convenzioni sociali e consuetudini. Le ricerche di Lewis²⁰, a questo riguardo, hanno aperto la strada a una messe di studi e riflessioni. Analizzando proprio il lavoro di Lewis, tuttavia, emerge un profilo intrinseco alla sua proposta di definizione e inquadramento categoriale delle convenzioni che, a mio giudizio, rende le sue ricerche non appropriate a cogliere l'asse generativo del fenomeno consuetudinario. In tutti gli esempi paradigmatici di convenzione e di formazione delle convenzioni sociali riportati da Lewis²¹ è presente un dato costante: l'orientamento strategico dell'agire degli individui che, appunto, mediante le loro azioni danno vita a convenzioni. Agire strategico e agire adattivo, quest'ultimo proprio della formazione degli *abiti*, non sono attività coincidenti. La differenza cruciale consiste nella circostanza che nel primo tipo di attività il criterio assiologico o finalistico è eteronomo rispetto alla produzione del significato interno all'azione. Nell'agire convenzionale – per dir così – la finalità o il parametro di valutazione dell'efficienza strategica dei comportamenti, che poi è l'asse propulsivo della loro stabilizzazione nella prassi, è preesistente all'azione stessa. I soggetti si coordinano in relazione a questo elemento ed esso non appare – almeno nella casistica esemplificata dal Lewis – trasformato nel suo significato nel corso del processo di formazione della convenzione. Nel caso dell'*abito* e della consuetudine accade esattamente il contrario. Soggetto e ambiente, mente e mondo, sono coinvolti in una relazione continuata e aperta che *co-modifica* le sue parti, rendendo i valori/fini che guidano l'adattamento mezzi per la produzione di una situazione complessiva innovativa che sovradetermina (parzialmente) gli elementi (attori e ambiente) coinvolte e, quindi, quegli stessi valori/fini. In particolare, nella formazione di un abito e, perciò, della rete semiotica che fa da sfondo a una consuetudine, l'ambiente esterno all'individuo è popolato da altri individui, che reagiscono in modo adattivo interpenetrando e incorporando plasticamente gli stimoli ambientali mediante reazioni orientate a valori²². I valori, tuttavia, sono frutto dell'intero processo – potrebbe dirsi filogenetico ma anche culturale – che ha accompagnato l'adattarsi dell'individuo e del suo organismo all'ambiente. Questo, se non altro, perché l'adattamento implica sempre trasformazione e tale trasformazione coinvolge anche i valori/fini che avranno funzionato come mezzi/criteri di orientamento nella gestione del processo di adattamento (come linee d'orizzonte, per esprimersi in termini metaforici). Del resto, i valori/fini sono anch'essi *abiti*, paradigmi di interazione relazionale e dipendono dai rapporti che definiscono lo stato sia dell'organismo sia dell'ambiente circostante. Ogni stadio nel processo di adattamento modifica sia le relazioni interne al soggetto, sia quelle esterne, e quindi incide sulla morfologia dinamica dei valori/fini intesi, appunto, come agenzie processive e non come entità essenzializzate e astratte dal divenire. Ciò non significa che tutti i valori/fini si modifichino repentinamente e non si adattino piuttosto per slittamenti progressivi, mediante inclusione di ulteriori

20 Cfr. Lewis 2002. Tra i giuristi italiani ha scandagliato il rapporto tra convenzione e consuetudine Celano, del quale cfr., tra gli altri contributi, Celano 2014: 605 ss.

21 Cfr., in proposito, le interessanti considerazioni proposte da Guala 2009.

22 Cfr., in tal senso, per una prospettiva enattivista, Di Paolo, Cuffaro, and De Jaegher 2018.

connessioni relazionali o la perdita di altre. Alcuni di essi mostreranno maggiore stabilità, altri minore. Quel che conta, tuttavia, è che il loro significato si articoli mediante la formazione dell'*abito*, e cioè di una rete semiotica o situazione comprendente – o, se si vuole, un livello di terzietà differente da tutti gli elementi originari del processo di adattamento e interpenetrazione reciproca eppure inclusivo di ciascuno. Distinguere tra convenzione e consuetudine sotto questo profilo è di estrema importanza a fini pratici poiché la convenzione – almeno così come è intesa – possiede una fissità garantita dall'eteronomia del criterio/valore che ingenera la stabilizzazione dei relativi comportamenti: fissità ed eteronomia non coestensive alla *precaria ma processivamente significativa continuità nel tempo* dell'*abito* e della consuetudine.

Quanto osservato in questo paragrafo – penso sia importante sottolineare questo aspetto – ha immediate implicazioni per i giuristi pratici poiché incide direttamente sul *modo* di accertare sia l'esistenza delle consuetudini, sia il *modo* di farle valere di fronte alle istanze di modulazione prospettate dai soggetti di diritto in relazione alle situazioni vissute. Non ho alcun dubbio che il giurista positivo che si trovasse a confrontarsi con le mie considerazioni – ammettendo che abbia avuto la disponibilità a giungere fin qui – porrebbe immediatamente due quesiti riguardanti il destino della certezza del diritto. Immagino che essi potrebbero suonare più o meno come segue: 'Se l'autotrasformazione semantica degli *abiti* è inestirpabile dalla comprensione della consuetudine, come potrebbe impedirsi che chiunque avanzi una propria interpretazione di essa, sostanzialmente vanificandone la normatività?' E ancora: 'A quel punto, far valere la consuetudine, e persino accertarne l'esistenza, non costituirebbero un mero esercizio di potere?' Penso che la sequenza di interrogativi appena descritti sia più che plausibile. Tuttavia, essa poggia su una sorta di sacralizzazione della fissità semantica che trascura quanto osservato, appunto, con riferimento all'autotrasformazione intrinseca a ogni ripetizione.

Dal mio punto di vista, non è l'irrigidimento semantico il *farmaco* più adatto contro i possibili effetti imprevedibili scaturenti dall'allineamento tra il carattere adattivo dell'*abito* e delle categorie, che implica la loro autotrasformazione e dunque il rischio di manipolazioni strumentali di tipo strategico ed estranee a qualsiasi processo di universalizzazione. Questo perché quell'irrigidimento è solo morfologicamente, cioè esteriormente, portatore di stabilità e identità. Viceversa, se considerato in termini operazionali, esso risulta semanticamente produttivo di indeterminazione proprio perché isola la dimensione morfologica della categorizzazione dall'unità fenomenica, cioè dalla rete semiotica o situazionale/contestuale, che è parte costitutiva della sua significazione. Non solo, la fissità semantica intesa come stabilità o immutabilità morfologica va incontro a un diverso tipo di utilizzo strumentale. Mi riferisco alla dissimulazione del mutamento effettivo del significato connesso alla struttura morfologica delle regole preesistenti strategicamente utilizzato da chi abbia interesse al mantenimento dello *status quo* ma solo per lucrare vantaggi sopravvenuti. Vantaggi, cioè, che siano conseguenti al mutamento delle relazioni significanti che accompagnano appunto la ripetizione degli schemi morfologico-comportamentali ritenuti originariamente conformi agli standard normativi. In tal senso, è inutile nasconderselo, il mantenimento delle consuetudini, soprattutto quando ridotte a formulari scritti intesi come fonti di cognizione di esse, può ridursi a un mero e mistificante esercizio

di potere appannaggio dei gruppi socialmente dominanti. Gruppi che invocano la forza della tradizione, in molti casi, soltanto per legittimare la possibilità di usufruire a proprio vantaggio di *nuove* implicazioni di *vecchi* schemi comportamentali; o, in alternativa, per opporsi all'adeguamento di quegli schemi a nuovi assetti relazionali che abbiano mutato sostanzialmente il significato originariamente connesso alla loro struttura morfologica. In questo senso, quel che potrebbe essere considerato come il 'trionfo della consuetudine' sarebbe la 'disfatta della cognitudine' e il totale scollamento tra senso e diritto, tra fini/valori e regole, per giunta e quasi beffardamente camuffato da difesa della certezza del diritto.

4. Terzo inizio/percorso. Categorie, essere, dover-essere e futuro.

La parte frastica delle proposizioni normative e la loro eccedenza semiotica

Le regole legali, siano esse di matrice consuetudinaria o attizia, prescrivono modelli comportamentali. Nel farlo, tuttavia, le regole stabiliscono non solo come il mondo dovrebbe essere, ma in parte anche come esso è. Quando una categoria è inclusa nella parte frastica degli enunciati legali, essa getta implicitamente un'ombra su tutto ciò che non vi si adatta. La luce della legge, per così dire, precipita nell'oscurità ciò che è lasciato fuori dal discorso giuridico e dalle categorie che esso include. Crea, in altre parole, un cono d'ombra semantico. Questa operazione, tuttavia, non è in grado di fornire alle norme una completa autoreferenzialità. Gli spettri categorici hanno confini semantici porosi e sono influenzati da un'intrinseca eccedenza semiotica. Ciò fa sì che, non appena le norme acquisiscono vincolatività (tramite processi di sedimentazione comportamentale – consuetudine – o mediante l'emanazione di atti normativi), esse inizino a operare enattivamente nel rimodellare i loro indici di coerenza rispetto agli stessi valori e ai fini che dovrebbero incarnare e realizzare. Nel confronto con l'esperienza e le fluttuazioni nella condotta dei soggetti di diritto, le regole possono mostrarsi operativamente inadatte a includere e a catturare con i loro effetti i comportamenti per regolare i quali esse sono state espressamente concepite. Per converso, ciò che quelle stesse norme hanno escluso, può dimostrarsi meritevole di tutela e quindi degno di essere incluso nel loro spettro semantico-regolativo in base ai valori/fini che le legittimano. L'indeterminazione che fa seguito all'acquisizione di efficacia delle norme sembra quindi costituire un problema sia in ordine alla ricerca della certezza del diritto, sia rispetto al fine di evitare l'ingiustizia. Sembrerebbe prendere forma, di fronte a questa alternativa, una sorta di paradosso. Il silenzio del diritto – verrebbe da chiedersi, sebbene per assurdo – è la sola opzione rimanente? Oppure vi è una via d'uscita, una terza possibilità rispetto all'aberrante alternativa tra il silenzio della legge e l'indeterminazione del discorso normativo? E cosa ha a che fare tutto questo con abiti, categorie e la loro attitudine all'auto-trasformazione precedentemente posta in evidenza? Si tratta solo e soltanto di un deficit, un semplice inconveniente del linguaggio umano?²³

23 Che la 'colpa' sia del linguaggio umano sembrerebbe – com'è noto – la ragione addotta

Penso che la questione generale abbia a che fare con l'approccio ideologico e, in un certo senso, epistemico nel guardare all'esperienza giuridica e alla produzione del diritto. La moderna idea di legalità si è lasciata alle spalle – almeno in linea di principio – il presupposto che la legge umana debba allinearsi a un'enciclopedia di paradigmi assiologici e comportamentali essenzializzati che incarnerebbero i *modi* (in senso spinoziano) della giustizia. La fonte divina della legge naturale e delle relative categorie è divenuta dall'alba della modernità in poi, per effetto del processo di secolarizzazione, un'assunzione assiomatica destituita di affidabilità. Tuttavia, l'idea di una gerarchia logica sussistente tra le assi di legittimazione dell'autorità del diritto e l'esperienza giuridica continua a permanere tra i presupposti taciti dell'immaginario giuridico moderno e contemporaneo. Ammesso che più di un mutamento saliente abbia avuto luogo rispetto alla mentalità giuridica medievale, esso coincide con uno spostamento – inevitabile, quantomeno secondo la retorica della secolarizzazione – sul fondamento cronologico della gerarchia appena richiamata, piuttosto che sulla sua dimensione logica (e ontologica). L'atteggiamento epistemico del giurista moderno, soprattutto se ancorato a una prospettiva di matrice positivista, identifica l'*incipit* e la radice della legittimità del diritto e della sua stessa esistenza con l'intervento di una rottura cronologica, e quindi anche discorsiva, rispetto al processo di discernimento assiologico e semantico che precede la nascita dell'istituzione. E ciò vale sia per il caso in cui all'istituzione sia conferita un'origine consuetudinaria, sia quando essa venga ricondotta a una mitica decisione di tipo attizio di carattere fondativo. Il mito del contratto sociale esprime, appunto, nella sua stessa narrazione il tratteggiarsi di questa linea di confine, di questa cesura cronologica.

Ciò che viene spesso trascurato è che le proiezioni simultaneamente prognostiche e deontiche del contratto sociale implicano necessariamente anche un contratto sociale semantico che va ben oltre il significato politico del termine 'contratto' o di ciò che è solitamente inteso con l'espressione 'contratto sociale'. La presa sul futuro, inerente alla stessa idea di contratto sociale e alla possibilità della sua realizzazione, non può avvenire senza la permanenza nel tempo delle categorie semantiche relative ai fenomeni sociali ed empirici. Senonché è proprio di fronte a questo presupposto, equivalente a una sorta di crocevia per l'efficacia/effettività delle norme radicate per la loro validità in quel contratto, che il pensiero giuridico moderno sembra incappare in un paralogismo. Nella misura in cui la stabilità semantica adesso accennata si dimostra prerequisito ineludibile dell'efficacia/effettività giuridica di un diritto fondato sul passato, essa finisce per trasformare in una caratteristica attribuita apoditticamente quel che ha precedentemente identificato con l'elemento denotativo centrale della dimensione legale e della sua fenomenologia. La principale conseguenza di questo atteggiamento epistemico, che è anche psico-politico, è che lo *sguardo* dei giuristi verso il presente e il futuro degli effetti normativi appaia assimilabile a quello di chi proceda verso queste dimensioni del

da Hart per giustificare l'*open texture* delle regole giuridiche: anche se non è del tutto chiaro, nel suo discorso e in quello dei suoi epigoni, quanto l'*open texture* derivi da un deficit intrinseco al linguaggio oppure da addebitarsi ai limiti cognitivi nella comprensione dei concetti da parte degli interpreti giuridici. Al riguardo, cfr. Stravopoulos 2001: 62 ss.

tempo di spalle, tentando cioè di intravederne i tratti propri come se essi dovessero essere necessariamente riflessi nello specchio del passato. E tuttavia questo specchio altro non è se non l'insieme delle categorie elaborate in un tempo precedente ma (presuntivamente) irrigidite nella loro portata semantica dal sigillo dell'autorità conferita al contratto sociale semantico pensato come coevo al prender forma della dimensione istituzionale del diritto.

Un tipico assunto, dal carattere quasi assiomatico, derivante dalla disposizione/prospettiva epistemica appena delineata coincide con la massima secondo la quale il 'diritto produce i suoi fatti'.²⁴ Questa lettura piuttosto autoritaria e cognitivamente aprioristica dell'esperienza sociale destinata a essere qualificata e regolata dalle norme giuridiche trova sovente una giustificazione nell'esigenza di certezza del diritto. Se i soggetti chiamati ad applicare la consuetudine o la legge potessero manipolare i confini semantico/categoriali dei termini inclusi nelle proposizioni giuridiche – così procede l'argomento – l'intera architettura degli ordinamenti e della loro legittimazione rischierebbe di evaporare e l'incertezza sui contenuti del diritto si diffonderebbe senza limiti. Ciò significa, in altre parole, che al meglio delle sue implicazioni autoreferenziali, il mantenimento di una stabilità semantico-categoriale specchiata nel passato costituisce un elemento che il diritto moderno non può non assumere per scontato – pena la perdita della sua consistenza fenomenica e della scientificità della conoscenza di esso (anche se sorgono numerosi dubbi su quale di queste due dimensioni preceda e condizioni costitutivamente l'altra). Quello che, invece, sembra assai meno convincente, è che gettare un velo di silenzio o dissimulare quel che si presenta come un problema insormontabile, fingendo che non ci sia, sia stato spacciato per la sua soluzione.

La stabilità semantico-categoriale non può essere garantita o mantenuta d'autorità. E se essa è un prerequisito sia dell'efficacia che dell'esistenza stessa degli ordinamenti giuridici, la conclusione pressoché immediata e inevitabile è che il diritto non sia in grado di garantire le precondizioni della propria efficacia e nemmeno della propria legittimazione²⁵. D'altra parte, sorgono anche alcuni dubbi sul fatto che il significato principale e genuino della complessiva intrapresa giuridica coincida con il tentativo di rendere il futuro nient'altro che una replica del passato. Per affrontare questo dubbio epistemico (in un certo senso, una sorta di meta-incertezza) penso potrebbe essere d'aiuto provare a scandagliare la funzione antropologica e cognitiva delle categorie, siano esse assiologiche o empiriche.

La categorizzazione deriva senza dubbio dall'esperienza, e in particolare dalle esperienze passate. Questa funzione cognitiva sfrutta le capacità mnestiche del cervello umano per organizzare risposte adattative alle sfide ambientali. Le categorie consentono all'organismo di reagire in modo riflessivo agli stimoli ambientali sfruttando gli schemi comportamentali sviluppati in passato in modo da potenziare e differenziare il proprio atteggiamento adattivo. La funzione stessa delle categorie,

24 Per tutti, Kelsen 1966: 12 ss.

25 Rinvio, per ulteriori approfondimenti al riguardo, a Ricca 2020.; un argomento che si applica, sul piano politico, anche alle democrazie costituzionali: cfr. Honneth 2014.

in un certo senso, presuppone il futuro e sostiene i singoli organismi di fronte alla novità e all'imprevedibilità che 'si annidano' nell'incessante dispiegarsi dell'esperienza. Detto diversamente, le categorie presuppongono l'Alterità dell'ambiente e il rapporto dialogico con esso, a sua volta assunto come Altro dall'organismo stesso. L'interpenetrazione e la differenziazione reciproca conseguenti alla riproduzione di tale relazione sono, allo stesso tempo, causa dello sviluppo delle categorie, in quanto schemi comportamentali/cognitivi acquisiti, e motore del loro continuo rinnovamento. Se l'ambiente e gli organismi fossero reciprocamente e previamente 'sintonizzati', al punto da rendere inutile qualsiasi differenziazione o aggiustamento adattativo, le categorie sarebbero semplicemente pre-integrate nell'esperienza: vale a dire che non ci sarebbe spazio per esse e, ancor prima, per la categorizzazione stessa. Questo perché l'esigenza di categorizzare sgorga dall'asimmetria adattativa tra organismo e ambiente e, allo stesso modo, dalla precarietà delle passate soglie adattative e dei relativi schemi cognitivo/comportamentali. Se è vero che il 'lavoro' delle categorie pre-acquisite si svolge sovente in modo irriflesso quando, *ceteris paribus*, possono operare come abitudini, tuttavia questa condizione non può essere assunta come costante esperienziale, né come elemento denotativo degli *abiti cognitivi* – come evidenziato più sopra. Se lo si fa, se cioè gli abiti e l'uso delle categorie corrispondenti fossero interpretati alla stregua di *abitudini*, tale approccio delineerebbe implicitamente una condizione esistenziale generale corrispondente a un mondo immutabile, in cui la categorizzazione, come atteggiamento adattivo, sarebbe semplicemente fuori luogo.

Quanto appena osservato indica che le categorie non possono essere intese come matrici per forgiare copie esatte di esperienze passate o situazioni esperienziali. Esse sono piuttosto strumenti per supportare gli organismi viventi (inclusi gli esseri umani) nell'attuazione di risposte intelligenti e quanto più adattive possibili alle sfide poste dall'ambiente. Nella loro intrinseca proiezione verso il futuro le categorie implicano un variabile grado di entropia semiotica, che è da considerarsi come l'altra faccia della loro efficacia adattiva. Senza un coefficiente ponderato di entropia le categorie fallirebbero nell'adempimento della loro funzione: cioè, il coinvolgimento di esse nell'articolazione della risposta dell'organismo a condizioni ambientali nuove e insolite risulterebbe 'adattivamente' inefficace o disfunzionale. Da questo punto di vista, si potrebbe osservare che la mancanza di entropia semiotica inciderebbe sul loro significato autentico e sul loro scopo intrinseco. Per quanto paradossale possa sembrare, l'ossificazione della struttura morfologica delle categorie – vale a dire l'esclusione di qualsiasi grado di entropia semiotica nell'implementazione esperienziale di schemi pre-acquisiti – produrrebbe 'copie non autentiche' delle esperienze originarie da cui gli stessi schemi categoriali e gli *abiti* soggiacenti derivano; schemi che pure per un lasso di tempo hanno efficacemente sostenuto l'azione degli individui o dei gruppi. Ciò significa che l'irrigidimento morfologico delle categorie può renderle non adattive. E questo implica che la mancanza di entropia semiotica può produrre lo stesso tipo di incertezza e fallimento prognostico che ogni categoria è progettata per evitare.

Il *disguido* epistemico annidato nella meta-narrazione del positivismo giuridico è radicato, stranamente, nei presupposti storico-sociali che sostengono e giustifica-

no il suo sorgere nell'immaginario moderno e nella correlativa esperienza istituzionale. I primi positivisti assumevano che il diritto avesse una struttura concettuale sistematica in quanto tale presumibilmente isomorfa rispetto al tessuto delle relazioni sociali. La fedeltà ai vincoli di pertinenza coestensivi con la struttura categoriale/concettuale del linguaggio giuridico positivo, in quella visione, avrebbe dovuto assicurare la corrispondenza tra l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni di legge, da un lato, e gli assetti psico-sociali incarnati dai soggetti di diritto o, comunque, dagli individui costituenti il popolo, la nazione, la comunità statale, dall'altro. Questo tipo di corrispondenza, tuttavia, avrebbe potuto (e, in generale, potrebbe) essere postulata solo in quanto radicata in un contesto sociale e culturale dotato di una se non altro relativa stabilità. A tali condizioni, si assumeva in tesi che fin quando una norma giuridica fosse rimasta in vigore, la sua corrispondenza con l'ambiente sociale avrebbe potuto essere data per garantita (o per scontata, a seconda dei punti di vista). Un argomento analogo veniva esteso alle categorie incluse nelle disposizioni normative di matrice legislativa, indipendentemente dal fatto che fossero relative alle parti prescrittive (neustiche) o descrittive (frastiche) degli enunciati giuridici.

La principale difficoltà insita nell'approccio positivisticamente appena descritto e alla idea di 'corrispondenza semantico/sociale' dell'apparato normativo istituzionalizzato ha a che fare con la stessa ambizione del diritto e del legislatore di emanare regole in grado di *catturare* e *conformare* il futuro. A questo riguardo, più in generale, c'è da osservare che una norma giuridica intrinsecamente affetta dal rischio di incorrere in un'imminente obsolescenza avrebbe poco senso e trasformerebbe la 'missione dei legislatori' in un'impresa frustrante e fallimentare. La norma giuridica *deve durare*, almeno per un tempo ragionevole; altrimenti, la sua significazione deontica svanirebbe²⁶. Costatazione che si applica, con ancor maggiore intensità, alle

26 Questa considerazione si applica anche a leggi particolari riguardanti situazioni isolate. La 'durevolezza', in questo caso, avrà a che fare con la legittimazione della violazione del principio della generalità delle norme connessa alla divisione dei poteri. La legge particolare può legittimarsi come mezzo in quanto funzionalizzata alla realizzazione di principi/valori normativi che precedono e permangono di là dal tempo e dalle situazioni concernenti la sua emanazione e la sua attuazione. In questo caso, la durevolezza avrà a che fare con gli effetti della legge particolare, il cui significato è da determinare al meglio delle loro relazioni con il complesso di situazioni sussumibili sotto lo schema dei principi/valori che legittimano funzionalmente la 'particolarità' della previsione normativa – in tal senso cfr. Heller 1987. Più in generale, poi, può osservarsi che la categoria del 'deontico' implica sempre una proiezione temporale – elemento, tra l'altro, che accomuna la consuetudine alle fonti attizie. Senza il 'domani', senza l'alterità del soggetto destinatario di un obbligo – o anche di una direttiva che includa un valore da realizzare – il dover-essere semplicemente non avrebbe senso. Considerazione che vale anche per gli imperativi riflessivi, cioè che il soggetto imponga a sé stesso. Essi avrebbero come destinatario, comunque, l'Altro *del Sé* che abiterà il domani. Costatazione che ripropone il problema del presupposto cognitivo dell'analogia e dell'identità, intese come elementi costitutivi e processivi della generalità normativa; un presupposto da assumere e configurare al meglio della 'differenza' tra le situazioni rispettivamente relative alla produzione e all'applicazione sia dei valori, sia degli imperativi. La ponderazione del rapporto tra differenza e identità necessaria all'applicazione e alla stessa pensabilità sia dei valori, sia degli imperativi, si basa, a sua volta, sugli elementi

disposizioni contenenti i principi costituzionali dal momento che esse si auto-qualificano come elementi costitutivi di tutti i futuri sviluppi dello Stato e della società.

Esattamente come per le categorie e la categorizzazione, se analizzato da una prospettiva cognitiva generale, anche il *dire giuridico* non può evitare di preinscrivere un coefficiente di entropia semantica e operativa, ancor più se – come accade – esso deve fare i conti con l'inevitabile imprevedibilità dell'esperienza e, nello specifico, del cambiamento sociale²⁷. Il linguaggio giuridico, quindi, non può evitare di includere in sé l'autotrasformazione semantica – e non si può evitare di intenderlo da questa prospettiva. L'accettazione di questo vincolo, tuttavia, sembra compromettere la tenuta del nucleo stesso della corrispondenza semantico/sociale che sta sullo sfondo dell'immaginario giuridico moderno e, più specificamente, dell'approccio positivistico.

Quest'ultima considerazione induce a focalizzare ancora l'attenzione sulla cesura psicosociale che il pensiero giuridico – e in particolare le sue declinazioni formalistiche e analitiche²⁸ – colloca nel momento dell'istituzionalizzazione del diritto. Una cesura che coincide con il presunto 'effetto di congelamento dei significati' coestensivo alla conclusione del contratto sociale semantico tacitamente accostata dal positivismo – anche se in modo implicito – al definirsi del contratto sociale politico²⁹. L'idea di corrispondenza semantico/sociale deve la sua forza argomentativa e la sua plausibilità solo al presupposto che il linguaggio giuridico e almeno la 'struttura' dei rapporti/fatti sociali si rispecchino reciprocamente in modo referenziale e duraturo³⁰. Diversamente, la permanenza delle norme giuridiche e delle loro enunciazioni implicherebbe necessariamente una continua rinegoziazione del contratto sociale semantico originario e, quindi, anche dei confini categoriali relativi ai termini inclusi negli enunciati giuridici. Per converso, tale rinegoziazione smentirebbe implicitamente l'assunto di una correlazione referenziale tra parole giuridiche e fatti sociali suscettibili di essere intesi in termini concettuali³¹ e quindi identificabili mediante un approccio ermeneutico di tipo analitico. In condizioni di flessibilità semantica, anche se adattata alle esigenze specifiche del linguaggio deontico, la pos-

valutativo/qualitativi, dunque anche estetici, che operano come fattori generativi dell'astrazione necessaria a *calcolare* uguaglianza e differenza. Su questo profilo, comunque, rinvio a quanto osservato più sopra nel testo.

27 Secondo quanto osservato nella nota precedente, il cambiamento sociale, l'imprevedibilità dell'esperienza, non sono i soli elementi da cui scaturisce l'esigenza di entropia semantica. La 'differenza' e l'astrazione' connesse alla proiezione temporale (che, del resto, non esisterebbe, senza distinzione) e alla determinazione del soggetto destinatario della direttiva di valore o della prescrizione costituiscono dati 'strutturali' del linguaggio deontico.

28 Basti pensare alla *Grundnorm* kelseniana o alla descrizione del formarsi della *norma di riconoscimento* – o comunque delle *norme secondarie* – in Hart.

29 Considerata la natura postulativa e quasi-mitica del contratto sociale, poco conta a questo riguardo che, a seconda delle versioni, esso sia identificato come attizio o consuetudinario. Una differenza, peraltro, dovuta in parte all'appartenenza dei diversi autori all'universo di esperienza del *civil law* o del *common law*.

30 Per un approccio analitico ponderato e sensibile alle implicazioni giuridiche degli studi di Max Black sul rapporto tra categorizzazione e metafora, cfr. Passerini Glazel 2005.

31 Il riferimento, qui, è ancora una volta a Hart 2012.

sibilità di applicare una logica vero-funzionale al rapporto referenziale tra termini giuridici e fatti sociali giuridicamente rilevanti risulterebbe non praticabile.

L'adattamento reciproco tra le categorie del discorso giuridico e le categorie del linguaggio naturale (o degli altri linguaggi specialistici) relative a fatti sociali ed empirici implicherebbe inevitabilmente l'entrata di scena di giudizi di tipo assiologico e teleologico. Ciò significa che nella costruzione del sillogismo giuridico il termine medio dovrebbe essere considerato come il risultato di un'opera di *traduzione aperta* necessariamente orchestrata e mediata da criteri axio-telici e anche qualitativo-estetici. Se così fosse, tuttavia, l'intero edificio teorico del positivismo e dell'immaginario giuridico moderno finirebbe per perdere uno dei suoi architravi. In fondo, è esattamente nel tentativo di superare, o meglio dissimulare, questa difficoltà che l'approccio positivista si nutre della distinzione tra essere e dover-essere, tra il deontico e l'empirico, e ricorre alla formula quasi magica secondo la quale il 'diritto produce i suoi fatti'. L'insieme di queste postulazioni serve a sorreggere l'idea per cui, fintanto che è valido e formalmente efficace, il diritto è legittimato a (e coerentemente capace di – aggiungerei) plasmare il suo mondo fattuale secondo la propria prospettiva assiologico/deontica.

A mio modo di vedere, quanto sin qui tratteggiato corrisponde a un modo di approcciare il fenomeno giuridico caratterizzato da un atteggiamento difensivo e, per alcuni versi, misoneista. Una delle sue principali implicazioni – che non esiterei a definire *tragica* – risiede nella circostanza che all'interno di questa prospettiva l'autorità del diritto si è già trasformata in potere. Ma non solo. Parallelamente, la voluta cecità dei giuristi nutriti di positivismo rispetto al requisito dell'entropia semantica finisce per farli sentire legittimati da una presunta 'semantica dei fatti' che li induce impercettibilmente, ma inesorabilmente, a fondere ciò che 'deve essere' e 'ciò che è'. In breve, e per paradosso, esattamente il contrario di ciò che essi postulano come fondamento dell'autonomia del diritto e del dover-essere rispetto all'essere. La formula 'il diritto produce i suoi fatti', che altro non è se non una parafrasi della postulazione dell'assoluta auto-referenzialità dell'universo di discorso giuridico, esplicita fedelmente l'effetto finale della prospettiva appena delineata: attraverso la parte frastica delle sue enunciazioni, il diritto stabilisce non solo quel che deve essere ma anche ciò che è.

Proverò a esplicitare meglio questo punto. Come ho tentato di sottolineare sopra, le categorie e la loro struttura semantica non sono copie isomorfe della realtà. Al contrario, sono strumenti coinvolti e funzionalizzati nella produzione dell'esperienza e nel suo orientamento adattivo. Proprio per questo la loro responsabilità al mutamento delle condizioni ambientali, e quindi l'apertura alla plasticità semiotica, è da considerarsi un tratto costitutivo del loro significato autentico. Non c'è assunzione o declinazione categorica che non includa questa dialettica mezzi/fini e quindi un fattore assiologico/teleologico intrinsecamente all'opera nella costruzione della sua struttura semantica. Quando il discorso dei giuristi invoca il *diritto* del linguaggio normativo a descrivere costitutivamente i fatti, anche per quanto riguarda i loro aspetti empirici, dalla loro prospettiva nomo-centrica e autoreferenziale essi non fanno nulla di diverso da ciò che fa la gente comune quando modella le categorie del linguaggio naturale. L'effetto finale è che il diritto, pure in forza

degli effetti pratici derivanti dalla sua attuazione, finisce per imporre – come anticipavo – non solo ciò che si dovrebbe fare ma — e surrettiziamente — anche ciò che ‘è’. Senonché questo esito non è altro che la risultante di una selezione assiologicamente/teleologicamente orientata tra gli elementi del mondo fenomenico. Quegli elementi, *autorevolmente* raccolti e combinati, saranno assunti, a loro volta, come il ritratto di ‘fatti empirici’ e, come tali, assunti come la semplice (indiscutibile) evidenza su cui si può svolgere il gioco pluralistico dell’interpretazione giuridica. Lo sguardo dei giuristi avrà costruito, in questo modo, la propria versione del mondo empirico-oggettivo: lo stesso all’interno del quale essi avranno precedentemente proiettato il cono d’ombra del loro sguardo culturale, ideologico, soggettivo, rendendo invisibile ciò che, se scandagliato e lasciato emergere, potrebbe mostrare profili di meritevolezza di tutela rispetto agli stessi presupposti assiologici/teleologici del discorso normativo e del relativo sistema giuridico.

Il mondo fattuale «partigiano» indirettamente legittimato dalla massima fittizia e mistificante «il diritto produce i suoi fatti» si rivela uno strumento di dominio sociale la cui azione risulta tanto più potente quanto più esso si traveste da linguaggio puramente empirico. Qualunque dibattito (apparentemente) pluralistico su quale norma giuridica debba essere applicata ai ‘fatti chiaramente determinati’ e su quale principio si possa invocare per raggiungere una qualificazione equa della condotta delle persone risulterà perciò cognitivamente compromesso in radice. Il bilanciamento tra interpretazioni e prospettive assiologiche sarà comunque disomogeneo, se non altro perché verrà esclusa in partenza ogni discussione sui valori/fini preventivamente incapsulati nella categorizzazione di ciò che si assume come ‘fatti oggettivi’³². Visto da una prospettiva diversa, ciò significa che il contenuto del termine medio del sillogisma giudiziario sarà inteso come momento di ‘registrazione degli elementi empirici del caso/fattispecie concreta’ piuttosto che come un atto di traduzione e, quindi, come una metafora necessariamente imperniata sull’assunzione di un *ground*, di un tema metaforico, di tipo qualitativo (e, perciò, assiologicamente, teleologicamente ed esteticamente strutturato).

L’abbagliante oggettività dei fatti e la loro presunta neutralità/nitidezza epistemologica, quando assunti come parte integrante del discorso giuridico, è all’origine dell’oscurità semantica che il diritto getta, come un’ombra silenziante, sui membri più fragili, impotenti ed emarginati, della società. La resistenza dei giuristi a riconoscere l’intrinseca plasticità delle categorie e la ostentata convinzione assiomatica che valori e concetti giuridici siano ‘cose diverse e autonome’, sono le prin-

32 È sufficiente rinviare alle riflessioni di chi come Dworkin è considerato il campione dell’ermeneutica giuridica e, quindi, il portavoce di un interpretivismo giuridico che porta la sua sfida al positivismo per registrare come la questione relativa al ‘significato dei fatti’ sia considerata, tutto sommato, estranea o relativamente a-problematica rispetto alla questione della determinazione del diritto da applicare; cfr. Dworkin 1986: 11 ss. Al riguardo, per più approfondite considerazioni, rinvio ancora a Ricca, *How to undo* cit. Considerazioni ben più profonde si ritrovano, invece, nei percorsi dell’approccio ermenutico, soprattutto nella dottrina tedesca. Al riguardo, rinvio all’importante volume curato da Carlizzi e Omaggio 2016, che contiene un florilegio di estratti dalle opere di Larenz, Engisch, Radbruch, Kaufmann, Assemer, Hruschka et al. sul tema della dialettica tra norma, fatto e costruzione del ‘fatto’.

cipali armi retoriche messe in campo per immunizzare le concezioni misoneistiche e autorevoli del diritto da una critica aperta contro le osservazioni critiche sopra formulate. In molti casi, i giuristi di formazione positivista sembrano non riuscire a realizzare (o, più plausibilmente, si limitano a fingere di non riuscirci) che l'indeterminatezza non è una caratteristica intrinseca del linguaggio (e quindi anche del linguaggio giuridico), né la conseguenza di una carenza informativa degli interpreti e dei soggetti deputati all'applicazione del diritto. E, in effetti, con riguardo all'incapacità dei legislatori di cogliere e prevedere tutte le possibili situazioni destinate a cadere sotto la lente del diritto, i positivisti si limitano a osservare che si tratta solo di un fenomeno marginale. Essi, piuttosto, invitano a considerare che, nel complesso, il linguaggio giuridico è chiaro e facilmente applicabile attraverso schemi di referenzialità ben funzionanti. Così, proprio per stigmatizzare e marginalizzare quella che essi definiscono 'l'imprecisione del linguaggio', fanno uso di formule come 'polisemia', 'tessitura linguistica aperta' (Hart) e altre consimili; al tempo stesso, definiscono le situazioni corrispondenti come eccezioni sistemiche che non possono essere affrontate altrimenti se non dando ai giudici o ai funzionari il potere di decidere autonomamente cosa è la legge per il caso. Nel distinguere tra 'casi facili' e 'casi difficili' proprio con riferimento alla trama semantica delle norme giuridiche, gli stessi positivisti postulano una sorta di distinzione ontologica tra le situazioni da giudicare che semplicemente non esiste. Viceversa, se qualcosa è 'facile' o 'difficile' da classificare e quindi da qualificare giuridicamente dipende dal contesto semiotico in cui è inserita l'azione delle persone. Nulla significa in sé e per sé, inteso cioè come un elemento colto solo in base alle sue caratteristiche morfologiche e nella sua esistenza solipsistica e irrelata. Il significato *procede* per relazioni. Qualsiasi termine o dato può intraprendere una migrazione categoriale a seconda della situazione e dei fattori assiologico/teleologici che ne tracciano i confini semantici. Gli stessi fattori che, in molti casi, producono lo spostamento metaforico dell'elemento coinvolto nella situazione in esame e, in tal modo, finiscono per rimodellare l'ambito delle categorie corrispondenti. Ciò che determina l'aspettualità³³ 'facile' o 'difficile' del caso concreto deriva dalle reti semiotiche sottostanti alle apparenze morfologiche del comportamento delle persone. Ed è proprio attraverso un'attenta analisi di queste reti semio-narrative e della loro rilevanza nella determinazione di quali 'fatti' sono in gioco che si potrebbe provare a gestire il carico di ingiustizia e discriminazione che germoglia all'ombra della abbagliante nitidezza delle parole giuridiche; o, almeno, provare a relativizzarlo.

Ma qual è esattamente l'utilità di estrarre e portare in superficie gli strati semio-narrativi sottesi sia alla produzione di categorie sia ai tratti morfologici che la mente umana sovrappone ai flussi esperienziali fenomenici in modo da ritagliare e perimetrare situazioni/contesti? Perché tale attività dovrebbe essere di supporto nel

33 La parola 'aspettualità' può essere ricondotta al termine 'respect' che Peirce utilizza per significare il carattere specioso, selettivo, effetto di un trascoglimento, che caratterizza il pensare stesso all'oggetto della conoscenza come 'segno'. Per un'indagine sull'aspettualità, colta con specifico riferimento alla dimensione temporale, cfr. il numero speciale di LEXIA, 27-28, 2017, intitolato 'Aspettualità/Aspectuality' e curato da Massimo Leone.

diradare le ombre silenziose che il dire giuridico getta oscuramente di là dalle sue parole e categorizzazioni rivestite della propria (presupposta) autorità? La risposta a queste domande è che rendere visibili i fondali semiotici ed esperienziali dai quali prendono forma le caratteristiche morfologiche delle cose e dei fenomeni consente all'osservatore di riaprire il processo di categorizzazione. Ciò non significa affatto che le categorie preesistenti (o precedentemente note) siano da scartare. Piuttosto, il loro re-incorporamento nella trama profonda dei paesaggi semiotici da cui sono state estratte può mostrare le continuità esistenti tra ciò che è all'interno dei confini categoriali e ciò che è fuori – in altre parole, l'eccedenza semiotica/semantica inerente alle parti frastiche degli enunciati normativi (che possono essere anche quelli utilizzati per 'nominare' i comportamenti consuetudinari) e delle relative categorie. Tali continuità possono svolgere una funzione assai rilevante nell'affrontare in modo critico e rinnovatore l'uso delle categorie passate, se non altro perché possono aprire la strada a rimodellazioni metaforiche tra quel che è 'dentro' i perimetri categoriali e il corrispondente 'fuori'. Rimodellazioni che, a loro volta, potranno veicolare l'emersione di una dimensione di terzietà, vale a dire rinnovati contorni categoriali in grado di includere ciò che era stato precedentemente lasciato fuori dallo spettro semantico di ogni categoria. Se uniamo gli aspetti cognitivi di questo rimodellamento categoriale e quelli sociali, non sarà difficile osservare che tale rinnovamento potrebbe fornire un modo per dare voce alle istanze tacitate di soggetti minoritari ed emarginati, e cioè a sventare le strategie di potere che occultano le implicazioni relazionali e le aperture inerenti agli *abiti*, ai paesaggi semiotici, soggiacenti all'ombra della struttura simbolica e 'visibile' delle categorie.

Da un punto di vista giuridico, più specificamente, la 'scoperta' di continuità semiotiche tra il 'dentro' e il 'fuori' categoriale – come risultato dell'emergere di paesaggi semio-narrativi impliciti – potrebbe consentire di sfruttare la rilevanza concorrente di profili dell'esperienza sociale precedentemente oscurati rispetto ai valori/fini inclusi negli stessi ordinamenti giuridici. Del resto, alcuni di questi valori/fini corrispondono agli assi di legittimazione di quei sistemi, quindi sono contemporaneamente 'interni' ed 'esterni' al discorso giuridico/normativo. Ciò implica che quando nuovi tracciati dotati di rilevanza axio-telica divengono *visibili* in virtù dell'emersione di impliciti paesaggi semio-narrativi, contemporaneamente potrà prendere forma un circuito semiotico in grado di gettare un ponte tra nuove articolazioni dei fatti e i valori/fini fondanti del complessivo tessuto giuridico istituzionalizzato. Tale circolarità potrà indurre, a sua volta, la delegittimazione simultaneamente assiologica e cognitiva delle preesistenti categorizzazioni effettuate dai giuristi e 'restituite' come corrispondenti al presunto 'chiaro contenuto' dei concetti giuridici. Un contenuto la cui 'chiarezza' è, invece, solitamente spacciata come effetto dell'originario (anche se immaginario) contratto sociale semantico sottoscritto dagli individui 'aspiranti soggetti di diritto' al momento della nascita dell'ordinamento giuridico istituzionalizzato (o, quantomeno, quando, in sintonia con la cornice costituzionale, i legislatori 'hanno di volta in volta pensato' il contenuto semantico delle norme giuridiche da essi emanate).

La circolarità del coinvolgimento nel processo ermeneutico dei valori/fini fondanti degli ordinamenti giuridici, unitamente al loro 'stare tra' l'interno e l'esterno del

linguaggio normativo, genera una sorta di continuità semiotica tra il rinnovamento incessante e teleologicamente guidato delle categorizzazioni a livello fattuale-cognitivo e la modellazione delle categorizzazioni fattuali dal punto di vista del diritto. In questo senso, va rimarcata una tesi diffusa ma, a mio giudizio, infondata secondo cui esisterebbe una distinzione ontologica tra valori morali/etici ed estetici, da una parte, e valori cognitivi, dall'altra³⁴. Il processo complessivo equivale, piuttosto, a una elaborazione aperta e polivocale dei significati del mondo rispetto alla quale il diritto è da intendersi come mezzo per pianificare e realizzare la sua stessa futura 'efficacia'. Il percorso operativo appena delineato richiede, tuttavia, un cambiamento nell'approccio epistemico alla funzione del diritto e al suo stesso significato. A tal scopo, lo sguardo dei giuristi dovrebbe relativizzare la propria tendenza a focalizzarsi sulla (e magari essere ossessionati dalla) ricerca della legittimazione come qualcosa che giace nel passato e concentrarsi, invece, sulla dialettica semantica insita nella proiezione del diritto verso il futuro insieme all'accettazione implicita della sua imprevedibilità. Il significato così come l'autenticità degli enunciati normativi germinano e si librano sul confine dove parole ed esperienza, passato e futuro, funzione predittiva e adattiva delle categorizzazioni si compenetrano reciprocamente. Solo dall'alto di questo crinale, che rinnova continuamente il proprio profilo, il passato/originario significato del diritto può essere genuinamente e retrospettivamente accertato. In questo senso, il 'passato semantico' è comunque un'implicazione del futuro.

D'altra parte, solo un'apertura cognitiva come quella appena descritta potrebbe disinnescare un uso ideologico e dominante della categorizzazione, così come il pericolo di de-categorizzazioni silenziose e surrettizie dei soggetti sociali marginali che essa porta con sé – in conformità del motto di Spinoza, per cui, *omnis determinatio est negatio*. Inoltre, la suddetta apertura cognitiva richiederebbe anche la relativizzazione della dicotomia essere/dover-essere. Ciò non significa – giusto per evitare equivoci – che l'importanza pratica di questa distinzione debba essere *liquidata* quanto piuttosto che essa possa essere ridotta nella sua portata. Più specificamente, la dicotomia essere/dover-essere potrebbe essere intesa e impiegata come criterio euristico e/o pragmatico pertinente alle singole situazioni invece di essere assunta come presupposto ontologico; e, soprattutto, andrebbe invocata solo in condizioni di relativa stabilità socio-semantica. Al contrario, esigere e perorare la sua assoluta validità anche quando la mente umana – intesa come coincidente con l'intera intrapresa culturale – si trova a dover affrontare la sfida di mutevoli condizioni ambientali e sociali potrebbe finire per convertire la sua 'intrinseca saggezza pragmatica' in una cortina fumogena mistificante e ottundente, come tale pericolosamente e talvolta cinicamente destinata a travolgere e soffocare ogni critica e interpretazione pluralistica dei fatti e dei valori pre-incapsulati nella loro assunzione all'interno del discorso giuridico.

Da un punto di vista operativo e tecnico, il diverso approccio appena proposto dovrebbe essere inquadrato all'interno della fase in cui il termine medio del sillogi-

34 Si veda, al riguardo, il confronto dialettico a distanza tra Mackie 1977 e Putnam 1992; Putnam 1994: 151 ss.. Cfr. anche i riferimenti a Peirce rinvenibili in Kvelson 1993 e Dewey 1931.

simo giuridico o giudiziario sta per essere configurato. Ribadisco, l'effetto di apertura ermeneutica e cognitiva che il modo di procedere appena tratteggiato recherebbe con sé potrebbe essere ulteriormente potenziato quando la qualificazione giuridica dei fatti fosse consapevolmente intesa come un'attività di traduzione o, meglio, come trasduzione metaforica tra molteplici universi di discorso interrelati e che si interpenetrano. Questo perché solo lo specifico atteggiamento trasformativo della trasposizione metaforica può aprire le porte del ragionamento giuridico a una considerazione equilibrata di entrambi i seguenti elementi:

a) la coimplicazione tra fatti e valori nella determinazione dei contesti da cui germinano le categorizzazioni (come riferimento può assumersi, sia lo schematico trascendentale kantiano, sia la faneroscopia peirceana; in minor misura, la sintesi passiva husserliana, da considerarsi semmai solo attraverso lo spettro della rielaborazione operata da Merleau-Ponty);

b) la rilevanza di quella coimplicazione per una comprensione aperta e pluralisticamente responsiva delle categorie e dell'attitudine al cambiamento (vale a dire, la plasticità semantica) inerente alla loro 'autentica' e 'originaria' funzione adattiva.

Quanto presentato in questo paragrafo a proposito del rapporto tra categorie, discorso ed esperienza giuridica potrebbe agevolare, a mio giudizio, una lettura del fenomeno consuetudinario e dell'immanenza in esso di 'fatto' e 'diritto' in grado di liberarne la lettura dalle ambiguità e dai paralogismi derivanti dall'assunzione implicita di alcuni schemi propri del pensiero gius-positivista. Ambiguità e paralogismi che, peraltro, spero di riuscire a porre ulteriormente in evidenza nei prossimi paragrafi.

5. Quarto inizio/percorso. In dialogo con la teoria della consuetudine come 'fatto normativo'

La consuetudine non sgorga da un atto normativo, non è una fonte attizia. Su questo dato sembrerebbe esserci consenso unanime. Se la consuetudine non è un atto normativo, dunque cos'è? Applicando una strategia di categorizzazione di tipo dialettico, che somiglia un po' a una sorta di deduzione *a contrario*, molti concordano nel considerare la consuetudine un 'fatto normativo'. Ai miei occhi, l'espressione appena riportata tra gli apici evoca però un ossimoro – fenomeno che peraltro si verifica frequentemente quando le categorizzazioni derivano da deduzioni negative o dialettiche. Bobbio, almeno nella tradizione di *civil law*, ha contribuito in modo influente alla caratterizzazione della consuetudine come 'fatto normativo'. Un confronto con la sua posizione può dunque essere utile a evidenziare le implicazioni della visione della consuetudine come *cognitudine*.

A giudizio di Bobbio, la consuetudine non deve la sua qualifica di normatività ad alcuna manifestazione di volontà attizia/intenzionale. Ciò va inteso nel senso che, sempre secondo questo autore, la consuetudine si origina da un fenomeno sociale che può essere considerato come 'fatto non volontario'. Essa si pone, cioè, come regola di condotta semplicemente in forza della circostanza che il suo essere rispettata e iterata 'avviene socialmente'. Non è necessario alcun altro fattore qualificante perché, in quanto consuetudine, essa 'sia dotata di normatività'. Al

riguardo, Bobbio osserva ancora che “considerato il diritto consuetudinario come un fatto normativo, si è implicitamente risposto alla domanda che sta alla base di ogni discussione e costituisce il punto di scissione delle varie dottrine, da Georg Friedrich Puchta in poi: se la consuetudine abbia valore costitutivo o meramente ricognitivo, vale a dire se la ripetizione degli atti che costituiscono nel suo complesso la consuetudine, l'*usus* nel senso tradizionale, crei essa stessa la nuova norma giuridica o semplicemente sia rivelatrice di una norma giuridica preesistente. La tesi sin qui sostenuta non lascia dubbi sul valore costitutivo della consuetudine”³⁵. In questo senso, può affermarsi dunque – continua l'autore – che “il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è un fondamento al di fuori della consuetudine, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita”³⁶.

Saliente – a mio modo di vedere – nella posizione di Bobbio è la tendenza a de-soggettivizzare il ‘fatto’, cioè il comportamento reiterato che costituisce – come si è detto – certamente un elemento, anche se non il solo, della consuetudine. Questa oggettivazione del fatto sembrerebbe il contraltare della sopravvalutazione della performatività del giudizio di giuridicità espresso sul ricorrere del ‘fatto’. Provo a esplicitare meglio. Nella visione di Bobbio, come di molti altri giuristi impegnati nell'analisi della consuetudine, fatto e diritto rimangono due elementi distinti. Analogamente al conio-madre di tutti i dualismi moderni, la scissione soggetto/oggetto sembrerebbe pervadere ogni tentativo di analizzare o scomporre il fenomeno consuetudinario. Senonché non esiste un fatto indipendente dal soggetto; ancor meno un fatto umano, cioè imputabile all'agire di un individuo. Il concetto stesso di involontarietà – e non è certo questo il caso dei comportamenti/fatti coinvolti nella consuetudine – non esclude la soggettività, la partecipazione proattiva del soggetto all'azione che sostanzia il comportamento. Nel distinguere tra fatto e opinione circa la giuridicità del ripetersi dei comportamenti si istituisce una scissione tra essere e dover-essere che semplicemente non ha senso. Ispirandosi a Vico, potrebbe dirsi che essa non è applicabile all'azione umana se non retrospettivamente e, anche così (questo è il punto difeso da Vico), in modo improprio³⁷. Sottrarre la dimensione soggettiva dai fatti umani – sulla base di quanto osservato a proposito della categorizzazione – significa solo due cose: a) sovrapporre la soggettività dell'osservatore nel definire l'*oggettività* storica, sostituendo quindi il nostro punto di vista a quello degli attori storici; b) trascurare un aspetto cruciale dell'azione umana nella misura in cui la si estrapola dal contesto semiotico/immaginario nel quale essa si struttura nelle sue componenti, la forma o profilo morfologico delle quali è inscindibile dalla prospezione teleologico/assiologica, cioè adattiva.

A mio modo di vedere, l'unico modo per far salva l'idea di Bobbio, per il quale la consuetudine è un fatto che trova ‘la sua ragion d'essere nella sua osservanza

35 Bobbio 2010: 39.

36 Bobbio 2010: 48.

37 Cfr. Danesi, 2012: 95 ss.; Heritier 2020: 1125 ss.

che la costituisce e mantiene in vita', è sdoppiare il momento soggettivo relativo all'adozione del comportamento (che per Bobbio può essere anche involontario purché si ripeta) da un altro momento soggettivo, quello della valutazione di giuridicità e/o obbligatorietà. Senonché, con questa mossa, la tesi in esame si colloca all'interno di un più vasto campo problematico concernente la sopravvalutazione della performatività/autoreferenzialità della qualificazione giuridica di ciò che è *fatto*. Fingendo che alle spalle di tutti questi discorsi non vi siano gli assiomi indimostrati del positivismo, e cioè la coincidenza tra istituzione e diritto, e nemmeno il fondazionalismo *a-priori* di matrice neo-kantiana di Kelsen, potrebbe dirsi che la performatività propria del giudizio di giuridicità circa la consuetudine derivi da un 'potere o competenza a dire cosa è diritto' incardinata in capo ad alcuni soggetti – specificamente i soggetti istituzionali. A ben vedere, però, questi soggetti altri non sono che gli stessi impegnati a iterare i comportamenti costitutivi la consuetudine, dunque la sua dimensione di fatto. Com'è possibile, dunque, che lo stesso soggetto sia parte del fatto e parte del giudizio sul fatto rimanendo scisso dentro di sé? Qual è la plausibilità di questo sdoppiamento? Io credo che al fondo di esso vi siano assunti adottati in modo non del tutto consapevole. Direi che a operare è la *consueta* epistemologia moderna e lo sguardo epistemico che distingue l'essere dal dover-essere, la dimensione socio-fattuale da quella *dichiarativa-costitutiva*, e appunto performativa. Senonché la performatività di una dichiarazione 'esterna' sulla giuridicità rispetto alla pratica consuetudinaria e ai suoi attori non può essere considerata come integralmente costitutiva alla stessa stregua di un atto normativo di fonte attizia. In questo secondo caso, la giuridicità del fatto – secondo la vulgata positivista – è integralmente e costitutivamente determinata dal diritto formale, cioè dal dire giuridico dell'istituzione investita dalle fonti sulla produzione del potere di generare, a sua volta, fonti di produzione del diritto. Quale sia poi il fondamento del diritto formale, cioè cosa legittimi il diritto formale a qualificare giuridicamente i fatti, costituisce il tratto di 'occultismo' del positivismo. Un occultismo tristemente spacciato per nitore epistemologico, del resto come è proprio di tutti gli apriorismi. Nel caso della consuetudine, viceversa, la giuridicità, che si confonde con la meritevolezza di tutela, non può essere formalisticamente e del tutto eteronomamente considerata come una produzione performativa dell'ordinamento. Diversamente, la consuetudine risulterebbe svuotata di giuridicità intrinseca. Alla fin fine – per intendersi – è esattamente questo il 'non-detto' che si cela nell'affermazione (di Bobbio) per cui validità ed efficacia coinciderebbero, cioè si confonderebbero con l'iterarsi del comportamento consuetudinario.

In effetti, l'osservanza non può essere ridotta a mero fatto oggettivo o, se non altro, osservabile da un ipotetico occhio esterno incaricato di operarne costitutivamente la sua qualificazione giuridica. Chi registra il 'fatto' dell'osservanza non vede un mero accadere senza attore umano, cioè senza intenzionalità, e che si auto-riproduce. Per capire la consuetudine – in questo, pure assumendo un atteggiamento analitico, non si può non concordare con MacCormick³⁸ – bisogna necessaria-

mente considerare la disposizione psicologica di chi decide di prestare osservanza e una motivazione soggiacente a questo atteggiamento intenzionale. Il soggetto creatore della consuetudine e la consuetudine che si pone come fonte di obblighi fanno parte dello stesso mondo e si interpenetrano riflessivamente a vicenda. I due lati del fenomeno consuetudine possono essere separati solo euristicamente. Nell'esperienza, tuttavia, essi agiscono co-costituendosi l'un l'altro.

Il nesso di cogenerazione tra soggettività e comportamento nella fenomenica della consuetudine, dal mio punto vista, è da intendersi *in senso forte*. L'*opinio iuris* ha la stessa matrice dell'*osservanza/adozione* del comportamento coincidente con la consuetudine. Questa matrice è la *suetudo*, cioè l'essere *adatto a* ' , in questo caso al soggetto'; e, quindi, attraverso un processo di universalizzazione e transazione sociale, essa include il *cum*, la convergenza intersoggettiva, ulteriormente suscettibile di assurgere alla qualifica di *necessità* (*opinio necessitatis*). La 'suetudine', tuttavia, non può essere pensata altrimenti se non come una relazione dinamica. Soggetto, comportamento e condizioni ambientali al contorno sono fusi nella *consue-tudo*. Essi permangono e cambiano – con specifico riferimento alla *desuetudo* – insieme. Così, la desuetudine non è il frutto del mutamento di opinione soggettiva elaborato dall'esterno rispetto al comportamento di fatto e al fatto storico-sociale del suo essersi iterato nel tempo passato. La *de-suetudo* è il frutto di una relazione *dinamica* tra *fatto e valore*, dove il fatto include anche il soggetto che è mutato per effetto dei cambiamenti ambientali che sorreggevano la situazione di *suetudine*—in inglese si direbbe di *suitability* – del comportamento iterato consuetudinarmente rispetto alla relazione soggetto/ambiente. In altre parole, la consuetudine non è un oggetto da osservare dalla sponda soggettiva quanto piuttosto il *medium* di una relazione continuata, che non conosce una cesura netta nel momento in cui assurge allo stadio della 'giuridicità'³⁹. Ed è appunto questa relazione che tiene insieme l'avvicinarsi di *consuetudo* e *desuetudo* all'interno di un *continuum*. In tal senso bisognerebbe tentare di considerare la giuridicità della consuetudine senza applicare a essa gli schemi adottati ordinariamente per configurare la giuridicità del diritto 'attizio', cioè della legge emanata dall'autorità – che è poi ciò che fa anche Bobbio a dispetto dell'esplicito *caveat* circa la non utilizzabilità con riguardo alla consuetudine dell'approccio alla giuridicità relativo al diritto di matrice legislativa.

Come già osservato, la giuridicità formale della legge, e di tutto il diritto così come concepito dal positivismo, è immaginata come un fenomeno che ha origine in una sorta di 'frattura' del tempo, tradizionalmente identificato nella conclusione del contratto sociale o nell'istituzionalizzazione dei fenomeni di 'giuridicità diffusa'. Una frattura che – in quella visione – costituisce anche il momento costitutivo del fenomeno 'diritto' e corrisponde, di seguito, all'emanazione dell'atto, alla esternazione della volontà normatrice del soggetto legiferante o, più in generale, istituzionalmente definito competente a dettare norme di condotta. Proiettare questo schema genetico sulla consuetudine, tuttavia, trasfigura l'oggetto della catego-

39 ...la medesima cesura che il positivismo pone tra la fase pre-istituzionale e quella dell'istituzionalizzazione dell'esperienza sociale generatrice della giuridicità.

rizzazione, ignorandone un aspetto centrale. Nella consuetudine – ripeto – non c'è diffrazione tra chi ne genera la giuridicità e chi deve adeguarsi a essa. L'autore della consuetudine è anche il soggetto chiamato a osservarla, e viceversa. La qualifica di 'soggetto giuridico', rispetto alla consuetudine, è sempre bivalente. Il termine 'soggetto' è, cioè, da interpretare sia in senso attivo, sia in senso passivo. L'alterità presente nella relazione autorità-soggetto di diritto, così come presente nella legge, non può essere trasferita sulla genetica e sulla dinamica consuetudinaria. Non c'è nessuna autorità che *detti* costitutivamente la consuetudine. Allo stesso modo, non c'è nessuna autorità che sancisca la *desuetudine* o abroghi la consuetudine precedente in modo tacito per mezzo della costituzione di una nuova consuetudine. A ritmare il mutamento, senza far precipitare tutto nel caos, è appunto la *suetudo*: vale a dire la relazione di adeguatezza tra standard normativo e ambiente sociale (del quale anche gli esseri umani fanno parte).

La riflessione sulla consuetudine è oggi rilevante perché i mutamenti delle condizioni al contorno relative agli ordinamenti statali sono molto profondi. E lo sono a tal punto da mettere in crisi l'idea che il diritto (formale) si basi su una cesura nell'esperienza sociale, sull'emersione da essa di un momento istituzionale inteso come frattura temporale rispetto alla dinamica della società; la stessa dinamica che dovrebbe rendere – in tesi – l'impianto complessivo dell'ordinamento indipendente dalla *suetudo* dei suoi contenuti; o, quantomeno, sufficientemente stabilizzato da far sì che la *suetudo* possa essere data per acquisita (talora come un *fatto convenzionale*).

Nella tradizione dogmatico-analitica, si distingue la consuetudine dalla legge formale asserendo che: a) la legge è valida anche quando ineffettiva o, semplicemente, violata; b) la consuetudine è valida solo se effettiva, poiché la validità della consuetudine coincide con la sua osservanza⁴⁰. Mi chiedo se questa distinzione sia corretta e, soprattutto, se non costituisca un'astrazione tratta dalla fenomenica – per dir così – più superficiale relativa, rispettivamente, alla legge e alla consuetudine. L'effettività di una fonte normativa non è un mero dato sociale e storico. Essa non si verifica allo stesso modo in cui cade una pietra verso terra. È invece sempre mediata da un giudizio assiologico, che a sua volta sta alla base della causalità deontica, cioè dell'obbligatorietà. Quel giudizio assiologico è appunto sintetizzabile nella *suetudo*. Un elemento, questo, che attraverso la *de-suetudo* tende a spostarsi da un modello di comportamento a un altro, anche quando il secondo fosse categorizzato in termini solo negativi, cioè come non-osservanza del primo. In altre parole, l'effettività o l'ineffettività (anche quando le si volesse – per la consuetudine – far coincidere con l'efficacia) sono un effetto, non la ragion d'essere del permanere o del venir meno della consuetudine. Anche se ciò non significa – come precisato sopra – che l'iterarsi o meno del comportamento coincida con l'aspetto empirico dell'esistenza di una norma: norma e comportamento, abito e proiezioni assiologico/teleologiche sul mondo e sulla sua dinamica empirica – ribadisco – sono due facce della stessa medaglia. L'ordine di senso corrispondente alla consuetudine e generato dall'*abito* deriva da un trascoglimento tra le relazioni che costituiscono

40 Sostanzialmente così Bobbio. Per un confronto con il presente, cfr. Hage 2022.

l'esperienza che è immanente alla condotta; inoltre, rispetto all'*abito* la condotta materiale è un solo un *medium*.

D'altro canto, la distinzione tra validità formale ed efficacia delle fonti giuridiche attizie rimane plausibile solo finché il contratto sociale semantico che si affianca al contratto sociale politico (cfr. *supra*) rimane relativamente stabile. Di fronte a un cambiamento sociale profondo, i valori/fini di legittimazione dell'intero ordinamento vanno necessariamente incontro a, e generano, processi di auto-trasformazione semantica: un'autotrasformazione che è coestensiva all'entropia intrinseca alla proiezione temporale del dire giuridico e della categorizzazione in generale. Per quanto formalizzati nei testi costituzionali o, comunque, fondativi dell'ordinamento giuridico, quei fini/valori non possono essere dissociati dal tessuto sociale dal quale il processo costituzionale li ha tratti, facendoli propri, e nemmeno dalle dinamiche di significato che si dispiegano attraverso il tempo. Tuttavia, l'idea che la costituzione congeli l'assetto sociale nel momento della sua emanazione, ossificandolo nei suoi contenuti di base, nasconde una premessa non del tutto plausibile: e cioè che il significato delle norme possa essere 'ridotto' o 'costretto' in una struttura semantica statica, in grado di immunizzarsi dal procedere dell'esperienza. Una simile visione riduce l'ordinamento giuridico alla condizione di un 'già stato semantico', una sorta di fenomeno esausto, da studiare con atteggiamento quasi autoptico. La funzione del diritto e di chi studia il diritto, tuttavia, non è fotografare uno *status quo* semantico, quanto piuttosto fornire gli strumenti per realizzare ciò che, in termini culturali, si ritiene 'debba essere socialmente'. L'ordinamento costituzionale formale fa propri i valori/fini sociali per realizzarli, proiettandoli come un progetto verso il futuro (direbbe Calamandrei)⁴¹, non solo per iterarne una presunta già esistente effettività, attualità o già avvenuta attuazione. L'idea propria del c.d. originalismo, per cui i significati costituzionali dovrebbero essere intesi come corrispondenti a quelli attribuiti dai fondatori al momento della emanazione della costituzione nello specchio della società del tempo, paradossalmente, frustra qualsiasi esigenza di autenticità connessa alla struttura categoriale del linguaggio. Ancora una volta, la prospezione verso il futuro, per l'adattamento, è intrinseca a qualsiasi espressione categoriale e, ancor più, a qualsiasi espressione assiologica o deontica. Come già osservato, il 'dover essere' abita (se non altro 'anche') il futuro, non solo il passato da quale proviene la sua iniziale determinazione. Diversamente, esso non avrebbe senso perché oscillerebbe tra due alternative: a) la coincidenza con ciò che è attualmente, quindi una sua ridondante, tautologica riaffermazione; e/o b) il tentativo di mutare ciò che non è più modificabile. Il senso del dire deontico o giuridico non può consistere, per ragioni ancora una volta di entropia semantica ed esperienziale, nella pedissequa ripetizione, nel futuro, di ciò che già è. E questo perché, come evidenziato in precedenza a proposito della categorizzazione in generale, l'io che dovrà attenersi all'imperativo espresso oggi,

41 Calamandrei 1955 : 'la nostra costituzione è in parte una realtà, ma soltanto in parte è una realtà. In parte è ancora un programma, un ideale, una speranza, un impegno di un lavoro da compiere'.

o realizzare il valore elaborato nell'adesso, non sarà lo stesso di quello contemporaneo alla generazione dell'imperativo o del valore. Tra l'altro, quell'io non sarà lo stesso non solo in senso formale/temporale ma anche sostanziale, poiché esso sarà comunque il frutto del dipanarsi imprevedibile delle sue relazioni con l'ambiente, con il contesto. Un ambiente e un contesto che la costituzione deve presupporre e non ha assolutamente il potere di mantenere inalterato, soprattutto nelle sue coordinate di significato. Del resto, anche il permanere materiale di qualcosa produce nuove relazioni semantiche con l'ambiente.

Giusto per avvalersi di un'analogia, il mantenimento di un odore con il tempo genera l'annichilamento percettivo e, quindi, modifica il significato dell'odore stesso. È per questo che la ripetizione volontaria, così come l'iterazione, non sono mai immuni dalla dinamica del significato⁴². Non ci si può bagnare mai due volte nella stessa acqua non solo perché l'acqua scorre di continuo e non è mai la stessa ma anche perché nel bagnarsi la prima volta il soggetto che si bagna è mutato e, ancora, perché l'acqua che quel soggetto sperimenterà al seconda volta non potrebbe essere la stessa di prima anche quando apparentemente lo fosse, anche quando 'stagnasse', se non altro perché modificata, a sua volta, dall'aver bagnato il soggetto.

La *suetudo* dei valori/fini costituzionali contiene intrinsecamente un andamento dinamico. Per questa ragione, all'interno di esso, non è possibile distinguere nettamente tra validità ed effettività. Del resto, questo aspetto è rinvenibile in un fenomeno che attraversa anche l'esperienza del diritto positivo attizio. Mi riferisco all'inconstituzionalità sopravvenuta delle leggi. Per quanto si provi a fornire una lettura in chiave formalistico-positivista di questo fenomeno, esso ha come motore l'andamento adattivo e, quindi, *con-suetudi-nario* dei significati costituzionali e specificamente dei valori/fini dalla cui dialettica di realizzazione essi si generano. La statica-analitica della semantica costituzionale di tipo dogmatico, la stessa che distingue nettamente tra validità ed effettività/efficacia, non sembra in grado di spiegare in profondità il fenomeno dell'inconstituzionalità sopravvenuta, né quello dell'inconstituzionalità parziale delle norme. Il suo annidarsi nella fenomenica istituzionale e giuspositiva del *diritto in atto* rappresenta una sorta di auto-riferimento paradossale che demolisce ogni pretesa lettura gerarchico-assiomatrica e misonista (nel senso prima indicato) del legittimo dispiegarsi dell'ordinamento e, quindi, della fenomenologia del diritto in sé.

Tornando al punto d'attacco di questo paragrafo e dell'intero contributo, è esattamente il sopravvenire di mutamenti nelle condizioni di fatto che accompagnano l'attuazione delle norme costituzionali e legislative a sollecitare, oggi, un rinnovato interesse per la dimensione consuetudinaria dell'esperienza giuridica, per la *suetudo* intrinseca al diritto, per l'elemento di *cognitudo* inerente alla *con-suetudo*. L'inconstituzionalità sopravvenuta mette in crisi la scansione diritto positivo/diritto consuetudinario costruita sulla differenziata categorizzazione del rapporto tra validità ed effettività/efficacia in ciascuna delle rispettive fonti. Quando una legge diventa incostituzionale, ciò significa che la cesura semantico-temporale immaginata dal

42 Il riferimento è, qui, ancora una volta ai testi citati di Kirkegaard 2012 e Deleuze 1997.

positivismo come momento genetico del fenomeno giuridico si imbatte in una negazione che essa stessa auto-produce. Qualcosa che il diritto formale – secondo le letture positiviste – *vorrebbe* porre al di fuori dell'*enclave* autoreferenziale che esso (presuntivamente) intende istituire, e che invece si manifesta (*anche*) all'interno di essa, scuotendola dalle fondamenta. Al riguardo – non dubito – si potrà affermare che l'incostituzionalità sopravvenuta delle leggi derivi dal mutamento complessivo del contesto normativo rispetto al quale i valori costituzionali permangono nella loro stabilità, sia formale, sia semantica. E, tuttavia – va osservato – il mutamento del contesto normativo non è indipendente dal mondo extra-normativo; nonostante tutto, esso finisce per incunearsi nella cornice semantico/deontica che, si suppone, la costituzione abbia fissato in modo istantaneo e stabile nel momento della sua emanazione. Insomma, se il contesto extra-normativo è potuto cambiare, ingenerando l'inconstituzionalità di una norma rispetto alla costituzione, è perché i significati della costituzione sono cambiati anch'essi, perché sono mutate le loro implicazioni esperienziali ed ecologiche – per dir così – rispetto alla rete dei significati normativi olisticamente e relazionalmente considerati.

La conclusione che emerge dalle considerazioni adesso proposte è che – contrariamente a tutto ciò che l'imperante approccio positivista sembrerebbe impegnato a far credere – la consuetudine non è un caso speciale, un'eccezione rispetto al diritto positivo di matrice istituzionale, inteso come diritto per eccellenza, come paradigma prototipico. Al contrario, se visto in una prospezione dinamica – a mio giudizio, l'unica applicabile al diritto – è il diritto positivo e la cesura semantica immaginata – dall'approccio positivista, imperativista e formalista – come origine della giuridicità a costituire un'eccezione, una contingenza, una semi-cadenza (per parafrasare Peirce) nel flusso dell'esperienza giuridica e del dispiegarsi della storia sociale.

Per l'insieme delle ragioni esposte fin qui, la definizione crisafulliana di legge come 'atto istantaneo con effetti permanenti'⁴³ non può applicarsi alla consuetudine o al momento in cui la pratica consuetudinaria si stabilizzerebbe divenendo 'diritto eteronomamente/oggettivamente' vincolante per tutti. Eppure, nonostante il riconoscimento e persino i moniti circa l'impossibilità di applicare alla consuetudine gli stessi criteri di concettualizzazione riguardanti le fonti attizie, gran parte degli studiosi sembrano pensare alla regola consuetudinaria come un precetto che 'diventa' giuridico in un preciso momento del tempo e, nel far questo, si differenzia dal processo che ha prodotto la sua 'giuridificazione'.⁴⁴ Personalmente, ritengo che questa dicotomia tra regola e processo di formazione del diritto sia la fonte di tutti i paradossi che la dottrina contemporanea ravvisa nel confrontarsi con la nozione, più o meno tradizionale, di consuetudine. Tuttavia, quei paradossi nascono semplicemente perché si tenta di comprendere un fenomeno assimilandolo a un altro, e cioè ponendo l'esperienza giuridica sotto la lente paradigmatica della forma, la dinamica di formazione e continua riproduzione del 'giuridico'

43 Crisafulli 1959: 258-259.

44 Anche su questo profilo, nonostante il differente punto di vista, rinvio alle interessanti considerazioni proposte da Canale 2008: 133-135.

nello spettro della regola giuridica intesa nella sua staticità. E ancora, tale assimilazione mi sembra fonte di paradossi semplicemente perché chi si avventura nel darle seguito tenta di mettere insieme ciò che precedentemente egli stesso, o chi per lui, ha diviso; e tutto senza rimettere in discussione quella stessa distinzione, senza analizzare i suoi fini, senza criticarne i mezzi. Nonostante molte osservazioni interessanti fornite da chi anche più di recente si è occupato di consuetudine⁴⁵, alla fine quasi tutti finiscono per ripiegare sulle tesi tradizionali, ben sintetizzate dalla seguente affermazione: “Da questo punto di vista, anche la norma giuridica consuetudinaria, come qualsiasi altra, costituisce una ragione d’azione esclusiva, valendo anche per essa il principio secondo cui, accettata la norma, ogni ulteriore ragione a favore e contro il corso d’azione da essa prescritto è irrilevante. La consuetudine giuridica pare cioè essere una tecnica di decisione formalistica al pari della legge, ovverosia un metodo di scelta pratica basato su norme (ragioni d’azione esclusive)”. In questa frase – a me sembra – sono condensati tutti i presupposti delle contraddizioni inerenti alla concettualizzazione della consuetudine da parte degli approcci positivista, formalista e analitico⁴⁶.

Con riferimento alle contraddizioni adesso indicate, credo possa essere utile svolgere alcune considerazioni di carattere eminentemente pratico. Il problema della rigidità o della eteronomia della consuetudine rispetto all’agire soggettivo si pone quando si dia il caso di un contrasto intersoggettivo. Si supponga che qualcuno invochi una consuetudine per delegittimare la pretesa di un altro soggetto. In questa situazione, l’accertamento della consuetudine sembrerebbe condurre a un esito simile a quello della legge formale. La legge è valida indipendentemente da ciò che ne pensano i soggetti destinatari di essi – questa è la conclusione in formato austriano/hartiano che potrebbe essere proposta dai positivisti. Qualcosa di assimilabile al fatidico *dura lex sed lex*. Eppure, a guardar bene, le cose non stanno esattamente in questi termini. Del resto, se così fosse, la desuetudine non potrebbe mai darsi, anche nella forma di nuove consuetudini che prendono il posto delle vecchie. Se gli effetti del passato, solidificati in una regola consuetudinaria, non potessero mai essere rimodulati legittimamente, allora la desuetudine o le nuove consuetudini non potrebbero mai nascere. Qualcuno potrebbe osservare a questo proposito che potrebbero anche nascere e perpetuarsi nel tempo ma... a patto che nessuno impugni mai di fronte a un giudice l’adozione dei comportamenti che integrano la nuova consuetudine o la desuetudine prima che questi si siano ripetuti del tempo così a lungo da fornire da sé l’evidenza che la consuetudine precedente è ormai priva di obbligatorietà. La risposta, per quanto arguta e nutrita indubbiamente di un elevato grado di scetticismo nei confronti della giuridicità intrinseca del fenomeno consuetudinario, tuttavia non mi pare risolutiva. Non può

45 Tra i molti contributi, ricordo qui il bel saggio introduttivo, alla raccolta da lei stessa curata, di Zorzetto 2008: 25 ss..

46 Ancora, Zorzetto 2008: 38-39, dove non a caso si riprende l’approccio di Raz : 35 ss., forse il più contraddittorio tra gli analitici anglosassoni per il suo oscillare, testimoniato dalla successione di molti suoi scritti, tra una visione essenzialmente autoritaria del diritto e un atteggiamento aperto alla delegittimazione di quell’autoritarismo in nome della differenza.

essere la postulazione di una ‘coincidenza sistematica’ a spiegare l’avvicinarsi delle consuetudini. Quel che determina la giuridicità di una consuetudine non è soltanto il tempo, la sua stabilità, ma anche la *stabilizzazione* della relazione tra soggetti e ambiente sociale che negli aspetti morfologici del comportamento materiale trovano solo un mezzo, un aspetto della situazione complessiva dotata di pregevolezza assiologica, cioè fonte di valore e di dover essere. La consuetudine è questa relazione tra mezzi e fini intrinseci a essa. Il fatto che sia stata ripetuta meccanicamente non significa affatto che, in quanto abito, essa non fosse il frutto di un’interazione intelligente, ponderata e proattiva, cioè rivolta a generare e anticipare implicazioni tra soggetto e ambiente, tra dimensione mentale e dimensione organica o empirico/materiale. Il comportamento consuetudinario è un comportamento comunque orientato a un fine. Come ho ribadito più volte, il fine stesso è integrato nelle relazioni tra agente, corpo dell’agente, mondo circostante e dinamica complessiva dell’azione in relazione alle condizioni al contorno (le citate 4E)⁴⁷. Da questo punto di vista, il comportamento incorpora le intenzioni proattive del soggetto e queste, enattivamente, includono i micro-processi di adattamento all’ambiente. Tutti insieme, questi concorrono alla realizzazione delle implicazioni pro-attive della consuetudine, cioè della situazione complessivamente dotata di significato. L’adozione di un comportamento differente può certamente integrare la violazione della consuetudine. Del resto, se questa non potesse essere violata o se ogni variazione individuale implicasse la sua decadenza, sarebbe priva di obbligatorietà. Tuttavia, obbligatorietà non significa divorzio da ogni implicazione di senso o irrilevanza di qualsiasi profilo assiologico connesso all’efficacia di uno standard prescrittivo. La variazione in determinate condizioni può dipendere da un’istanza di ri-categorizzazione e quindi di rimodulazione della portata pragmatica della norma consuetudinaria connessa al manifestarsi di variazioni nella situazione complessiva che la norma, e il comportamento che essa indica, presuppongono e riassumono: meglio ancora incorporano dinamicamente e prospettano. In questo senso, la deroga, l’alterazione della portata della consuetudine, possono persino porsi in linea con i suoi presupposti teleologici e con il criterio-guida per la combinazione mezzi/fini soggiacente a essi. Ancora, può accadere che il comportamento adottato apparentemente in violazione di quanto prescritto dalla previgente consuetudine – comportamento che può anche essere una nascente consuetudine non ancora dotata della *diuturnitas* – risponda a una mutata sensibilità sociale, a nuovi orizzonti di fini, tali da rendere la precedente consuetudine non in linea con essi, e quindi inadatta al nuovo assetto di significati sociali. Alcuni, indubbiamente, potrebbero continuare a invocare la vecchia consuetudine ma se essa si rivelasse non più confacente con i valori/fini che l’assetto sociale considera fonte di legittimità e giustizia, la *diuturnitas* di per sé non potrebbe porsi in contrasto con l’evoluzione dei costumi. La distonia dell’abito (costume) contenuto nella consuetudine morfologicamente considerata – cioè come coincidente con uno specifico comportamento riguardato nelle sue caratteristiche morfologiche considerate isolatamente e in

47 Cfr. Testa and Caruana 2020.

modo irrelato – rispetto ai costumi complessivi della società produrrebbe un'inevitabile eterogenesi dei fini quale conseguenza della sua adozione.

Si faccia l'esempio – ampiamente utilizzato dalla dottrina analitica a partire dall'*onnicitato* Hart – della consuetudine per gli uomini di togliersi il cappello entrando negli edifici sacri cristiani; si ricollochì quella consuetudine in un contesto sociale ispirato alla parità tra i sessi e in cui – com'è da sempre – non sia imposto alle donne di togliere il copricapo all'ingresso in Chiesa. Continuare a esigere che solo gli uomini adottino quel comportamento e imporre al singolo che se ne distanzi di adeguarsi all'usanza tradizionale equivarrebbe senz'altro a una consuetudine non in sintonia con l'assetto complessivo dei valori sociali e in contrasto con il principio di eguaglianza. Come potrà constatarsi, l'eguaglianza e l'universalizzazione tornano a far capolino. L'adeguatezza, l'adattamento, la *suetudo* del comportamento consuetudinario sono inerenti anche alla sua dinamica cronologica e al trascolorare nel tempo della sua legittimazione.

Tutto ciò si amplifica ancor di più – come è avvenuto nel dispiegarsi storico dell'esperienza giuridica canonistica – quando asse per la valutazione di legittimità del comportamento consuetudinario (tanto generale quanto particolare⁴⁸, tanto norma generale o specifica prerogativa individuale o di gruppi) sia anche l'ordinamento giuridico di fonte attizia o comunque istituzionale. In questa situazione, come si è specificato, i principi dell'ordinamento, soprattutto se indicati a livello costituzionale, tendono a trasformarsi in parametri/fini di tutta l'attività di produzione normativa. Rispetto a essi, il succedersi dei comportamenti sociali si atteggiava come un mezzo. Di conseguenza, l'adeguatezza di un nuovo comportamento potrebbe assumere meritevolezza di tutela rispetto allo schema di condotta corrispondente e integrato in una previgente consuetudine. In questo caso, nel giudizio di 'funzionalità' rispetto ai fini inclusi nell'ordinamento attizio rientrerebbero ovviamente tutte le nuove condizioni al contorno, cioè la rete relazionale dalla quale dipende il significato sia del nuovo comportamento, potenzialmente prodromico alla nascita di una nuova consuetudine, sia di quello oggetto della consuetudine previgente. In tale scenario, la legittimità della consuetudine reagisce rispetto ai valori dell'ordinamento esattamente come fanno le leggi – almeno in regime di costituzione rigida. Il carattere pro-attivo e programmatico delle norme costituzionali implica, nella loro significazione e nella connessa portata deontica, un elemento di entropia simmetrica alla plasticità necessaria perché esse possano adattarsi alla dinamica dell'ambiente sociale mantenendosi coerenti rispetto ai fini intrinseci alla loro struttura categoriale (con riferimento sia alla parte prescrittiva, sia a quella descrittiva). Come ho tentato di esplicitare in precedenza, l'elemento assiologico è presente comunque in modo implicito anche nella determinazione delle categorie e del loro significato: un binomio da intendersi – ripeto – come epitome di una relazione dinamica, di una situazione processiva, inclusa nell'esperienza e nel dispiegarsi dell'azione. In tal senso, normatività della categorizzazione e normatività giu-

48 Confronta, in proposito, la polemica tra Puchta e Ferdinand Walter sulla portata della consuetudine nell'esperienza canonistica così come nitidamente ricostruita da Conte 2008: 44 ss.

ridica si sovrappongono e confluiscono l'una nell'altra nel tentativo di 'catturare pro-attivamente il futuro' e, quindi, di adeguare a esso e alle connesse condizioni contestuali la realizzazione del programma di azione coestensivo al significato delle norme. La struttura multilivello degli ordinamenti favorisce – come illustrato più sopra e come si mostrerà tra breve – la trasformazione delle prescrizioni normative in mezzi rispetto ai valori/fini e ai principi apicali del sistema giuridico⁴⁹.

Qualcosa di simile a quanto appena descritto accadde peraltro anche nella Roma antica, quando si transitò dai contratti astratti dello *ius quiritorium* ai contratti *bonae fidei* di produzione giurisprudenziale sorti per far fronte alla differenza culturale e religiosa tra le comunità romane originarie e quelle dei popoli italici conquistati. L'opera del *praetor peregrinus* diede luogo a quest'opera di 'concretizzazione' dell'esperienza negoziale, inizialmente ascritta allo *ius gentium*, e orientata a specificare i tipi negoziali in base allo loro scopo e alla meritevolezza di tutela di esso rispetto alle articolazioni della *bona fides* – secondo scansioni rintracciabili nell'impianto d'ispirazione stoica del *De officiis* ciceroniano o, alternativamente, nella *Rhetorica ad Herennium* e, di qui, nell'opera ulpiana). La successiva evoluzione contrattuale fu segnata anche a Roma dall'adozione del criterio di funzionalità delle piattaforme negoziali e dei loro contenuti rispetto ai principi/fini dello *ius gentium*, così come dello *ius naturale*. Ciò ovviamente non significa che nelle strutture normative *non-multilivello* l'elemento teleologico intrinseco a ogni espressione categoriale e alla proiezione inter-temporale del diritto non possa generare plasticità ermeneutica e una propensione adattiva nella determinazione della portata semantica dei precetti normativi. C'è solo da osservare che l'assenza di strutture normative multi-livello corrisponde, in genere, a circuiti sociali relativamente omogenei o, comunque, segnati dalla predominanza di gruppi culturalmente e assiologicamente coesi che riescono a imporsi sugli altri. Quando tale omogeneità entra in crisi, il livello primario delle fonti non riesce più a saturare l'orizzonte della soggettività socio-giuridica poiché è difficile rendere immanente alla generalità normativa la plurale composizione degli interessi sociali. Ciò avviene perché ciascuno di essi richiede per la sua realizzazione schemi d'azione diversificati, che possono trovare sintesi e coerenza solo in una prospettiva teleologica, rispetto alla quale la loro differenza, tradotta in schemi di comportamento e in standard prescrittivi, si atteggi come plasticità dei mezzi rispetto a fini unificanti (anche se in termini solo asintotici).

Il fenomeno della pluralizzazione sociale e dei suoi riflessi sulla struttura normativa, tuttavia, non riguarda soltanto la cosmopolita esperienza romanistica o gli ordinamenti costituzionali contemporanei. Per tornare all'esperienza canonistica, le consuetudini generali, così come quelle particolari, dovevano comunque mostrare profili di rilevanza (*rationabilitas*) rispetto a una *causa finale* (da intendersi in senso aristotelico-tomista), che a sua volta doveva iscriversi, ai fini della legittimità della consuetudine, nei fini dell'ordinamento canonico e configurarsi come *modus* dell'orizzonte di giustizia della Chiesa⁵⁰. Sotto questo aspetto, la storia dell'ordi-

49 In questa direzione mi sembrano quasi di 'contemporanea rilevanza' le considerazioni proposte da Dewey 1924: 560 ss.

50 Su questi aspetti della dottrina canonistica della consuetudine risalenti a Suárez, rinvio a Romano Giacomazzo 1983; Bertolino 1987; Comotti 1993, Pellegrino 1995.

namento canonico sembra mostrare come all'esperienza transepocale della consuetudine sia intrinseca la relazione dinamica tra intenzione (intesa in senso lato) e comportamento, che incorpora e dispiega relazionalmente il carattere teleologico dell'*abito*. Per esprimersi in modo più esplicito e diretto, senza il fine e il suo sintetizzare la relazione riflessiva ed enattiva soggetto/mondo, il comportamento non potrebbe mai assurgere alla dimensione della giuridicità, per quanto diuturna sia la sua adozione. A essere carente sarebbe il significato dell'azione senza il quale non si darebbe alcun *abito* e nessun comportamento umano definibile come tale.

6. Quinto inizio. Consuetudine e ordinamento-istituzione, significato e dover-essere, tempo e fini

Per rimanere nel solco del dialogo tra esperienza canonistica e sfera secolare poste a confronto lungo i tracciati della consuetudine, è da ricordare che nella prima metà dell'Ottocento prese forma un'aspra polemica tra Puchta e il canonista tedesco Walter a proposito della consuetudine e, specificamente, circa il ruolo della consuetudine nella storia del diritto della chiesa. Puchta⁵¹ contestava la tesi di Walter⁵², secondo il quale nell'ordinamento canonico la consuetudine avrebbe avuto una funzione pervasiva e strutturante in qualità di fonte del diritto. Secondo Puchta, viceversa, nell'esperienza giuridica della Chiesa la consuetudine non aveva avuto spazio alcuno. In un saggio già citato⁵³, si osserva lucidamente come il motivo della polemica appaia plausibile quando si rammenti

'che la dottrina della consuetudine elaborata da Puchta riconosce rilevanza normativa non tanto al comportamento effettivamente praticato dall'insieme del popolo, quanto piuttosto dalla premessa spirituale di quel comportamento. Quel che conferisce valore normativo alla consuetudine non è il fatto rappresentato dal comportamento univoco di una comunità, bensì la convinzione popolare della sua legittimità (*Überzeugungstheorie*). Il comportamento conforme del popolo, in altre parole, non è altro che la manifestazione della volontà comune, che basta di per sé a produrre la norma giuridica; tanto che in proposito si è parlato di *Gewohnheitsrecht ohne Gewohnheit*. Premessa essenziale di questa dottrina non è dunque l'accertamento di un comportamento conforme da parte del popolo, né di uno stile di giudizio nei tribunali; è piuttosto l'identificazione di un soggetto del volere normativo: una comunità di popolo che possa maturare le convinzioni che generano diritto. Cioè un popolo, un *Volk*, caratterizzato etnicamente o territorialmente, e soprattutto dotato del proprio *Volkgeist*'.

Ora, questo passaggio e il connesso riferimento a Puchta rivelano una volta di più come nella mentalità giuridica moderna da una parte vi sia il fatto, quasi puramente materiale, dell'iterazione/ripetizione; dall'altra, la rappresentazione di

51 Puchta 1828: 189.

52 Walter 1822; Walter 1833.

53 Conte 2008: 24-25.

quel fatto, cioè l'attività noetica e intenzionale che lo pone in essere, e quindi la valutazione sulla sua obbligatorietà. Nella sfera di questa attività noetica, distinta dal fatto, si articolerebbe anche la convinzione che conduce al generarsi del dover-essere: la ripetizione di quel fatto è dovuta perché così si pensa che debba *essere*. Ovviamente, l'identificazione della fonte soggettiva, interna, spirituale, della giuridicità della consuetudine lascia aperto il problema della distinzione tra i molteplici 'momenti intenzionali' del fenomeno considerato nel suo complesso. Mi riferisco alla circostanza che dal fatto, dalla sua categorizzazione in termini empirico-materiali, non può essere espunta l'intenzionalità umana; così come essa non è dissociabile dalla qualificazione di 'giuridicità' riferita al fatto; allo stesso tempo, faccio riferimento al binomio fatto/intenzionalità condensato nell'azione passata tenuta da qualcuno e riguardata nella sua apparente soggettività.

Quando i giuristi iniziano a considerare la consuetudine dal loro punto di vista, l'agire è assunto come un fatto sul quale si sovrappone il *dover essere*, il momento dell'obbligatorietà. L'obbligatorietà, cioè, è configurata come un dato estrinseco, in qualche modo ulteriore e distinto dal fatto della ripetizione. Come già osservato, questo modo di ragionare non fa altro che riproporre, in una delle sue incarnazioni, la scansione essere/dover-essere, fatto/norma, mondo/mente, realtà/rappresentazione, azione/intenzione, corpo/cervello, ambiente/organismo ecc. Il problema cruciale della consuetudine, tuttavia, sta nella circostanza che il fatto della ripetizione non può essere considerato come un atteggiamento non intenzionale, quasi si trattasse di un comportamento istintivo, deterministicamente assunto dagli individui. Fosse così, (almeno dal punto di vista tradizionale), esso vivrebbe nella sfera della fattualità assoluta, cioè non potrebbe mai diventare oggetto di una prescrizione giuridica o entrare come tale nel mondo del diritto e trasformarsi nel contenuto di una regola (per quanto flessibile questa sia). Il dover-essere, come del resto tutto il discorso assiologico, includono nel proprio archetipo di senso una dialettica dell'assenza: ed esplicito subito cosa intendo. Per essere dovuta o per essere considerata come dovuta, una condotta deve essere 'disobbedibile' o 'violabile'. D'altra parte e prima ancora del momento normativo/giuridico, ciò che si identifica con un valore deve *poter non essere* per poter non apparire paradossale – se non pure ridicolo – all'interno del discorso assiologico. Non può darsi valore intrinseco a qualcosa che non possa non essere o essere altrimenti. Il comportamento consuetudinario, nel momento della sua formazione, deve essere tenuto intenzionalmente e voluto come tale a dispetto di altri possibili comportamenti che i soggetti sociali potrebbero assumere alternativamente. Per quanto con il tempo esso possa essere adottato quasi in modo automatico, cioè senza un impiego immediato della riflessione, appunto come un abito di comportamento trasformatosi in abitudine, ciò non elimina che la sua struttura assiologico/teleologica, e dunque anche la sua intenzionalità, rimangano comunque incapsulate nel fenomeno che esso incarna. L'osservatore, il linguaggio stesso, può anche occultare la dimensione intenzionale/soggettiva, limitandosi a descrivere solo gli aspetti morfologici/esteriori del comportamento. L'elemento soggettivo, tuttavia, è comunque presente.

Si osservi, a questo proposito, come lo stesso gesto, posto in essere da persone di diversa cultura, possa avere significati totalmente differenti e, quindi, essere dotato

di rilevanza etico-giuridica totalmente divergente rispetto a ciascuno degli universi di discorso in cui quelle persone si muovono. Allo stesso modo, il medesimo gesto, compiuto da un essere umano e da un animale, potrebbe avere molte analogie empirico/morfologiche ma nessuna coincidenza circa il suo rispettivo significato e la sua rilevanza assiologica. Dissociare il comportamento dalla dimensione simbolica, l'attività meccanico-fisica da quella mentale, il fatto dall'intenzione, il mondo dalla mente, l'essere dal dover-essere, rende poi impossibile e fonte di paradossi considerare la consuetudine come fatto sociale fonte del diritto o di obblighi. Porre l'accento, partitamente, sul 'fatto' come fonte di valore o sull'intenzione come origine della giuridicità inevitabilmente entrerà in rotta di collisione con l'imprescindibilità di ciascuna delle due componenti della consuetudine quale comportamento umano dotato di un senso, quantomeno nella sua fase genetica. Per converso, confinare alla fase genetica la considerazione del carattere simultaneamente oggettivo/soggettivo e materiale/intenzionale della consuetudine⁵⁴ equivarrebbe a sostenere che essa si trasfiguri non appena si sia formata e, soprattutto, che debba essere resa oggetto di una giuridicità mediata da una fonte eteronoma, generata da una sorta di meta-soggettività che la guardi e la qualifichi dall'esterno. Senonché ciò significherebbe, appunto, che la consuetudine non sarebbe più tale nel momento stesso in cui fosse (divenisse) riconosciuta come norma, cioè come rappresentazione normativa di comportamenti o schemi di comportamento da dover tenere. Questo perché la rappresentazione congelerebbe il farsi del processo consuetudinario in un'immagine (per dir così) fissa, altra dal processo stesso che è invece coestensivo alla consuetudine. Ciò, però, contraddirebbe l'idea che la consuetudine rimanga efficace come tale e che l'ordinamento giuridico attizio si limiti a riconoscerla. Secondo questo schema, al contrario, una volta instauratasi, la consuetudine non potrebbe essere modificata dagli stessi attori che l'hanno generata e dunque cesserebbe di esistere trasformandosi in una sorta di regola attizia – non importa se contenuta in una fonte di cognizione, in una sentenza, in un'opinione condivisa verbalmente da un determinato momento in poi a livello sociale. Ogni sua manifestazione *eroderebbe*, o meglio ancora *consumerebbe*, il potere-competenza dei suoi *autori* di continuare a esercitarlo.

Il problema dell'auto-esaurimento della fonte consuetudinaria attraverso le sue manifestazioni, cioè la contraddittorietà della sua riduzione a concetto o a una

54 In tal senso, Coleman 2003: pos. 523 ff.). La travisante comprensione dell'idea di *abito*, così come invece elaborata dal pragmatismo (Peirce, James, Dewey), emerge, del resto, sin dalle prime pagine del volume di Coleman qui citato, laddove si distingue il concetto dalle sue proiezioni teleologiche. Con tutto ciò, egli definisce come 'pragmatista' il suo approccio al diritto anche se l'intera trattazione che lo illustra si snoda sulla base di una visione concettualistica in linea con la distinzione ricordata sopra. Tracce del medesimo travisamento, peraltro, si ritrovano anche in Dworkin 1986: 52, 87, 119), e specificamente laddove, proprio con riferimento alle regole consuetudinarie, al loro trascolorare nel tempo ma anche alla loro polifonica e multi-situata attuazione, propone la distinzione tra 'concetto' e 'concezioni'. Cosa rimanga del pragmatismo e soprattutto della semiotica a esso soggiacente è davvero un'incognita alla quale a me risulta difficile rispondere. La medesima distinzione si ritrova anche in Searle: 1995: 19. Sull'idea di *abito* nella filosofia pragmatista cfr., per alcuni recenti contributi oltre al testo di Testa e Caruana 2020, anche West e Anderson 2016.

entità rappresentata oggettivamente, è analogo – credo non a caso – a quello posti con riguardo all’abrogazione delle leggi e risolto, abbastanza banalmente e in modo insoddisfacente, mediante il ricorso all’argomento della successione nel tempo, a sua volta usualmente sintetizzato nella formula ‘criterio cronologico di organizzazione del sistema delle fonti’. Secondo questa ricostruzione, trasformata in meta-norma di produzione dell’ordinamento, ciò che *viene dopo* sarebbe *rivestito di maggior valore* rispetto a quel *che precede*. Detto diversamente, *quel che la volontà popolare o il legislatore decide oggi, vale di più di quel che ha deciso ieri*.⁵⁵ Naturalmente ciò pone il problema di confrontarsi con l’obbligatorietà come categoria in sé. Se l’intenzione presente o futura prevalessesse sempre e incondizionatamente su quella passata, come potrebbe mai configurarsi alcuna forma di obbligatorietà o di dover-essere? Il problema posto da tale quesito, viceversa, è stato sempre affrontato affidando alle decisioni passate la prevalenza su quelle future soprattutto in termini di legittimazione logico-cronologica del sistema giuridico. Senonché, così posta, la soluzione appare ancor più contraddittoria del problema che dovrebbe aiutare a risolvere. A conferirle una contingente plausibilità – com’è noto – è stato chiamato in causa il criterio gerarchico. In base a esso, le decisioni intenzionali assunte nel passato e proiettate a imporre obblighi nel futuro non possono essere cancellate o rese inefficaci da quelle successive a patto che siano dotate di maggiore pregevolezza, vale a dire che siano assunte da soggetti o mediante procedure considerate più vevoli (dotate di superiore efficacia formale) e quindi superiori rispetto a quelle successive. L’entrata in scena del criterio gerarchico consentirebbe – soprattutto nei sistemi a costituzione rigida – di superare il problema posto dal criterio cronologico come tale. Se prodotto dallo stesso soggetto al quale le norme costituzionali sulla produzione delle norme primarie (e così a cascata a quelle secondarie ecc.) affidano la competenza normativa da esercitare secondo determinate procedure, ciò che verrà dopo prevarrà su quel che lo precede poiché legittimato in ciò da una norma ancora precedente e di rango superiore. Escludere la prevalenza della legge successiva, viceversa, implicherebbe che la norma legislativa precedente possa erodere la portata normativa, e quindi l’efficacia, della norma costituzionale sulla produzione delle leggi. Ciò perché la norma primaria *resistente* – per dir così – violerebbe il principio gerarchico giacché la norma costituzionale sulla produzione rimane necessariamente valida anche dopo l’entrata in vigore di ogni legge continuando, quindi, a produrre i suoi effetti e attribuendo costantemente al legislatore la medesima competenza che questi aveva in origine, cioè al momento dell’entrata in vigore della norma costituzionale che ha radicato la sua competenza normativa.

Quasi superfluo dirlo, questa soluzione è solo parziale, se non altro perché il criterio gerarchico non sarebbe applicabile alle norme poste all’apice del sistema, che rimarrebbero così ingabbiate in due opposti circuiti di auto-contraddizione quantomeno rispetto alla dimensione intrinsecamente dinamica e storico-esperienziale del diritto. Il primo circuito auto-contraddittorio consiste nell’attribuire al passato

55 In opposizione a questa tesi è nota la posizione di Merkl 1987: 131 ss.

una normatività assoluta, dunque una portata assiologica definitiva, che renderebbe illegittima qualsiasi modifica successiva. Il passato, comunque sia, avrebbe prevalenza sul presente e sul futuro, e questo sempre, di fronte a qualsiasi condizione. All'interno di questo schema, rimarrebbe però da comprendere che cosa, se non una forma di autoqualificazione autoreferenziale, renderebbe il passato differente dal presente e dal futuro, o questi comunque diversi, nel senso di meno pregevoli rispetto a ciò che li ha preceduti. L'uguaglianza, intesa in senso diacronico, sarebbe la vittima di questo modo di leggere la dinamica temporale del diritto (in effetti, dovrebbe parlarsi di una diacronicità quantomeno difettiva).

Il secondo circuito di auto-contraddizione si avrebbe – come già espresso – nel caso della prevalenza assoluta del presente e del futuro sul passato. In tal caso, non sarebbero pensabili né la categoria del valore, né quella del dover-essere. Ciò nondimeno, non ritenere il soggetto futuro *eguale* a quello passato sarebbe ben poco giustificabile, a meno che non si ricorra a mitologie che trasformano il passato – e quindi la figura del legislatore passato – in un'entità semi-divina dotata di poteri superiori o cosmogonici. In effetti, l'idolatria di alcune tradizioni giuridico-culturali nei confronti dei c.d. padri-fondatori non è altro che la versione difettivamente secolarizzata di quelle mitologie antiche. Un atteggiamento sacralizzante che, peraltro, pare incapsulato nella stessa formulazione astratta del principio gerarchico e nella sua contraddittoria declinazione auto-referenziale. E ciò a dispetto delle sue rappresentazioni formalistiche e logicheggianti, dal momento che nell'esperienza giuridica moderna la priorità logica – come osservato – si presenta sempre fondata su, o comunque accoppiata a, una priorità crono-logica.

Eppure, la centralità del principio di uguaglianza, soprattutto negli ordinamenti democratici, è alla base del criterio cronologico – almeno secondo la visione liberale (in senso lato). Conferire prevalenza alle decisioni della *maggioranza di ieri* rispetto a quelle assunte dalla *maggioranza di oggi o di domani* infrangerebbe l'idea stessa di democrazia e la sua matrice egualitaria connessa alla possibilità che la minoranza di ieri e chi ne faceva parte possano diventare la maggioranza di oggi o di domani. Il pericolo della dittatura delle maggioranze del momento, in sé in grado di compromettere la possibilità che le minoranze di oggi divengano maggioranze domani, induce a modulare e a relativizzare la coincidenza del diritto e del dover-essere con l'*adesso*, con la volontà attuale e la sua assolutezza. In qualche modo, tuttavia, l'uguaglianza, considerata nella sua prospezione diacronica, autogenera le condizioni sostantive per una sua diversificazione interna, cioè per l'identificazione di alcuni elementi sostantivi, di senso, che consentono alla sua forma di riprodursi e di non fossilizzarsi nella dittatura del passato sul presente/futuro o nel liquefarsi nello strapotere e nell'arbitrio assoluto di chi e di cosa segue. Ciò porrebbe un argine al problema della 'impensabilità' dell'obbligo connessa alla prevalenza del presente/futuro sul passato. La 'portanza' – per dir così – di quest'argine non è ovviamente predeterminabile *a priori*. Da un certo punto di vista, però, penso che la sua presenza, il suo operare, possano essere considerati assai più pervasivi di quanto non possa apparire a prima vista.

In fondo, l'argine sostantivo all'avvicinarsi anomico delle volontà assume rilievo anche in ambito contrattuale, sotto il profilo dell'uguaglianza intesa come equi-

tà. Se qualcuno pensasse di potersi liberare dagli obblighi contrattuali sol perché la sua volontà non può considerarsi erosa dalle sue stesse precedenti manifestazioni contraddirebbe in questo modo l'eguaglianza, in termini di giustizia commutativa, interna al contratto. Essa serve a far sì che in esito alla creazione e all'esecuzione del contratto nessuna delle parti si ritrovi in una condizione 'diseguale' rispetto alla condizione precedente. Che ciascuna parte risulti modificata, magari a un livello di coscienza intersoggettiva e di condizione pratica generata dall'esecuzione delle prestazioni contrattuali, certamente è incontrovertibile; ciò non implica, tuttavia, che la condizione di ciascuno sia per questo diseguale o sbilanciata rispetto a quella dell'altro e alla situazione anteriore goduta da ciascuna parte alla conclusione del contratto in questione. Violare unilateralmente l'impegno contrattuale, non sentendosene obbligati sol perché la volontà di adesso può cancellare quella di ieri, significherebbe invece esporre uno dei due soggetti al rischio di perdere un vantaggio immaginato come simmetrico a quello dell'altro contraente e percepito ancora come tale. È la capacità generativa di nuove situazioni pratiche, di nuove situazioni-mondo inclusive anche della dimensione soggettiva, che rende la conclusione del contratto un evento 'reale'. Gli effetti reali connessi allo scambio dei consensi, caratteristici di contratti come la compra-vendita odierna in molti ordinamenti, sono la trasposizione secolarizzata della significazione magico-cosmologica garantita alla negoziazione dalla sua ritualità religiosa o dal giuramento – volendo riprendere le tesi di Hägerstrom ma anche le letture storico-ricostruttive connesse all'uso di sovrapporre i giuramenti alla conclusione dei contratti. La divinità, con la sua capacità creatrice, era chiamata a far da garante affinché il 'detto' si trasformasse in 'già fatto', ancorché ancora non eseguito, cioè in una situazione corrispondente all'ordine cosmico: lo stesso ordine che l'inadempimento contrattuale avrebbe infranto. Tutto ciò si è lentamente trasfigurato nell'ordine coestensivo alla giustizia commutativa e all'eguaglianza a essa intrinseca. Dal rapporto tra eguaglianza, tempo e contratto, nascono peraltro figure contemporanee come l'affidamento contrattuale, l'idea di risarcimento del danno (sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante) per effetto del mancato adempimento, e così via.

L'eguaglianza, intesa nei termini diacronici e sostantivi appena considerati, indica i modi, le estrinsecazioni dell'intersoggettività e, quindi, i significati che all'interno di essa si generano e rigenerano. Intersoggettività, quindi, significa anche transazione, adattamento reciproco, traduzione e mutua trasformazione in relazione alle condizioni dell'ambiente, del contesto di esperienza. Sottolineare questo elemento trasformativo è di estrema importanza, anche perché consente di porre in relazione la dimensione politica della democrazia moderna, e specificamente le sue origini borghesi, con la dialettica legge/costituzione nella costruzione del sistema delle fonti dei contemporanei ordinamenti costituzionali e delle relative società pluraliste e multiculturali. Proverò subito a esplicitare il perché di questa mia asserzione e la sua connessione con il tema della successione delle norme nel tempo.

Le costituzioni successive alla Seconda guerra mondiale, molte delle quali elaborate sul modello della costituzione di Weimar, sono per la maggior parte caratterizzate dall'elemento del pluralismo. Un pluralismo assiologico, sociale, istituzionale che, attraverso queste sue proiezioni, si trasferisce al sistema delle fonti. Con queste

costituzioni – soprattutto nei circuiti di *civil law* – il legecentrismo proto-liberale subiva un consistente depotenziamento. La legge non saturava più il cielo della giuridicità. La sua generalità, il suo essere *ricettacolo e motore dell'eguaglianza*, non erano più garantiti sul piano cronologico dal principio della abrogabilità delle leggi precedenti da parte di quelle successive quali espressioni contingenti dell'unica fonte del diritto istituzionalmente legittimata. La legge derivava invece la propria legittimità dalla costituzione e dalla compatibilità con le sue norme sostantive. Il risultato di questa sotto-ordinazione si trasformò, presto, da condizione e fattore strutturale a requisito funzionale della legittimità delle leggi. Se queste trovavano inizialmente nelle norme costituzionali il proprio limite, progressivamente videro trasformare la propria compatibilità in nesso teleologico. Per non andare oltre il limite, la legge doveva essere modellata in funzione di ciò che il limite tutelava. L'effetto finale fu la trasfigurazione della generalità delle norme legislative da dato formale in elemento strumentale. Ed ecco il risultato. Generale è la legge che si fa mezzo per ciò che la costituzione protegge: i diritti, i principi, i valori, i fini che essa include nella sua trama semantica.

Il percorso di trasformazione appena delineato e gli squilibri teorico-ricostruttivi che esso comporta in seno all'approccio positivista si coglie abbastanza bene nell'esperienza italiana – ma il discorso può estendersi comparativamente. La costituzione del 1948 moltiplicava il novero delle fonti. Affiancava alla legge altri tipi di atti normativi dotati di uguale efficacia, se non addirittura superiore: decreti-legge, decreti legislativi, referendum, leggi regionali, contratti collettivi (e loro trasfigurazioni), regolamenti parlamentari, leggi con procedura diversificata o specializzata (art. 7 e 8 cost. it.), quindi leggi costituzionali, in materia costituzionale e, progressivamente, categorie di elaborazione giurisprudenziale come leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, leggi costituzionalmente obbligatorie, leggi dotate di copertura costituzionale, leggi atipiche ecc. Questa moltiplicazione è stata effetto dell'*incorporarsi* all'interno della dinamica del sistema normativo del pluralismo degli interessi sociali, del loro plurimo presentarsi sul piano politico e istituzionale, del loro agganciarsi a valori/fini riconosciuti dalla costituzione. Il processo di trasformazione sul piano delle fonti va in parallelo, in un certo senso, con la perdita di centralità e anche di predominanza sociale della borghesia, del modellino antropologico-economico di soggettività sul quale era costruita la generalità della legge nell'assetto liberale. Una generalità *di parte*, non inclusiva, spesso discriminatoria o silenziante, che generava un'*uguaglianza di fronte alla legge* equivalente più all'inflizione di una condizione di subalternità che a un meccanismo di inclusione e, ancor meno, di giustizia distributiva.

Di fronte a queste trasfigurazioni, la dottrina positivista di matrice proto-liberale (ancorché negata a parole ma forse inconsapevolmente vissuta) in certo senso s'irrigidì⁵⁶ invocando, sotto l'egida della certezza del diritto e per evitare degenerazioni autoritarie o sovversive, il *numerus clausus* delle fonti-atto diverse dalla legge. Per queste

56 Nel circuito dell'esperienza giuridica e della dottrina italiane cfr., per tutti, Crisafulli 1960: 779 ss.

vi sarà uno spazio di legittimità solo se previste dalla costituzione stessa. Conclusione argomentata sulla base del principio gerarchico, per cui, in regime di costituzione rigida, nessuna fonte può attribuire a un'altra fonte un'efficacia pari o superiore alla propria; né può attribuire a sé stessa un'efficacia superiore a quella conferitale dalla costituzione.⁵⁷ Lo spettro indirettamente e negativamente evocato da questo principio è, ovviamente, quello del fascismo, dei decreti del Gran Consiglio del Fascismo e della connessa esautorazione della fonte legislativa e del suo organo di produzione, il Parlamento. Ciò nondimeno, la difesa 'seppur relativa' del legecentrismo nasconde anche un nocciolo 'amaro', identificato con straordinaria lucidità da Heller nelle discussioni che orbitarono attorno alla redazione della costituzione di Weimar. Di fronte all'opposizione di Kelsen – presente insieme a Heller e a Schmitt nella commissione per la redazione del testo costituzionale – rispetto all'inserzione nella costituzione di disposizioni di principio in grado di sovvertire l'efficacia della costruzione a gradi della struttura istituzionale e quindi della funzione normativa, la risposta di Heller fu durissima ma straordinariamente verace e lungimirante. La resistenza di Kelsen rispetto all'uso dei principi sostantivi nel linguaggio costituzionale era connessa alla consapevolezza che la *semantica dei fatti* avrebbe reagito sulla semantica costituzionale generando un cortocircuito – già messo in luce da Alf Ross⁵⁸ – all'interno dello *Stufenbau*, cioè della costruzione gerarchico-piramidale dell'ordinamento, imbastardendo quindi l'unità semantica del diritto vivente. Comprendendo che l'unità formale dell'ordinamento, la sua plausibilità logica interna, avrebbe potuto essere mantenuta soltanto a patto che il gioco dei significati sociali potesse assumersi come concluso nel momento di emanazione della costituzione, di generazione del presupposto fenomenico della *Grundnorm* come suo alter-ego ipotetico-astratto, la conclusione implacabile di Heller venne innescata quasi meccanicamente. Kelsen, a suo giudizio, non era altro che l'esecutore testamentario del diritto borghese, l'epigono di Jellinek camuffato da neo-kantiano relativista.

Il relativismo democratico kelseniano, nell'arrestarsi sulle soglie dell'unità logica dell'ordinamento garantita dalla struttura gerarchica, lasciava questo in balia di una semantica statica. Una semantica che rispecchiava una struttura sociale in cui il contenuto di principi come libertà, uguaglianza, dignità, solidarietà, coincideva con il diritto, con i diritti intesi quali prodotti istituzionali deduttivamente incastonati dentro le caselle di un modello di società e di un universo di significati già in qualche modo fissati. Per paradossale che possa suonare, la dinamica del sistema kelseniano avrebbe potuto navigare solo su un oceano di significati pietrificati, presupposto (aberrante) perché quella stessa dinamica non finisse per reagire sull'unità logica dell'ordinamento. Diversamente, appunto, la tenuta logica del sistema sarebbe stata sovvertita, disarticolata dall'alterazione continua della semantica sociale, dall'utilizzazione dei principi e della loro vaghezza di significato come mezzi per la riattualizzazione costante del contratto semantico/sociale (ancorché solo astrattamente postu-

57 Ho affrontato queste tematiche in un testo di molti anni fa al quale faccio riferimento, per ragioni di spazio, per i riferimenti bibliografici alla dottrina: Ricca 1996.

58 Ross 1929.

lato) coincidente con la *Grundnorm*. Il relativismo democratico kelseniano dentro la struttura piramidale orfana di significati materiali avrebbe finito per inibire qualsiasi dialettica sociale da orchestrare discorsivamente e si sarebbe trasformato nel predominio indiscutibile della classe dominante. Questa era la critica-profezia helleriana per alcuni versi avveratasi sia alla vigilia della Seconda guerra mondiale, sia al giorno d'oggi, quando alla logica istituzionale kelseniana si è sostituita, dopo il crollo delle ideologie, la meccanica finanziaria globale e la sua finta etica concorrenziale.

Nella visione dell'uguaglianza coestensiva alla dinamica delle interpretazioni costituzionali poste in moto dal pluralismo sociale e dalle sue spinte rivendicative il dettato della costituzione si sarebbe invece auto-rinnovato mediante la combinazione polifonica e riflessiva delle sue proiezioni di senso e di valore⁵⁹. Il passato e il domani della legittimazione normativa avrebbero dovuto trovare un fronte di sintesi, ancorché interlocutoria, nel presente, allo stesso modo in cui mantenimento e transazione, trasformazione e tutela, sgorgavano dalla proiezione diacronica dell'uguaglianza, ma in modo amplificato, semanticamente e assiologicamente più ricco e sfaccettato. La rete di interrelazioni tra i significati e i valori costituzionali avrebbe dovuto dare ritmo a una miscela di mutamento e mantenimento, innovazione e costanza, tale da garantire che il passato non fagocitasse il presente e il futuro, e questi non disintegrassero qualsiasi dimensione assiologica o del dover-essere imponendosi come istanziazione assoluta e momentanea di giuridicità risucchiata nella contingenza. Tutto questo discorso, apparentemente sin troppo complesso, avrebbe potuto risolversi tuttavia nell'equivalenza tra uguaglianza e significato, da intendersi in modo processivo e non concettualmente reificato, cioè come reificazione attuale e definitiva di ogni orizzonte di senso. Detto diversamente, ciò significa che l'uguaglianza non avrebbe dovuto intendersi in chiave statica ma come prodotto di un processo transazionale di universalizzazione, del suo dispiegarsi attraverso l'esperienza e come strumento di organizzazione, produzione e comprensione dell'esperienza stessa. Un processo che avrebbe potuto e dovuto utilizzare tutte le risorse semiotiche a sua disposizione, cioè tutto il suo patrimonio segnico – da intendersi sia in termini linguistico comunicativi sia materiali e biologico-organici – per interpretare il passato alla luce del presente e in vista del futuro, e quest'ultimo per mezzo delle chiavi interpretative ed esperienziali già elaborate. Il reciproco rapporto interpenetrativo tra segni passati e segni coestensivi all'esperienza presente proiettati proattivamente verso il futuro avrebbe potuto così generare di continuo una terzietà che fosse sintesi, combinazione e transazione tra mantenimento e innovazione, conservazione e innovazione. Tutto ciò avrebbe potuto incarnare la relazione intima tra dover-essere e significato, tra valore e ricerca del senso attraverso il divenire dell'esperienza che è intrinseca al fenomeno giuridico e al suo articolarsi attorno al principio di eguaglianza. Perché ciò non sia avvenuto, perché le c.d. costituzioni del pluralismo abbiano ceduto il passo alle idolatrie massificanti del consumismo e alla plutocrazia finanziaria globale è un'altra storia, piuttosto desolante. Una storia che coincide con l'odierno svanire

59 Heller 1998. Su Heller e il pluralismo, cfr. Dyzenhaus 1999 e 2015: 337 ss.; Lagi 2020: 85 ss.

del potenziale normativo e progettuale delle costituzioni come delle dichiarazioni dei diritti.

Sulla scia di questa nota di sconforto..., possiamo tuttavia tornare alla consuetudine. Isolare la 'giuridicità' della consuetudine dal prodursi sociale del suo significato mediante un modularsi responsivo alle variazioni ambientali degli abiti assiologico-cognitivi in essa incapsulati significherebbe sottrarla alla dinamica dell'uguaglianza appena descritta, e alla quale soggiace anche la legittimità costituzionale della legge. Se tutto dovesse risolversi in questo irrigidimento formalizzante, gli autori della consuetudine, i soggetti di diritto, rimarrebbero ingabbiati nella sfera del 'fatto' ormai qualificato giuridicamente, con una sorta di cesura, dal meta-soggetto che intenzionalmente conferisce valore legale e obbligatorio alla consuetudine stessa. D'altro canto, anche le fonti normative – per esempio, le leggi – emanate dal legislatore istituzionalmente configurato, a dispetto di tutte le mitologizzazioni costitutive e anankastiche del formalismo giuridico e della filosofia analitica – non costituiscono da zero, come in una genesi semantica, quel che impongono. Tutta la parte descrittiva della norma giuridica formale si appoggia pesantemente e necessariamente sul mondo esistente, sulle reti di significato costruite dagli esseri umani, sugli 'artefatti comportamentali' da questi generati attraverso il lavoro culturale. L'illusione che il legislatore generi il 'suo' fatto in modo del tutto autoreferenziale, solo perché specifica alcuni vincoli di pertinenza semantica, è totalmente infondata e costituisce l'errore capitale del positivismo giuridico maturo, che rivela in questo la sua profonda 'ingratitude' per la dimensione semio-sociale che lo sostiene come sistema di discorso esplicito, intenzionale e teleologicamente/assiologicamente orientato. Studiare la consuetudine impone di gettare un ponte tra fatto e valore, tra dover essere ed essere, semplicemente perché essa incarna la fusione processiva di questi due elementi. Occuparsi di 'consuetudine giuridica' è importante ancora oggi, quando la dimensione attizia del diritto appare dotata di un'abbagliante pervasività, perché spinge a cogliere l'*abito* di pensiero, l'unità qualitativa ed esperienziale, che rende plausibile la *copula*, l'interpenetrazione tra i due termini: 'consuetudine' e 'diritto', fatto sociale e normatività. Quell'unità qualitativa, a mio giudizio, è la stessa che ancora soggiace al diritto attizio e alla sua fenomenica, e che costringe a considerare il diritto nel suo complesso, così come nel suo farsi pulviscolare attraverso le pieghe del quotidiano, un evento umano e come tale aperto alle trasfigurazioni dell'umano e alla loro dinamica di senso.

7. Sesto inizio/percorso. L'incipit di una conclusione.

Per terminare il percorso, sicuramente incompleto, tratteggiato sin qui, vorrei proporre alcune considerazioni sull'immagine del diritto che emerge attraverso l'analisi della consuetudine intesa come fenomeno processivo, aperto, plastico, in continuo adattamento. Quanto osservato può indubbiamente indurre – ne sono consapevole – il timore che il requisito della certezza del diritto e la sua funzione di tutela possano risultare compromesse da un approccio che pone il fulcro del significato delle parole giuridiche sul crinale tra passato e futuro, piuttosto che nel passato. La sicurezza fornita da una visione statica, in parte misonista, del diritto, schiacciata su un'idea

di garanzia che confina con la conservazione e il mantenimento di quanto acquisito, e perciò dello *status quo*, costituisce tuttavia una parziale illusione. Benché la stessa consuetudine sia considerata – specialmente nei paesi di *common law* – come il baluardo delle prerogative conquistate nel passato contro le incursioni imprevedibili del potere e della protervia presente e futura, sarebbe tuttavia un errore identificarla come la quintessenza della conservazione. Nella reiterazione abita il significato, che non può essere altrimenti se non dinamico. Quando questo carattere intrinsecamente dinamico, che è inerente anche alle categorizzazioni per mezzo delle quali funzionano il pensiero e il linguaggio, venisse tradito, ingabbiato, interdetto, il potere avrebbe in ogni caso la meglio su di esso, sulla sua funzione di adattamento, sulla sua apertura a una transazione costante con il mondo e con gli altri.

Non può esservi nessuna genuina produzione o riproduzione della consuetudine giuridica al di fuori dei processi di universalizzazione che sono intrinseci alla ricerca del significato e, quindi, alla verifica costante della dimensione relazionale di esso. Il rischio di strumentalizzazioni, di partigianerie, intrinseco alla variazione indubbiamente sussiste. Tuttavia, la variazione si incunea anche nel mantenimento della stabilità morfologica e, dissimulata sotto il velo della fissità delle apparenze, può facilmente convertirsi in un mezzo di prevaricazione, di occultamento di sbilanciate relazioni di potere. Identificare la legittimità del fare e del dire giuridico con una fonte di legittimazione normativa assunta come immutabile nel tempo è in contraddizione con la significatività delle categorie utilizzate nei suoi enunciati e con le proiezioni temporale di esse, con il tentativo a esse intrinseco di coordinarsi con l'esperienza futura nonostante, e anzi anche *mediante*, il coefficiente di entropia semantica che ciò comporta.

Tentare di rintracciare nella fissità delle forme giuridiche e nell'oggettività giuridica assunta dall'iterarsi dei comportamenti consuetudinari, e quindi prodotte dagli esseri umani, un 'farmaco' contro l'incertezza, l'ingiustizia e le incursioni destabilizzanti del potere di cui gli esseri umani sono causa è una strategia che prepara da sé il proprio fallimento. Se gli esseri umani non sono in grado di gestire in modo ponderato la dinamica del significato e il rapporto che con essa hanno il valore e il dover-essere, allora sarà stato inutile *ab ovo* discutere di diritto e tantomeno di consuetudine giuridica. Del resto, il rapporto tra dover-essere e significato è il medesimo che lega alla produzione di senso la libertà e la necessità che, per distinguersi dal potere, essa si dispieghi sempre attraverso processi di universalizzazione e di interpretazione relazionale delle implicazioni connesse ai comportamenti che la veicolano. Come per l'agire consuetudinario, la libertà non coincide con la materialità di quei comportamenti o con la loro rappresentazione linguistico-analitica, appunto con il gesto morfologicamente considerato, quanto piuttosto con la capacità di generare relazioni di senso e pragmatiche innovative e delle quali il comportamento in sé considerato è solo un *medium*. Più succintamente, può dirsi che la libertà non consiste nell'adottare determinati comportamenti ma nel perché li si assume e, quindi, nelle relazioni tra soggetto ambiente di cui essi sono il veicolo visibile, il *medium*. La relazione tra significato, trascolorare della consuetudine, anche attraverso la dialettica con la desuetudine, e libertà è un aspetto cruciale, generativo dell'esperienza giuridica, del senso del diritto. Essa at-

tiene non solo all'*abito* ma all'*abito a produrre abiti*, a creare mondo, aspetto nodale e genuino, tra l'altro, della dignità umana.

Riferimenti bibliografici

- Baggs, E. and A. Chemero 2021, Radical embodiment in two directions. *Synthese*, 198 (Suppl 9): S2175–S2190. <https://doi.org/10.1007/s11229-018-02020-9>
- Bertolino, R., 1987, Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico, in Studi in memoria di Pietro Gismondi, I, Milano.
- Bobbio, N., 2010, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino.
- Calamandrei, P. 1955, *Discorso sulla Costituzione*, Milano 26 gennaio 1955, la cui trascrizione è consultabile al sito <https://www.comune.lecco.it/index.php/auto-genera-dal-titolo/allegati-news-comune/2018-1/12132-discorso-ai-giovani-sulla-costituzione-piero-calamandrei-1955/file>
- Canale, D., 2008, *Paradossi della consuetudine giuridica*, in Zorzetto S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.
- Canale, D., 2019, *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività ovvero Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIX.
- Carlizzi G., Omaggio, V., 2016, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa.
- Celano, A., 2014, *Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondo*, in *Ragion pratica*, 43.
- Coleman, J., 2003, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, OUP, Oxford.
- Comotti, G., 1933, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova.
- Conte, E., 2008, *Possedere l'uso. Profili oggettivi e soggettivi della consuetudine nel diritto comune*, in Zorzetto S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.
- Crisafulli, V., 1959, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano.
- Crisafulli, V., 1960, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 779 ss.
- Danesi, M., 2012, The Languages of the Law: An Integrated View from Vico and Conceptual Metaphor Theory, in *Int J Semiot Law*, 25(1).
- Davidson, D., 1980, *Essays on Actions and Events* Clarendon Press, Oxford.
- Deleuze, G., 1997, *Differenza e ripetizione*, Raffaello Cortina, Milano.
- Dewey, J., 1924, *Logical Method and Law*, in *The Philosophical Review*, 33/6.
- Dewey, J., 1931, *Qualitative Thought*, in Id., *Philosophy and Civilization*, Minton Balch & Company, New York.
- Dewey, J., and A. F. Bentley, A. F. 1949, *Knowing and the Known*, Beacon Press, Boston.
- Dings, R., 2020 *Meaningful Affordances*, *Synthese*, 199, 2020: <https://doi.org/10.1007/s11229-020-02864-0>.
- Douskos, C., 2017, *Pollard on Habits of Action*, in *International Journal of Philosophical Studies*, 25, 4.
- Di Paolo, E., A. Cuffaro, C.E. and De Jaegher 2018, H., *Linguistic Bodies: The Continuity between Life and Language*, Cambridge, The MIT Press, MA – London.
- Di Paolo, E.A., 2021, *Enactive Becoming*. “Phenomenology and the Cognitive Sciences”, 20.
- Di Paolo and De Jaegher, H., 2022, *Enactive Ethics: Difference Becoming Participation*, “Topoi”, 41.
- Dyzenhaus, D., 1999, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford.

- Dyzenhaus, D., 2015, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 16(2)
- Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard.
- Guala, F., 2009, *Esistono le convenzioni di Lewis?*, in *Rivista di Estetica*, 41, 141-159. <https://doi.org/10.4000/estetica.1863>.
- Hage, J., 2002, *Constructivist Facts as the Bridge Between Is and Ought*, in *Int J Semiot Law*, <https://doi.org/10.1007/s11196-022-09896-4>.
- Hart, H.L.A., 2012, *The Concept of Law*, OUP, Oxford.
- Heller, H., 1987, *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in Id., *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano.
- Heller, H., 1998, *Stato di diritto o dittatura?*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, a cura di U. Pomarici, ESI, Napoli.
- Heritier P., 2020, *Vico's "Scienza Nuova": Sematology and Thirdness in the Law*, in *Int J Semiot Law*, 33.
- Honneth, A., 2014, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, Polity Press. Cambridge. Kindle edition.
- Kelsen, H., 1966, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino.
- Kevelson, R., 1993, *Peirce's Aesthetics of Freedom: Possibility, Complexity, and Emergent Value*, Peter Lang, New York et al.
- Kirkegaard, S., 2012, *La ripetizione*, BUR – Rizzoli, Milano.
- Lagi, S., 2020, *Un bene purché... Hermann Heller e il pluralismo*, in *Ordines*, 2.
- Leone, M., (a cura di) 2017, 'Aspettualità/Aspectuality', *LEXIA*, 27-28, 2017,
- Lewis, D., 2002, *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford – Malden (MA).
- Määttänen, P., 2010, "Habits as Vehicles of Cognition", in M. Bergman, M. et al. (Eds.), *Ideas in Action: Proceedings of the Applying Peirce Conference*, Nordic Studies in Pragmatism 1, Nordic Pragmatism Network, Helsinki.
- Mackie, J. L., 1977, *Ethics: Inventing Right and Wrong*: Penguin Books, Harmondsworth.
- MacCormick, N., 1997, *Natural Law and the Separation of Law and Morals, and The Ideal and the Actual of Law and Society*, In Id., *Law, Values and Social Practices*, ed. by J. Tasioulas, Aldershot 1997, Dartmouth, 105 ss.;
- Merkel, A., 1987, *L'immodificabilità delle leggi, principio normologico*, in Id. *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano.
- Nonaka, T., 2020, *Locating the Inexhaustible: Material, Medium, and Ambient Information*, in *Frontiers in Psychology*, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00447>.
- Passerini Glazel, L., 2005, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*. Quodlibet, Macerata.
- Pellegrino, P., 1995, *L'«animus communitalis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Giuffrè, Milano.
- Pollard, B., 2006, *Explaining Actions with Habits, in American Philosophical Quarterly*, 43, 1.
- Pollard, B., 2006b, *Action, Habit and Constitution*, in *Ratio* 19, 2.
- Puchta, G.F., 1828, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, Palm, 1828.
- Putnam, H., 1992, *Realism with A Human Face*, Harvard University Press, Cambridge (MA) – London.
- Putnam, H., 1994, *Pragmatism and Moral Objectivity*, in H. Putnam. *Words and Life*, ed. by James Covenat, Harvard University Press, Cambridge (MA) – London.
- Raz, J., 1975, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson & Co., London 1975.
- Ricca, M., 1996, *Legge e intesa con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Giappichelli, Torino.

- Ricca, M., 2020, *Otherness, Elsewhere, and the 'Ecology' of Law's Implications: The semiotic oceans surrounding legal signification and its discriminatory exteriority/objectivity*, in *International Journal of Legal Discourse*, 5(2).
- Ricca, M., 2022, *The 'Spagbettification' of Performativity Across Cultural Boundaries: The Trans-culturality/Trans-Spatiality of Digital Communication as an Event Horizon for Speech Acts*, in *Int J Semiot Law*, 2022. <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09880-4>.
- Ricca, M., 2022b, *Perpetually Astride Eden's Boundaries, The Limits to the 'Limits of Law' and the Semiotic Inconsistency of 'Legal Enclosures'*, in *Int J Semiot Law.*, 35, 179–229.
- Ricca, M., (in corso di pubblicazione), *How to Undo (and Redo) Words with Facts: A Semio-enactivist Approach to Law, Space and Experience*, in *Int J Semiot Law*.
- Romano Giacomazzo, G., 1983, *La consuetudine nella dottrina canonica classica*, Cedam, Padova.
- Searle, J. 1995, *The Construction of Social Reality*, The Free Press: New York.
- Ross, A., 1929, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig – Wien (ripubblicato, più di recente, da Scientia Verlag, 1989).
- Searle, J., 2001, *Rationality in Action*, The MIT Press, Cambridge, MA – London.
- Stravopoulos, N., 2001, *Hart's Semantics*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, OUP, Oxford – New York.
- Testa, I. and Caruana, F., 2020. *Habits: Pragmatist Approaches from Cognitive Science, Neuroscience, and Social Theory*, CUP, New York.
- Tuzet, G., 2019, *Preface*, in C. Tiercelin, *Pragmatism and Vagueness: The Venetian Lectures*, Mimesis International: Milano – Udine.
- Walter, F., 1822, *Lehrbuch des Kirchenrechts aus den neuen und älteren Quellen bearbeitet*. 2. sehr veränderte Aufl., Adolf Marcus, Bonn.
- Walter, F., 1833, *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*. 6. Aufl., Adolf Marcus.
- West, D.E. and Anderson, M., 2016 (eds)., *Consensus on Peirce's Concept of Habit: Before and Beyond Consciousness*, Springer, Cham. Switzerland.
- Zorzetto, S., (a cura di) 2008, *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.

Pierre Etienne Kenfack

*Droits écrits et droits coutumiers dans les Etats d'Afrique
noire francophone aujourd'hui*

Abstract: How should the states of French-speaking Black Africa articulate written and customary laws on their territories today? The question is not new, but it takes on another dimension if we consider traditional laws not as positive solutions that can be used, but from the point of view of their use as legal systems to create a common state law based on codification. This is what this contribution focuses on, highlighting the limits of the current articulation and suggesting one that gives customary law its rightful place.

Keywords: Custom, codification, colonization, written law, traditional law, sources of law, legal systems.

Est-il encore pertinent de consacrer une recherche sur le couple droits écrits et droits coutumiers dans un Etats d'Afrique noire francophone aujourd'hui ?

Une réponse a priori négative peut s'appuyer sur plusieurs arguments dont deux majeurs.

Le premier procède de ce que, aussi bien dans la stratégie des puissances coloniales que dans celle des dirigeants africains qui les ont remplacés, les droits coutumiers étaient de droits tolérés à titre transitoires et devraient, selon leurs prévisions, à la date d'aujourd'hui, tous avoir été remplacés par les droits écrits, considérés comme modernes et propices au développement¹.

Le second argument est que, la question datant de l'époque coloniale, a déjà fait l'objet d'une abondante littérature provenant d'éminents auteurs. Ainsi, en 1972, Le professeur Stanislas MELONE, dans article intitulé « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie » mettait en exergue les rapports conflictuels entre le droit écrit et la coutume dans son pays le Cameroun². Deux ans plus tard, dans un ouvrage intitulé « Quelle est ma loi : tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone » et dont l'écho a raisonné en Afrique comme un grand tam-tam, Guy Ajete KOUASSIGAN se demandait si le droit applicable au statut personnel dans les Etats d'Afrique francophone était finalement le droit coutumier issu et pratiqué sur le terroir, ou le droit écrit ,

* Agrégé de droit privé, Professeur à l'Université Yaoundé 2 et directeur du département en théorie du droit.

1 Sur cette prévision lire notamment : Rarijoana1968: 539 et s. ; Schaffer, 1974: 311 et s.

2 Meloné1986: 327 et s.

greffe imposée par les puissances coloniales sans aucun lien avec le terroir considéré comme moderne ou les deux³. Poursuivant sa réflexion entamée en 1972, et tirant les enseignements de l'observation du fonctionnement du système juridique camerounais, le Professeur MELONE vantait dans un article publié en 1986 à la Revue Internationale de Droit Comparé les mérites de la cohabitation des droits coutumiers et des droits écrits⁴. Ces travaux en ont inspiré tellement d'autres⁵, qu'il peut paraître superflu d'y consacrer encore des pages

Pourtant, malgré le caractère décisif de ces arguments le sujet reste pertinent ne serait-ce que par son invitation à faire une évaluation des résultats de la volonté coloniale de faire disparaître les droits coutumiers au profit des droits écrits, volonté récemment rappelée par un auteur⁶. Il reste surtout pertinent parce qu'il recèle un angle d'approche que nos devanciers n'ont pas exploré : l'évaluation des rapports droits écrits et droits coutumiers, non plus à l'aune de la concurrence qui existe entre eux comme lieu d'inscription du droit positif, mais à l'aune de leur exploitation pour produire du droit aspirant à l'effectivité et applicable à l'échelle étatique.

Pour saisir toutes les facettes de ce débat, il est important d'expliquer pourquoi l'espace Afrique noire francophone a été choisi comme champ de recherche et, surtout se souvenir de la particularité du sens des expressions droits écrits et droits coutumiers dans cet espace.

Relativement au choix de l'espace, la première explication est que c'est le lieu principal d'exercice de l'activité de l'auteur de ces lignes. Mais l'explication la décisive est que, sous les colonisations française et Belge, malgré la division de cet espace en Etats souverains, un droit écrit, avec un contenu quasiment identique y a été introduit par les puissances coloniales, avec pour racine le droit français et les actes Torrens pour les questions foncières⁷. Que ce soit en Afrique occidentale française avec pour chef de file le Sénégal ou en Afrique équatoriale française avec pour capitale la République du Congo, la France a rendu applicable les codifications napoléoniennes des années 1800⁸, introduit un droit spécial de la terre et un droit

3 Kouassigan 1975.

4 Meloné 1986

5 Notamment : Carlson 1979 ; Zambo Zambo 2009 ; Dzeukou 2002 ; Lampué 1979: 245 et s. ; Segni-Sambo, 1977: 321 et s. ; Idot 1987: 7 et s. ; Agondjo-Okaw, 1982: 393 et s. ; Segui: 468 et s. ; Bokalli 1997: 37 et s. ; Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s.

6 Zambo Zambo 2018: 171 et s.

7 Dans tous les Etats d'Afrique noire francophone, pour pouvoir s'assurer du contrôle des terres les colons ont institué des lois foncières fondées non pas sur la réalité des prérogatives sur les terres, mais dérivées des « Torrens acts » du nom de l'administrateur australien des colonies Torrens. D'après ce systèmes les terres non immatriculées au nom des demandeurs du pays appartiennent à l'Etat qui a seul le droit de les attribuer à sa guise. Seuls les droits fonciers enregistrés dans les livres fonciers tenus par l'Etat sont reconnus. Le principal effet de l'instauration de ce système a été de supprimer par l'effet de la loi tous les droits fonciers des populations sur les terres auxquelles elles ont accédé par le mécanisme naturel de l'occupation. Sur ce système, lire notamment : Le Bris, Leroy et Leimdorfer 1982 ; Dufrenoy 1934 ; Brochu, 2002 ; Mpeesa 2004: 611 et s.

8 Code civil de 1804, rendu applicable à l'Afrique équatoriale française par le https://fr.vikidia.org/wiki/Code_civil_napol%C3%A9onien#/media/File:Code_Civil_1804.png.

spécial du travail⁹. En République Démocratique du Congo, ex-Zaire, la Belgique a introduit un droit écrit ayant pour racine les lois françaises et les Torrens acts¹⁰

Relativement à la particularité du sens des expressions droits écrits et droits traditionnels dans le contexte africain. Dans un sens ordinaire, le droit écrit c'est le droit qui se présente sous la forme d'une suite de signes dotés d'une signification intelligibles et fixés des supports formels que sont les lois, les règlements et les décisions de justice. Dans les pays qui ont colonisé l'Afrique, ce droit tout en étant un mélange de volonté de ceux le mettent en forme, est néanmoins la traduction dans les textes, les codes et les décisions de justice d'un vécu social, d'une mise en forme des aspirations des destinataires. Mais, dans le contexte africain, depuis l'époque coloniale, le droit écrit ne s'entend pas seulement uniquement d'une suite de signes dotés d'une signification intelligible fixés sur un support, et publiés dans un souci de sécurité juridique, mais surtout du véhicule d'une idéologie visant à répandre une certaine civilisation et dans certains cas, visant à faciliter l'activité coloniale ou à assurer le développement. Il est rarement une mise en forme des pratiques sociales du terroir, mais très souvent l'expression de la volonté et la mise en forme des projets de ceux qui le produisent.

Ce droit, « civilisateur » a rencontré sur son chemin des droits coutumiers auquel les puissances coloniales et la plupart des auteurs qui s'en préoccupent aujourd'hui ont, à partir d'une définition incomplète de la coutume au sens juridique, donné un sens tout aussi incomplet.

Classiquement les juristes définissent la coutume comme toute norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prête à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant. Véritable règle de droit d'origine non étatique et en général non écrite que la collectivité a fait sienne par habitude¹¹. Abandonnant ce sens qui permet d'englober des pratiques observées sans intervention humaine, les puissances coloniales et la plupart des auteurs qui travaillent sur les rapports entre la coutume et les droits écrits en Afrique n'ont retenu que le sens d'habitude répétée par les hommes, réduisant la coutume à la production voulue et non observée. On a ainsi défini la coutume comme une pratique ancestrale « d'origine mystérieuse parce que le plus souvent fondée sur un mythe qu'il faut inlassablement répéter si l'on ne veut pas s'aliéner les puissances invisibles qui protègent la société »¹². Dans ce sens la coutume est le produit spontané de la conscience populaire.

Sur la base de cette définition réductrice les droits coutumiers ont été défini comme des règles orales issues des pratiques ancestrales et qui avec le temps deviennent obligatoire sur un espace donné ou entre les membres d'une communauté donnée¹³.

9 Loi n°52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail dans les territoires d'outre-mer des terres australes et antarctiques françaises, [www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr;);

10 Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s.

11 Cornu 2016.

12 Le Roy 1982: 353 et s ; définition reprise par Sietchoua Djuitchoko 2000: 130 et s.

13 Zambo Zambo 2018:171 et s.

Ces définitions empreintes d'idéologie, poursuivaient un objectif : dénigrer les droits coutumiers considérés comme anti-développement pour les faire disparaître progressivement au profit des droits écrits plus apte à assurer le développement des États.

Le projet a-t-il abouti ? La réponse négative découle de la présence dans le paysage juridique des États d'Afrique noire francophone des pratiques d'organisation de la vie en société sans rapport avec les droits écrits et répondant aux caractéristiques des droits coutumiers¹⁴.

Si malgré la volonté affichée depuis la période coloniale de faire disparaître la coutume celle-ci est toujours présente dans le paysage juridique de ces États, la préoccupation change de perspective. Elle n'est plus de savoir qu'est-ce qu'il faut appliquer entre les droits écrits et les droits coutumiers, mais de savoir comment utiliser et, plus techniquement, les articuler pour produire un droit commun d'organisation de la vie sociale ayant des chances de s'appliquer effectivement. Comment il articuler les droits écrits et les droits coutumiers pour produire un droit ayant des chances d'organiser une vie sociale sans conflits dans les États d'Afrique noire francophone ?

La question est importante parce qu'elle interroge le processus de production des normes juridiques dans des États dans lesquelles les normes importées et imposées sont en conflit avec les normes vécues.

L'observation du fonctionnement de la scène juridique des États d'Afrique noire francophone met en perspective l'impossible mise en œuvre de l'articulation imposée les autorités publiques (I) et invite à suggérer une autre articulation (II).

I. L'impossible mise en œuvre de l'articulation imposée par les autorités publiques

Poursuivant l'œuvre coloniale de dénigrement des droits coutumiers, les autorités publiques des États d'Afrique noire francophone proposent à travers les textes et la jurisprudence une articulation entre les droits écrits et les droits traditionnels qui se révèle de mise en œuvre impossible. En effet à la volonté des autorités de réduire la coutume au rang de source secondaire de droit (A) s'oppose une vitalité exceptionnelle des droits coutumiers (B).

A. La volonté des autorités de réduire la coutume au rang de source secondaire de droit

Jugeant les droits coutumiers contraires au développement les puissances coloniales avaient mis en place des stratégies visant à terme leur disparition. La plus visible étant de les laisser fonctionner en parallèle pour mieux faire voir les mérites des droits écrits et les défauts des droits coutumiers¹⁵. A l'indépendance certains États

14 Kangulumba Mbambi 2005: 315 et s. ; Timtchueng 2011: 5 et s.

15 Kenfack 2009 ; Agondjo-Okawe, 1982. ; Meloné 1986.

ont opté pour une position plus radicale : supprimer par voie d'autorité les droits coutumiers considérés comme contraires au développement. Certains l'ont directement fait par proclamation de leur suppression, d'autres indirectement par suppression des juridictions coutumières¹⁶.

La grande majorité des Etats n'a pas fait un choix aussi radical, mais a cherché à atteindre le même résultat par la voie de la subtilité inaugurée par les colons. Tout en maintenant les juridictions de droit traditionnelles chargées d'appliquer les coutumes, les autorités ont multipliés des mécanismes de réduction de l'influence des droits coutumiers, l'objectif ultime étant de réduire les coutumes au rang de sources secondaires du droit.

Le premier levier articulé est le silence gardé par les Constitutions sur la place des droits traditionnels dans les ordres juridiques¹⁷. Dans les Constitutions des Etats d'Afrique noire, sont annoncées les sources du droit. Après avoir indiqué les matières qui relèvent du domaine de la loi, elles indiquent que toutes les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi relèvent du domaine du règlement. Les mêmes textes indiquent que le Président de la République est autorisé à prendre des ordonnances dans les matières qui relèvent du domaine de la loi¹⁸.

La lecture de ces constitutions met en perspective trois principales sources du droit : les lois, les règlements et les ordonnances. Il n'y a dans cette énumération ni la jurisprudence, ni la coutume. Mais la situation de la jurisprudence est réglée par l'institution du pouvoir judiciaire avec la précision de ses missions. Par contre, la coutume n'est nullement abordée, même de manière indirecte, ce qui pourrait laisser penser que la coutume n'est pas une source du droit dans cet espace. Ce qui n'est pas exact, puisque l'affichage des coutumes comme source de droit est fait en des lieux moins puissants que la constitution. On le trouve en effet dans les

16 Il en est ainsi de la Guinée Conakry, de la Cote d'Ivoire, du Burundi, du Rwanda. Sur ce point, lire notamment, Meloné 1986.

17 Constitution du Sénégal, Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001, modifiée par la Loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/59426/111008/F1002378662/SEN-59426.pdf>. Articles 67 et suivants. Cameroun, Loi n° Constitution du Cameroun, loi n° 96-06 du 18 janvier 1996, portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008-001 du 14 avril 2008, articles 26 et suivants. https://www.assnat.cm/images/La_Constitution.pdf.

18 A titre d'illustration voir notamment : Article 67 et suivants de la Constitution du Sénégal, Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant Constitution de la République du Sénégal modifiée par la loi constitutionnelle n°2016-10 du 5 avril 2016 <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/59426/111008/F1002378662/SEN-59426.pdf>. Articles 26 et suivants de la Constitution du Cameroun, Loi n°96/06 du 6 janvier 2016 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, révisée par la loi n°2008/01 du 14 avril 2008, https://www.assnat.cm/images/La_Constitution.pdf; Articles 47 et suivants de la Constitution de la République gabonaise, Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République gabonaise, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/109499/135858/F872743988/GAB-109499.pdf>. Articles 125 et suivants de la Constitution de la République Démocratique du Congo, Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de la Constitution portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/CD/rdc-constitution-2011/at_download/file

textes sur l'organisation judiciaire qui consacrent l'existence des juridictions de droit traditionnel, mais confient l'élaboration de leur régime juridique à des textes réglementaires¹⁹. Démarche qui participe toujours du processus de relégation des coutumes au rang de sources secondaires voire résiduelle de droit.

Par la suite, tout en admettant l'existence des juridictions coutumiers, les textes qui reconnaissent l'existence des juridictions de droit traditionnels soumettent la compétence de celles-ci à l'acceptation de toutes les parties en cause. En cas de refus de l'une des parties le litige est automatiquement soumis aux juridictions de droit moderne. Ainsi, dans l'article 2 du décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles au Cameroun on peut lire : « la compétence de ces juridictions est subordonnée à l'acceptation de toutes les parties en cause. Sous cette réserve, ces juridictions sont compétentes pour connaître des procédures civiles et commerciales que les textes en vigueur ne réservent pas aux juridictions de droit moderne »²⁰.

Ce déclinatoire de compétence qui doit être fait in limine litis est un obstacle majeur à l'application des droits traditionnels. Prenant le relais législatif, la jurisprudence a également posé des règles qui conduisent à la mise à l'écart de la coutume devant les juridictions chargées d'appliquer les droits coutumiers. Appelées à régler le conflit de sphère d'influence entre les droits coutumiers et les droits écrits, les juridictions suprêmes africaines posent systématiquement le principe de la suprématie des droits écrits sur les droits coutumiers²¹. De même, elles décident systématiquement que la loi écrite est seule applicable lorsque la coutume est silencieuse, obscure ou contraire à la loi écrite²². La multiplication des lois écrites et le fait que les magistrats présidant les juridictions coutumières soient des juges formés au droit écrit ne devraient logiquement aboutir qu'à faire des droits coutumiers des droits de seconde zone.

Pour parachever l'œuvre de réduction des droits coutumiers au rang de source secondaire du droit, les programmes universitaires ou des écoles et centres de formations des magistrats et auxiliaires de justices ne proposent des enseignements en rapport avec les droits coutumiers, alors que c'est un champ de recherche relatif à la vie du droit en Afrique qui mérite d'être exploré.

19 Cameroun- Loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire qui, en son article 3, dispose que l'organisation judiciaire comprend les juridictions de droit traditionnel. Loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême qui, dans la liste des sections de la chambre judiciaire prévue par l'article 8, mentionne la chambre de droit traditionnel. Décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, modifiée par le décret n° 71/607 du 03 décembre 1971. <https://www.juriafrica.com/lex/decret-69-df-544-19-decembre-1969-31876.htm>.

20 Décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 fixant l'organisation et la procédure devant les juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, modifiée par le décret n° 71/607 du 03 décembre 1971, op. cit.

21 C.S. 5 mars 1963, *Bull.* n° 8, p. 541.

22 Lire notamment, Meloné 1986b: 12 et s. ; Bokalli 1997: 37 et s.

Quel est le bilan de cette stratégie ? le droit coutumier est-il devenu un droit de seconde zone ? La réponse négative résulte de la vitalité nouvelle des droits coutumiers observée sur la scène juridique des Etats d'Afrique noire francophone.

La vitalité nouvelle des droits coutumiers

Loin de devenir une source secondaire de droit dans le paysage juridique des Etats d'Afrique noire francophone, les droits coutumiers ont acquis une vitalité plus accentuée se traduisant tantôt par contradiction du droit écrit, tantôt par développement d'un champ d'application complémentaire au droit écrit.

Relativement à la contradiction du droit écrit, il se développe en Afrique des pratiques juridiques admises de tous les acteurs et totalement contraire au droit écrit. La matière foncière et le statut personnel forment le socle de cette pratique.

En matière foncière les Etats africains ont repris à leur compte la législation coloniale issue des *Torrens act* qui a organisée une expropriation des populations par voie législative sans purge préalable des droits. Certains ont adopté une domanialité souple, d'autres une domanialité forte.

Les Etats à domanialité souples permettent aux populations de devenir propriétaire des terres qu'elles ont conquises avant l'arrivée coloniale en remplissant des conditions permettant à l'Etat de leur délivrer les titres fonciers. Toutes les terres non objets de tels titres relèvent soit du domaine public, soit du domaine national ou rural et sont placées sous l'autorité et l'administration de l'Etat. Pour mieux préserver ces terres de la convoitise des populations les textes interdisent toute opération juridique sur les terres non objet de titre de propriété²³.

Quant aux Etats à domanialité forte, ils proclament dans leurs textes que toutes les terres appartiennent à l'Etat. Il en est ainsi de la République du Congo et de la République centrafricaine²⁴. Ainsi, à l'article 53 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régie foncier et immobilier, modifiée le 18 juillet 1980 en République démocratique du Congo il est écrit : « le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat » l'article 55 définit deux domaines : le domaine public qu'il spécifie et indique que toutes les terres qui ne sont pas dans le domaine public relèvent du domaine privé de l'Etat ».

Sur la base de cette législation héritée de la période coloniale, les populations sont supposées avoir perdues toutes leurs terres ou du moins, celles non objet de titres de propriété au profit de l'Etat.

23 Quelques exemples pour illustrer. Sénégal, Loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, https://www.au-senegal.com/IMG/pdf/snarga_loi_nc991.pdf. Burkina Faso, Loi n°014/96/ADP du 23 mai 1996 portant réorganisation agraire et foncière, https://www.inter-reseaux.org/wp-content/uploads/pdf_RAf_1996.pdf ; Cameroun, ordonnance 74-1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier, <https://www.ecolex.org/fr/details/legislation/ordonnance-no-74-1-fixant-le-regime-foncier-lex-faoc001139>. République du Congo, Loi n° 21-2018, 13 juin 2018, fixant les règles d'occupation et d'acquisition des terres et des terrains en République du Congo, <https://www.labase-lextenso.fr/lessentiel-droits-africains-des-affaires/DAA11u3>.

24 Loi n° 73-021 du 20 juillet 1973, modifiée le 18 juillet 1980, <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/cng65784.pdf> ; RCA, Loi n° 63-441 du 9 janvier 1964 relative au domaine national, <https://landportal.org/fr/library/resources/lex-faoc001478/loi-n%C2%BA-139-60-portant-code-domanial-et-foncier>.

Simplement les choses ne se sont pas passées exactement comme prévues. Sur les espaces concernés se sont développées des pratiques qui finalement s'imposent aux hommes de l'Etat. Coordonnant un projet sur les droits fonciers des populations en Afrique noire, l'auteur de ces lignes a mené des enquêtes pour voir le fonctionnement de la pratique foncière dans ces espaces malgré les textes. Les résultats ont montré qu'en parallèle du droit foncier légal fonctionne un droit foncier coutumier qui part du principe que la terre reste la propriété des populations qui l'ont conquises depuis les temps immémoriaux. Il a ainsi observé en République Démocratique du Congo et en République centrafricaine, pays où la domanialité est la plus forte que les tribunaux reconnaissent et protègent la possession des personnes privées sur des terres censées être la propriété de l'Etat²⁵.

Relativement au statut personnel, les législations des Etats d'Afrique noire sanctionnent l'exigence abusive de la dot et ne reconnaissent de validité qu'au mariage célébré devant l'officier de l'Etat civil, le mariage coutumier étant jugé sans intérêt²⁶. La dot est la somme que les parents du marié versent à ceux de la femme en vue du mariage. Malgré la condamnation légale de l'exigence abusive, on ne trouve devant les tribunaux nulle trace de décision de condamnation sur ce point. De plus la pratique révèle des montants de la dot dépassant les limites de l'imaginable payés avec joie pour montrer l'attachement à sa fiancée.

Dans les textes des Etats d'Afrique noire, le mariage n'est valable que s'il est célébré devant un officier de l'Etat civil. Malgré ces textes, les africains ne se sentent mariés qu'à l'issue de la célébration traditionnelle. Dans la plupart des cas la célébration traditionnelle précède et conditionne la célébration devant l'officier d'Etat civil et cette pratique est nécessaire à l'équilibre et du couple, de la famille et de la société²⁷.

Dépassant le fond du droit, la contradiction du droit écrit par les droits traditionnels s'observe également au plan de la forme. Contrairement à la volonté des Etats d'Afrique noire francophone d'imposer la justice étatique comme seule forme de justice, il existe dans la plupart de ces Etats une organisation judiciaire traditionnelle autonome, parallèle à celle de l'Etat, avec ses autorités, ses procédures, ses sanctions. Dans cette forme de justice, les décisions ne sont pas rendues par les juges, mais par des autorités coutumières. Le juge qui n'est pas une autorité qui tranche les litiges en désignant les coupables et les non coupables, les responsables et les non responsables, est un conciliateur qui cherche avant tout la solution qui permettra la cohabitation des protagonistes quelle que soit l'issue du litige²⁸.

La vitalité des droits coutumiers en Afrique noire francophone s'observe également à partir de développement d'un champ complémentaire au droit écrit dans plusieurs domaines.

En matière des successions, en marge de la succession réelle dominée par la législation héritée de la colonisation, la pratique coutumière a développé une suc-

25 Kenfack 2014.

26 Adjeté Kouassigan, 1974. ; Melone 1972: 12 et s. ; Ombionio 1989: 32 ; Bokall 1997; Kangulumba 2005: 315 et s ;

27 Kangulumba 2005.

28 Kangulumba 2005; Kamto 1990: 57 et s.

cession personnelle qui permet la continuation de la personne du défunt dans les sociétés secrètes, dans la notabilité, dans la chefferie parce qu'en Afrique, les morts ne sont pas morts²⁹.

Dans le droit du mariage, tandis que les règles posées par les autorités ne saisissent que le moment de la célébration du mariage, les droits coutumiers le saisissent dès la rencontre des protagonistes en partant du principe que le mariage n'est pas seulement une affaire des époux, mais engage deux familles qui doivent se connaître et accepter le principe du mariage de leurs enfants avant le moment de la célébration devant l'officier d'Etat civil. Le processus commence par la présentation du fiancé à la famille restreinte de la fiancée, et se poursuit par la cérémonie de dot³⁰.

Comme on le voit, face à la volonté de la faire disparaître, la coutume fait plus que résister, elle est présente et nous oblige à repenser l'articulation des droits écrits et des droits coutumiers, à suggérer une autre articulation.

II. L'articulation à suggérer

L'articulation à suggérer est celle qui permet de mobiliser les droits écrits et les droits coutumiers pour produire des règles d'organisation d'une vie sociale sans conflit dans les Etats d'Afrique noire francophone. Le recours aux droits écrits et aux droits coutumiers comme lieux d'inscription des solutions positives ayant montré ses limites, il ne reste plus qu'à les mobiliser comme source d'inspiration d'un droit nouveau ayant plus de chances de s'appliquer réellement. Il s'agit de les utiliser comme systèmes juridiques³¹.

La première réalité à prendre en compte est l'influence du droit écrit sur l'organisation sociale des Etats en Afrique. Avant la colonisation, les entités en Afrique n'étaient pas constituées sous forme d'Etats, mais de grands groupes ethniques, de tribus ayant une certaine homogénéité, ce qui permettait d'envisager un droit une application sans difficultés de la coutume du groupe. Aujourd'hui la réalité est toute autre. En effet, depuis la conférence de Berlin, les regroupements se sont fait sous la forme d'Etats mettant ensemble des entités n'ayant parfois aucun lien culturel. Si le droit applicable doit être celui de l'Etat, cela conduit automatiquement à privilégier une recherche de solutions communes et pour les besoins de sécurités, de mettre ces solutions à disposition et la meilleure manière d'y parvenir c'est l'écrit, c'est la codification des solutions et leur publication. Sur ce plan, le recours aux techniques des droits écrits est inévitable.

Mais que faut-il codifier ? ainsi se pose la problématique de la construction des droits africains aspirant à l'effectivité deuxième réalité à prendre en compte sur laquelle, il faut insister. Comment y parvenir ? La solution la plus utile con-

29 Oble 1984 ; Youego 1994: 15 et s. ; Timtchueng 2011: 5 et s.

30 Mignot 1990 ; Robert 1996.

31 Kenfack 2009.

siste à partir de l'observation de la réalité juridique pour construire quitte à assurer des corrections par la suite.

Les enseignements tirés de l'ineffectivité des droits écrits, essentiellement idéologiques, nous conduit à suggérer le principe de la codification des pratiques de gestion des relations sociales observées, autrement dit des droits traditionnels (A) de sorte que la codification des droits écrits soit une solution exceptionnelle ou de correction (B).

B. Le principe de codification des droits traditionnels

Comme fait observer précédemment, le droit qui a des chances de s'appliquer réellement est celui dans lequel les destinataires se reconnaissent. Le droit qui n'est pas déconnecté du quotidien des destinataires. En dehors des matières pour lesquelles les africains n'avaient aucune idée avant leur introduction dans leur paysage juridique comme le droit du travail, le droit nucléaire, les solutions importées n'ont jamais eu l'adhésion des africains. La polygamie n'a pas pu être supprimé, le mariage coutumier précède toujours le mariage civil, le citoyen rural préfère toujours un arrangement pour le dommage qu'il a subi en lieu et place a toujours autant de mal à poursuivre son autre voisin en réparation pour le dommage matériel qu'il lui a causé par inadvertance, préférant une solution transactionnelle ; malgré la déclaration de la propriété de l'Etat ou l'interdiction des aliénations des terrains urbains et ruraux non immatriculés, il existe un marché foncier qui ne se soucie nullement de ces injonctions³².

Quelles conséquences faut-il en tirer ? C'est qu'il faut codifier les coutumes. Mais au préalable il faut restituer à la coutume son sens large qui englobe les pratiques sociales observées. Par droits coutumiers il ne faudrait plus entendre uniquement l'expression de la conscience d'un peuple, mais le mode de régulation des rapports sociaux utilisés dans un espace donné, comprenant les usages qui n'ont rien à voir avec la conscience.

La proposition ne relève pas de l'utopie. Elle a déjà reçu un début de concrétisation dans certains textes de l'OHADA (organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). L'acte uniforme portant droit commercial général adopté le 17 avril 1997 a été modifié le 15 décembre 2010 pour accueillir le statut d'entrepreneur. Statut qui permet aux personnes physiques du secteur informel d'accéder à la vie des affaires sans être obligées de subir les contraintes imposées aux commerçants. C'est la codification d'un besoin de la pratique des affaires dans l'espace OHADA dominé par le secteur informel. Avec ce statut les acteurs du secteur informel peuvent accéder aux marchés publics, passer des contrats utiles au développement de leurs activités sans plus passer par le statut de commerçant³³.

32 Oble 1984 ; Mignot 1990 ; Robert 1996 ; Kangulumba 2005, Kamto 1990: 57 et Djui-dje 1999 ; Meloné 1972: 12 et s. ; Ombiono 1989: 32 ; Bokalli 1997.

33 Kenfack 2016.

De même l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution autorise la saisie des immeubles non immatriculés, autrement dit reconnaît la propriété sur des terres sans titre foncier alors que tous les droits des Etats membres ne reconnaissent de droit de propriété que sur les terres immatriculées. Dans le même sens, la Convention 169 de l'OIT sur les droits des peuples indigènes et tribaux reconnaît et protège les droits fonciers non enregistrés. C'est la codification de la réalité des droits sur les terres, des usages en matière des terres en Afrique noire francophone.

Si la codification des coutumes est le principe, il reste des hypothèses ou le droit à codifier est plutôt inspirés des droits écrits. Ce qui nous conduit à la solution exceptionnelle de codification des droits écrits.

La codification exceptionnelle des droits écrits

L'expression droit écrit doit être reprécisée ici. Il ne s'agit plus d'une idéologie développée à des fins de réalisation d'objectifs idéologiques, mais des règles codifiées ailleurs par observation de la réalité qui peuvent être mobilisées par un ou plusieurs Etats soit pour combler les lacunes des coutumes, ou pour corriger les excès des droits coutumiers.

Il existe des questions juridiques qui n'ont été introduites en Afrique que par le fait colonial ou par l'arrivée sur le territoire des puissances étrangères. Il en est ainsi des relations de travail qui étaient totalement inconnues de l'Afrique soit à cause de l'esclavage ou du travail forcé. L'Afrique ne peut donc pas revendiquer des coutumes susceptibles d'être codifiées dans ce domaine. La matière ayant été complètement élaborée en occident ne peut être organisée sur le territoire que par recours aux droits écrits des pays qui l'ont construite. Même si le contexte africain peut influencer la matière, cela ne peut être le résultat d'une codification des coutumes. Seuls les droits écrits construits ailleurs peuvent aider.

Les coutumes codifiées n'ont de chance d'organiser une vie juridiques impliquant des étrangers ou sans excès que si elles sont débarrassées de certains défauts ne tenant compte des mutations sociales, et de la mondialisation. Il en est ainsi des coutumes qui porteraient atteintes aux valeurs et principes codifiés par les instruments internationaux. Le recours à ces droits devient utile pour corriger les lacunes.

Le recours aux instruments internationaux permettrait de veiller à ce que lors de la codification des coutumes ne soient pas oubliées la préservation des droits et libertés fondamentaux.

La plupart des Etats d'Afrique noire sont dans un processus de réforme de leur droit. Peuvent-ils se permettre d'éviter de tenir compte de la vie juridique réelle pour continuer à souhaiter une vie juridique imposée ? Il me semble que la prise en compte de la réalité, des coutumes est un impératif pour l'élaboration d'un droit ayant des chances de s'appliquer.

Conclusion

Cette réflexion met en lumière l'impossibilité de réduire les droits coutumiers au rang de droits secondaire et révèle la nécessité de leur accorder une place centrale

dans la construction ou la production d'un droit ayant des chances de s'appliquer effectivement sur les territoires des Etats d'Afrique noire. Elle démontre que les droits traditionnels sont ceux dans lesquels les populations de ces Etats se reconnaissent le plus et qu'il faut les utiliser pour produire le droit positif de ces Etats. Il ne s'agit pas de répudier les droits écrits, mais de les utiliser comme moyens pour résoudre les problèmes inconnus dans l'espace africain avant la colonisation ou comme correctifs des droits traditionnels contraires aux valeurs mondialement protégées.

Fernando Bellelli*

*Le ecopedagogie generatrici di nuove consuetudini:
la prospettiva della pedagogia giuridica*

Abstract: The need to develop an integrated theory of human dignity, in which the one of performance and the one of endowment find adequate articulation, implies the affective turning point of the Philosophical-Theological, Human and Legal Sciences. In all this, the contribution of the compared reflection of the thought of Vico and Rosmini on the subjects is central to the juridical argument of *custom*. It is evident that juridical pedagogy is the specific pedagogical and legal discipline in which and by which it is possible to find the founding contribution to the ability of eco-pedagogy to generate new necessary habits for the transition from the Anthropocene to the Ecozoic Era.

Parole chiave: Ecopedagogia, consuetudine, dignità umana, pedagogia giuridica, Ecozoic Era Ecopedagogy, custom, human dignity, juridical pedagogy, Ecozoic Era

1. Introduzione

Questo contributo riflette sul tema della consuetudine, collocandosi in un più ampio itinerario, che ha avuto i suoi prodromi in una ricerca-azione inerente al tema dell'agricoltura sociale¹. Con il progressivo svilupparsi ed evolversi di un molto interessante e proficuo dibattito da parte di professori e ricercatori di filosofia del diritto sul tema della consuetudine, al quale ho partecipato, dibattito generatosi in una molteplicità di incontri e attività, anche finalizzati ad un importante convegno nel futuro prossimo, si sono progressivamente focalizzati ed articolati dei nuclei tematici sui quali si concentra una significativa componente della ricerca da me condotta su tali argomenti: si tratta, oltre che della già citata agricoltura sociale, della teoria integrata della dignità umana e della pedagogia giuridica.

Scopo del presente articolo, pertanto, è illustrare e riflettere su di un possibile come e perché una specifica e originale prospettiva di ecopedagogia, quale è quella di Thomas Berry, implica dall'interno l'esigenza e la capacità, nel contempo, di

* Fernando Bellelli, Storia della Pedagogia e Pedagogia Generale, Università di Modena e Reggio Emilia, Filosofia del Diritto, Università del Piemonte Orientale.

¹ Cfr. Bellelli 2018. In questo articolo si dà conto di una ricerca-azione svoltasi all'interno di una specifica proposta di attività sulle cliniche legali, sottoponendo all'analisi degli studenti di giurisprudenza di un Ateneo italiano l'esigenza di porre in essere l'attivazione di una attività di agricoltura sociale vertente sul metodo dell'agricoltura®.

generare nuove consuetudini, essendo la consuetudine un elemento giuridico-pedagogico interno sia all'ecogiurisprudenza sia all'ecopedagogia di T. Berry. Tutto ciò può avvenire a partire da quella singolare prospettiva di pedagogia giuridica ricavata dalla e con la proposta di una teoria integrata della dignità umana.

2. Il dibattito attuale sulla dignità umana: la teoria integrante quella della prestazione e quella della dotazione

Quella specifica proposta di una teoria integrata della dignità umana sulla quale ho prodotto una ricerca filosofico-pedagogica e storico-culturale, in particolare alla luce della prospettiva di Giambattista Vico e di Antonio Rosmini e della comparazione tra le due², si colloca sulla frontiera tra le Scienze Teologiche, le Scienze Umanistiche e le Scienze Giuridiche e proprio da queste ultime è emersa l'esigenza di elaborarne una teoria, come proposto e auspicato da Hasso Hofmann (Hofmann 1999 [1993]: 620-650). Secondo questo autorevole pensatore la teoria integrata della dignità umana dovrebbe risultare dalla capacità di articolare dall'interno connessioni logiche, giuridiche e politiche tra le due principali teorie che si fronteggiano sull'argomento in modo apparentemente antinomico: la teoria della prestazione e quella della dotazione.

La teoria della prestazione sostiene che ciò che costituisce il nucleo essenziale della dignità umana è determinabile e ricavabile in base a ciò che viene restituito dalle strutture e dai costrutti socio-culturali, in virtù di un'idea di progresso radicato in una concezione di utilizzo dello sviluppo tecnico-scientifico che si avvale di tutte le possibilità messe a disposizione da quest'ultimo. Nulla di ciò che inerisce alla dignità umana è predeterminato né predeterminabile aprioristicamente e può costituire un nucleo inviolabile in virtù di imperativi morali, che limitino l'applicazione dei ritrovati tecnico-scientifici regolamentati, come detto, da sistemi sociali che, in virtù di sistemi giuridici politicamente configurati, autorizzino e normino nuovi costrutti e nuove strutture, e individuali e sociali, sia dal punto di vista istituzionale, sia dal punto di vista educativo.

La teoria della dotazione, d'altro canto, sostiene che la dignità umana inerisce ad un'identità immodificabile e immutabile, che deve essere riconosciuta e rispettata in quanto inviolabile e codificata in termini interdisciplinari e multidisciplinari come appartenente alla natura della persona (sulla storia del concetto di natura e del concetto di persona la teoria della dotazione non può non riferirsi ad una configurazione concettuale riconducibile a un preciso modo di interpretare la tradizione ebraico-cristiana e greco-romana propria dell'Occidente).

Dal punto di vista storico, il differenziarsi, il sovrapporsi e il divaricarsi della teoria della persona, da una parte, e di quella della dignità umana, dall'altra, è ravvi-

2 Cfr. Bellelli 2020. A questa monografia di carattere più storico-culturale ne seguiranno altre due, in corso di pubblicazione, di carattere più teorico: una sullo statuto epistemologico della pedagogia giuridica e un'altra volta ad illustrare, svolgere e proporre una definizione di teoria integrata della dignità umana.

sabile nell'Umanesimo-Rinascimento prima e nell'Illuminismo poi. Per riprendere i fili interrotti del Rinascimento perduto è indispensabile l'apporto di Vico e di Rosmini³. In termini religiosi di contemporaneità, in particolare cristiano-cattolici, il Concilio Ecumenico Vaticano II, intitolando uno dei suoi documenti, tanto breve quanto importante così come controverso, quale la Dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis humanae*, ha, tra l'altro, inteso riproporre la questione della dignità umana in riferimento alla dimensione e alla questione religiosa⁴.

3. *Affective turn* e dignità umana: ipotesi teorico-epistemologiche vichiano-rosminiane tra *Digital Humanities* e *Law and Humanities*

Per riuscire effettivamente a dare corso all'esigenza di integrare la teoria della prestazione e la teoria della dotazione – alla luce dei loro pregi e dei loro limiti – in una teoria *ad hoc*, occorre farle interagire con le teorie della giustizia, le teorie delle istituzioni e le teorie dell'educazione.

Tutto ciò è necessario per focalizzare come la teoria integrata della dignità umana può articolare il rapporto tra la dotazione e la prestazione, in quanto le ricomprende e ridefinisce a loro volta alla luce della ricomprensione e ridefinizione delle teorie dell'educazione, della giustizia e delle istituzioni, proprio individuando la loro co-originarietà nel nesso (teologico-politico) vichiano-rosminiano tra la filosofia del diritto e la filosofia dell'educazione, in rapporto con la filosofia morale: vichiano diritto naturale delle genti (in rapporto allo *ius prius et posterius*) e rosminiani ordini di riflessione tra coscienza riflessa e diritti (Bellelli, 2022).

Per ricavare quali sono gli elementi del pensiero di Vico e di Rosmini che vanno fatti interagire fra loro in base all'approccio epistemologico suesposto e dai quali ricavare criteri e contenuti essenziali ai fini di elaborare una efficace teoria integrata della dignità umana è necessario *in primis* analizzare ed illustrare le rispettive quattro linee di ricerca su Vico e quattro fasi della questione rosminiana.

A proposito delle quattro linee di ricerca su Vico esse possono essere classificate nella seguente suddivisione: area storicistica; ricezione anglo-americana; ambiente teologico (neoclassico) distinto in neotomismo e *Radical orthodoxy* (Milbank, Pickstock, Ward 1998); epistemologia dell'immaginazione e filosofia-teologia del diritto in chiave pedagogica (estetica giuridica⁵ e deontologia del fondamento⁶).

Ciascuna di queste quattro aree è estremamente variegata nel suo interno, esprime una molteplicità di articolazioni ed è attraversata da sensibilità e correnti talvolta assai complementari. È pleonastico a tal proposito, infatti, evidenziare come in tale approccio a Vico si ritrovi la compresenza di due dei due più autorevoli filosofi italiani del Novecento: Benedetto Croce (1866-1952) e Giovanni Gentile (1875-1944). Il primo si avvicina a Vico cogliendone i tratti che legittimano i con-

3 Cfr. Celenza 2014 [2004].

4 Cfr. Scatena 2003.

5 Cfr. Heritier 2012.

6 Cfr. Sequeri 2020.

tributi del pensiero vichiano allo storicismo come inveramento dello stesso sistema di pensiero crociano; il secondo si avvicina a Vico cogliendone i tratti del suo pensiero che legittimano la critica gentiliana radicale allo storicismo crociano, che conduce il filosofo siciliano all'elaborazione teoretica dell'attualismo nell'alveo del neoidealismo. Riconducibili all'alveo dell'interpretazione crociana di Vico sono tutti quegli autori che si sono formati e hanno svolto la loro ricerca accademica filosofico-pedagogica e giuridico-politica presso e/o intorno all'Ateneo napoletano Federico II: Giuseppe Capograssi (1889-1956), Pietro Piovani (1922-1980), Fulvio Tessitore (1937-), Giuseppe Cantillo (1940-) fino a Roberto Esposito (1950-), principale elaboratore ed esponente della teoria biopolitica e del pensiero vivente, autodenominata *Italian Theory*. L'Ateneo partenopeo di cui sopra ha svolto e svolge la funzione di internazionalizzazione del pensiero di Vico anche e in particolare in riferimento al mondo accademico e culturale tedesco, il quale ha avuto tra i propri autori di riferimento in merito Isaiah Berlin (1909-1997). Oltre a Berlin feconde positive contaminazioni tra il post-idealismo tedesco e il pensiero vichiano si sono realizzate anche intorno a e in riferimento al pensiero e all'opera di Karl-Otto Apel (1922-2017). La ricezione anglo-americana di Vico, avendo le sue origini sempre in riferimento all'ambiente accademico napoletano che si è occupato del suo pensiero con varie istituzioni e realtà a ciò preposte, si è sin da subito connotata nel senso linguistico e dell'analisi del linguaggio, essendo tale area tematica uno degli ambiti filosofici nel quale Vico ha offerto alcuni dei più originali e geniali contributi. L'attuale stato della ricerca rende evidente, tra i vari punti di interesse, che il pensiero di Vico funge da ambiente fecondo e proficuo per l'individuazione di tanto intrinseche quanto inedite convergenze tra l'attenzione al linguaggio propria della filosofia analitica e quella propria della semantica e della sem(e)iotica⁷. La ricezione di Vico, inoltre, ha avuto ed ha anche un'accentuazione e una sensibilità a partire dalla e verso la componente teologica che lo struttura, sia nel contesto italiano sia nel contesto internazionale. Per quanto concerne il contesto italiano dell'attenzione teologica al pensiero vichiano, occorre sottolineare che essa è stata sviluppata in area cattolica principalmente con la finalità di mostrare la convergenza tra il neotomismo in qualità di filosofia ufficiale della Chiesa cattolica con il pensiero vichiano, e tale linea interpretativa ha pertanto risentito delle inevitabili circoscrizioni di analisi e interpretazione conseguenti a tale precomprensione e visione ermeneutica⁸.

Decisamente differente e originale è l'approccio riservato a Vico dalla del tutto singolare scuola di pensiero elaborata da John Milbank (1952-), da lui e dal suo gruppo di lavoro denominata *Radical Orthodoxy*, la quale, se, da un lato, opta, come l'ambiente italiano avente approccio similare, sull'argomento del confronto tra Vico e Tommaso d'Aquino, lo affronta, tuttavia, su presupposti notevolmente diversi, creando cioè una visione di superamento della modernità nella quale non

7 Cfr. i seguenti autori: Marcel Danesi (1946-), Donald Phillip Verene (1937-), Leon Pompa (1933-).

8 Cfr. Agostino Gemelli (1878-1959), Emilio Chiochetti (1880-1951), Franco Amerio (1906-1985).

ci si prefigge di dimostrare la subordinazione-consequenzialità di Vico a Tommaso, quanto piuttosto di comporre la effettiva complementarità delle originalità filosofiche di ciascuno di questi due autori partenopei all'interno di un quadro di riferimento ontologico-trinitario avente una sua originale teoria sociale, in base alla quale il secolare sarebbe una 'invenzione', che surrettiziamente produce una contrapposizione tra epoca medioevale ed epoca moderna, la quale sarebbe pertanto da superare riprendendo il Rinascimento incompiuto e compiendolo mediante un ripensamento radicale dell'Illuminismo.

Oltre alle tre macroaree di studi vichiani già sinteticamente illustrate, occorre sottolineare l'emergere di una prospettiva di ricerca su Vico che ne evidenzia ulteriori risorse ad oggi, con ogni probabilità, non ancora del tutto adeguatamente riprese, ed è riconducibile alla epistemologia dell'immaginazione e filosofia-teologia del diritto in chiave pedagogica. La razionalità filosofica sottesa al pensiero vichiano che quest'ultima linea di ricerca intende sottolineare verte su una concezione della ragione nella quale la teoresi speculativa del *logos* viene correlata senza contrapposizioni alla valenza euristica e poetica dell'immaginazione come attitudine principale del pensiero, componendo in tal modo filoni e approcci di pensiero che talvolta nella storia della filosofia si sono aspramente fronteggiati, sostenendo irriducibili antinomie tra di loro. Rinvenendo in Vico una vera e propria epistemologia dell'immaginazione, Francesco Botturi (1947-), Richard Sherwin (1953-), Paolo Heritier (1966-) forniscono più o meno implicitamente il principale punto di raccordo tra il pensiero di Vico e quello di Rosmini, vertente in quella che, con Pierangelo Sequeri (1944-) possiamo a tutti gli effetti e a pieno titolo denominare svolta affettiva della metafisica. Oltre a questi autori, all'interno di queste linee di ricerca risulta idoneo collocare a pieno titolo anche Thomas Berry (1914-2009) una figura di grande rilievo, in particolare per l'ecopedagogia e il suo intreccio con l'ecoteologia e la giurisprudenza della terra⁹.

La concezione vichiana della razionalità è riformulabile ed esprimibile con la concezione rosminiana del principio di cognizione, a sua volta riesprimibile in piena e totale sintonia e compatibilità con quella che Sequeri denomina ed elabora nei termini della deontologia del fondamento.

È l'approdo dell'analisi sulle quattro linee di ricerca su e del pensiero vichiano a fornire la pertinenza degli elementi più interessanti a loro volta conseguenti al percorso fino alla contemporaneità delle quattro fasi della *questione rosminiana*¹⁰. La questione rosminiana, infatti, approda, ormai a più di vent'anni dalla *Nota* dottrinale della Congregazione per la Dottrina della Fede del 2001, ad una consapevolezza relativa alla possibilità di valorizzare una molteplicità di contenuti e riflessioni rosminiane che, fino alla revoca del *Post obitum* del 1888, non è stato possibile analizzare in piena libertà, obiettività e profondità intellettuale. Già Rosmini vivente, infatti, con la *Dimittantur* di Papa Pio IX del 1853 e con la precedente messa all'*Indice* di alcune

9 Cfr. Tucker, Grim, Angyal 2019. Il testo principale di Thomas Berry su Vico è il suo PhD presso la Catholic University of America: Berry 1949.

10 Cfr. Bellelli 2020: 23-25.

opere di Rosmini del 1848, erano iniziati dei pregiudizievolei attacchi capziosi, tanto violenti politicamente quanto inefficaci dal punto di vista teoretico, al suo originale e significativo sistema di pensiero. La controversia riguardo all'ortodossia del pensiero di Rosmini non si è spenta dopo la sua morte, anzi è aumentata fino alla condanna di XL sue Proposizioni estratte dalle sue opere formalizzata da Papa Leone XIII con il *Post obitum* del 1888. L'argomento oggetto della contesa tra filorosminiani ed antirosminiani è stato dato dalla necessità di chiarire se e come il pensiero di Rosmini fosse assimilabile o meno a quella che la Chiesa cattolica aveva individuato ed indicato come sua principale filosofia di riferimento, cioè quella tommasiana¹¹. Proprio a questa chiarificazione hanno concorso gli sforzi teoretici dell'indomabile tenacia dei rosminiani e dei rosministi nel fuggire ogni fraintendimento riguardo all'ortodossia dottrinale di Rosmini e contestuale diffusione del suo pensiero anche in ambienti extraecclesiali. Con la già citata *Nota* della Congregazione per la Dottrina della Fede del 2001 e la beatificazione del 2007 si è giunti ad una nuova stagione di studi su Rosmini, che può preludere a fasi ulteriori, sulla quale si affaccia anche la delineazione della prospettiva che in questo contributo viene tracciata e offerta al dibattito.

Alla luce della descrizione storico-culturale delle quattro linee di ricerca su Vico e delle quattro fasi della questione rosminiana, i criteri che hanno consentito di individuare il contributo di Vico e di Rosmini al tema dell'implicazione dell'*affective turn* internamente alla teoria integrata della dignità umana in vista delle ipotesi teorico-epistemologiche tra *Digital Humanities* e *Law and Humanities* in funzione di una ripresa del tema della consuetudine sono stati i seguenti: a) analisi dei testi di Vico e Rosmini con un approccio storico-culturale (anche della loro ricezione) a partire dal tema in oggetto e in base alla domanda circa il loro contributo alla costruzione di una teoria integrata della dignità umana e, nello specifico, al ruolo, in essa, della consuetudine, concepita da entrambi come *incivilimento*; b) le parole chiave sulle quali, in base a tale analisi, si è verificata una convergenza nella differenza tra i testi e i contenuti di Vico e di Rosmini, e che sono le seguenti: linguaggio, storia, diritto/diritti, coscienza, immaginazione, *conatus*/pudor-affezione; c) in base ai risultati ricavati dall'applicazione della metodologia di indagine storico-culturale, data la centralità qualitativa del linguaggio come contenuto analogico-isomorfico di Vico e di Rosmini e dell'interazione tra il linguaggio e la storia negli autori per la teoria integrata della dignità umana, è emersa la pertinenza dell'applicazione sperimentale della specifica indagine digitale prevalentemente quantitativa dell'analisi dei *corpora* ad alcuni termini di due testi scelti¹²; d) indagine incrociata Vico/Rosmini in italiano/inglese delle opere *La Scienza Nuova prima* (Vico 2002 [1725]) e *Del principio supremo della Metodica* (Rosmini Serbati 1903)¹³. Nello specifico si è ricavato che i termini-fulcro dell'*af-*

11 Cfr. Bellelli 2011. È, tra l'altro, l'enciclica *Fides et ratio* di San Giovanni Paolo II del 1998, che al n. 74 cita anche A. Rosmini come filosofo di riferimento della Chiesa cattolica, ad imprimere una svolta epocale all'approccio ufficiale della Chiesa cattolica in materia di filosofia.

12 Sulla pertinenza scientifico-epistemologica degli incroci di queste metodologie cfr. Socrate, Sorba 2013: 285-333.

13 Sulla ricezione Americana di Rosmini a partire da quest'opera cfr. Bellelli 2019: 26-29.

fective turn di cui in oggetto in questo contributo sono cognizione/*cognition*, affezione/*affection*, diritto-legge/*law*.

4. Consuetudine e pedagogia giuridica: rilettura del riconoscimento alla luce dell'incivilimento

L'orizzonte risultante da questa indagine è il ricavo della prospettiva 'sapienziale', che costituisce il tratto di continuità tra Vico e Rosmini: la sapienza, infatti, intesa come scienza del cuore e come immaginazione genetico-metaforico-simbolica, è uno dei temi centrali di entrambi gli autori, e la comparazione tra di loro su questo tema è molto feconda. Lavorare sui fattori storico-culturali di questa connessione ermeneutica ed elaborarla come criterio epistemologico di analisi del pensiero complessivo dei due autori sulla dignità, porta, nello specifico, a ri-comprendere in modo storico-pedagogico le rispettive antropologie e gnoseologie. Proprio questo può costituire il quadro teorico della riflessione sulla teoria integrata della dignità e sulla teoria della consuetudine, in un orizzonte essenzialmente storico (teodicea inclusa, oltre lo storicismo), e comprensivo della filosofia del diritto, con tale orizzonte connessa.

Nello specifico, per contribuire efficacemente alla elaborazione di una 'teoria della consuetudine' internamente ad una 'teoria integrata della dignità umana', si profilano come significativi i seguenti elementi teorici fondamentali: l'epistemologia genetico-metaforico-simbolica dell'immaginazione; l'estetica giuridica e la deontologia del fondamento; il 'costruttivismo realista'/'realismo costruttivista'¹⁴; il nesso tra l'analisi linguistica dei *corpora*, l'*affective turn* delle *Digital Humanities* e la teologia del diritto in Vico e Rosmini.

Sulla frontiera del rapporto tra filosofia del diritto e filosofia dell'educazione, il fecondo intreccio tra le quattro linee di ricerca vichiane e le quattro fasi della *questione rosminiana* offre, tra i propri guadagni principali, quello di fornire la possibilità di una rilettura della teoria del riconoscimento¹⁵, che attinge anche ad una certa ermeneutica dell'incivilimento vichiano tramite la ripresa della teoria rosminiana dell'incivilimento¹⁶ come originale rilettura di quella vichiana, proprio sul tema del *conatus* e dell'affezione¹⁷.

Sia per Vico sia per Rosmini, nell'ottica di una specifica ermeneutica della teoria del riconoscimento propiziata dalla rilettura comparata delle loro rispettive teorie dell'incivilimento, è centrale il rapporto tra l'idea di natura, di persona e di diritto.

14 Per realismo costruttivista/costruttivismo realista intendo che il linguaggio è il costruito dell'elaborazione della conoscenza in quanto immaginazione (*verum*), convertibile con la realtà nella sua fattualità storico-pragmatica (*factum*).

15 Per approfondire rimando al mio videocorso: 'Genesi dell'incivilimento e del riconoscimento. Co-implicazione del teologico con l'antropologico', <https://www.rosminiistitute.it/la-rosminiana/rosminianesimo-teologico/genesi-dellincivilimento-e-del-riconoscimento/#1568715923876-0bc6cb13-f019>.

16 Cfr. Baggio 2016.

17 Cfr. Bellelli 2022. Sulla ripresa teologica del tema del riconoscimento si veda anche Ceragioli 2012.

La loro originalità risiede nell'interazione tra la prestazione e la dotazione vertenti intorno ad una concezione dinamica della dignità umana, per la quale la struttura della natura nella sua relazione alla persona in quanto diritto sussistente – avente cioè un principio in atto tale per cui l'immaginazione genetico-metaforico-simbolica determina una metafisica della proaffezione in cui gnoseologia e ontologia convergono nella deontologia del fondamento, che costituisce sia il prim'ordine dei diritti, sia l'idea stessa di cultura – è istitutrice *iuxta propria principia* delle teorie dell'educazione, delle istituzioni e della giustizia.

La consuetudine, non senza la componente del risentimento giuridico, può essere pertanto intesa come immaginazione ri-conoscente l'in-civilimento dei diritti in quanto pratica affettiva della deontologia del fondamento, ed è questo il senso che per parte mia intendo significare con la concettualizzazione del termine consuetudine. Coefficiente essenziale alla consuetudine in quanto dimensione intrinseca della teoria integrata della dignità umana è la pedagogia giuridica, in quanto pedagogia specifica, quindi inerente alla pedagogia generale e/o filosofia dell'educazione, che presiede ai processi di formazione, educazione ed istruzione della persona, della società e delle istituzioni, ai fini della coscientizzazione e dell'esercizio dei diritti. La consuetudine è anch'essa una realtà che si colloca sulla frontiera interdisciplinare tra la filosofia del diritto e la filosofia dell'educazione: essa è fattore di sviluppo sociale e personale e non solo consegue ma anche e soprattutto precede il diritto positivo e le norme regolamentanti i comportamenti sociali. Pienamente consonante con tale prospettiva sulla teoria integrata della dignità umana, la pedagogia giuridica e la consuetudine è la prospettiva eco-teo-pedagogica di Thomas Berry, in base alla quale la necessità di passare dall'Antropocene all'Era Ecozoica è motivata dal fatto che la tutela, lo sviluppo e la promozione della completa, piena ed autentica dignità umana non può non coinvolgere – anche ed in particolare dal punto di vista giuridico – una ecologia, in quanto tutela e promozione dei diritti dell'ambiente sia come valore in sé sia come condizione di possibilità per la sussistenza dell'uomo stesso sul pianeta Terra (un'altra formulazione che intercetta anche la dimensione religiosa in prospettiva cattolica di tale sintagma è quella dell'ecologia umana integrale).

5. L'ecopedagogia: una pedagogia giuridica generatrice di nuove consuetudini necessarie

La teoria integrata della dignità umana è quella teoria che, nel formarsi della consuetudine come risultato degli ordini di riflessione della coscienza della persona umana, in quanto diritto sussistente, e dei diritti umani da tali ordini derivati, riconosce l'originaria giustizia agapica e la normatività del diritto naturale delle genti, che è la dignità umana, genetica della coappartenenza, della distinzione e della correlazione delle teorie della dotazione e della prestazione, a loro volta politicamente, socio-culturalmente e storicamente agite proprio nella consuetudine dalle e con le (teorie delle) istituzioni e la (teoria della) formazione-educazione-istruzione (Bellelli 2020, 264).

Dalla definizione di teoria integrata della dignità umana suesposta, in quanto epistemologicamente facente parte della filosofia del diritto, si può ricavare che la pedagogia giuridica, in quanto epistemologicamente facente parte della filosofia dell'educazione, è definibile come quella singolare forma di pedagogia specifica che presiede la formazione della consapevolezza, oltre che della coscienza riflessa, da parte della persona umana, di essere diritto sussistente, esercitando in tale ottica i propri e altrui diritti, inclusi quelli dell'ambiente inteso come natura, cosmo, creato ed ecosistema.

In tal senso, pertanto, la concezione vichiano-rosminiana della teoria integrata della dignità umana, della pedagogia giuridica, della consuetudine intesa come rilettura del riconoscimento alla luce dell'incivilimento, è strettamente connessa con l'ecopedagogia, l'ecogiurisprudenza e l'ecoteologia di Thomas Berry.

Come ho espresso all'inizio di questo contributo, collocandosi il percorso da me svolto sulla consuetudine all'interno del più ampio tema del rapporto tra Scienze Teologiche, Scienze Umanistiche, Scienze Giuridiche, percorso teorico-pratico sul quale da tempo è stata attivata, tra l'altro, la costituzione di una società agricola cooperativa sociale anche con il contributo di una ricerca-azione sulla disabilità, avente sullo sfondo il tema della dignità disabile (Heritier, 2014), risulta particolarmente significativo ed efficace il ritornare e convergere delle tematiche e delle azioni fin qui intraprese¹⁸. Tali convergenze si verificano proprio a proposito del fatto che la consuetudine, nell'ottica qui delineata, si attesta come elemento giuridico-pedagogico di significativa importanza ed attualità proprio relativamente ai temi della teoria integrata della dignità umana, della pedagogia giuridica e dell'ecopedagogia nell'ottica di T. Berry.

L'urgenza e l'importanza di svolgere ed approfondire le interazioni tra l'ecogiurisprudenza, l'ecopedagogia e l'ecoteologia di T. Berry con l'esigenza e la capacità ad esse sottese di generare nuove consuetudini, le quali, a loro volta, hanno nella deontologia del fondamento, nell'estetica giuridica e nella pedagogia giuridica della teoria integrata della dignità umana un proprio robusto riferimento, è quanto si prospetta come sviluppo e prosecuzione del percorso di ricerca-azione ed approfondimento teorico-pratico fin qui intrapreso.

Bibliografia

- Baggio A., 2016, *Incivilimento e storia filosofica nel pensiero di Antonio Rosmini*, Trento: Università degli Studi di Trento.
- Bellelli F., (ed.) 2011, "Tommaso e Rosmini: il sapere dell'uomo e di Dio fra due epoche", *Divus Thomas*, 1, numero monografico.

18 La realtà a cui si fa riferimento è Terra Mia Geminiana società agricola cooperativa sociale (<https://www.terramiageminiana.com/>). Essa applica e implementa l'agricura®, un metodo terapeutico, educativo ed abilitativo che è in corso di validazione attraverso un dottorato industriale svolto per conto di Terra Mia Geminiana da Domenico Cravero con l'Università di Modena e Reggio Emilia.

- Bellelli F., 2018, "Il contributo di Vico e Rosmini alle cliniche legali. Pedagogia giuridica dalle *Law and Humanities*", *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 16: 85-105.
- Bellelli F., 2019, "La ricezione statunitense di Rosmini tramite *Del principio supremo della metodica*", *Nuova Secondaria*, 3: 26-29.
- Bellelli F., 2020, "L'importanza degli ordini di intellesione e degli ordini di riflessione nella pedagogia rosminiana: analisi storico-culturale di un vuoto della letteratura critica", *Rivista di Storia dell'Educazione*, 1: 85-99.
- Bellelli F., 2020, "Le quattro fasi della questione rosminiana e la pedagogia", *Nuova Secondaria*, 9: 23-25.
- Bellelli F., 2020, *Percorsi storici della pedagogia giuridica. Vico, Rosmini e la dignitas hominis*, Roma: Aracne.
- Bellelli F., 2022, "Genesi e ricezione della dimensione pedagogica della definizione rosminiana di persona", *Annali di Storia dell'educazione e delle istituzioni scolastiche*, 29, in corso di pubblicazione, pp. 42-58.
- Bellelli F., (2020), "Genesi dell'incivilimento e del riconoscimento. Co-implicazione del teologico con l'antropologico", videocorso disponibile al link <https://www.rosmini-institute.it/la-rosminiana/rosminianesimo-teologico/genesi-dellincivilimento-edel-riconoscimento/#1568715923876-0bc6cb13-f019>.
- Berry T., 1949, *The Historical Theory of Giambattista Vico*, Washington D.C.: The Catholic University of America Press.
- Berry T., 1999, *The Great Work. Our Way into the Future*, New York: Bell Tower.
- Berry T., 2015 (reprinted) *The Dream of the Earth*, Berkeley: Counterpoint Press.
- Celenza C.S., 2014 [2004], *The Lost Italian Renaissance. Humanists, Historians, and Latin's Legacy*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, tr. it., *Il Rinascimento perduto. La letteratura latina nella cultura italiana del Quattrocento*, Roma: Carocci.
- Ceragioli F., 2012, «*Il cielo aperto*» (Gv 1, 51). *Analitica del riconoscimento e struttura della fede nell'intreccio di desiderio e dono*, Torino: Effatà Editrice.
- Heritier P., 2012, *Estetica giuridica*, 2 voll., *Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, vol. 1, *A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, vol. 2, Torino: Giappichelli.
- Heritier P., 2014, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, Bologna: EDB.
- Hofmann H., 1999 [1993], „Die versprochene Menschenwürde“, tr. it. "La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 76 (4): 620-650.
- Milbank J., Pickstock C., Ward G., 1998, *Radical Orthodoxy*, New York: Routledge.
- Rosmini Serbati A., 1903, *The Ruling Principle of Method applied to Education*, translated by Mrs William Grey, Boston: D.C. Heath and Company, traduzione in inglese di Rosmini A., *Del principio supremo della Metodica*, in *Scritti pedagogici*, a cura di F. Bellelli, vol. 32 Edizione Nazionale e Critica, Città Nuova, Roma 2019.
- Scatena S., 2003, *La fatica della libertà: l'elaborazione della dichiarazione Dignitatis humanae sulla libertà religiosa del Vaticano II*, Bologna: Il Mulino.
- Sequeri P., 2020, *Dentologia del fondamento*, Torino: Giappichelli.
- Socrate F., Sorba C. 2013, "Tra linguistica e storia: incroci metodologici e percorsi di ricerca", *Contemporanea*, 2: 285-333.
- Swimme B., Berry T. 1992, *The Universe Story: From the Primordial Flaring to the Ecozoic Era—A Celebration of the Unfolding of the Cosmos*, San Francisco: HarperOne.
- Tucker M.E., Grim J., Angyal A. 2019, *Thomas Berry. A biography*, New York: Columbia University Press.

Vico G.B., 2002, *The First New Science*, edited by Leon Pompa, Cambridge University Press, , traduzione in inglese di Vico G.B., *La scienza nuova prima. Con la polemica contro gli «Atti degli eruditi» di Lipsia*, a cura di F. Nicolini, in Vico G.B., *Opere*, vol. 3, Laterza, Bari 1931.

Paolo Di Lucia*

Il mistero della consuetudine.

Rileggendo Bobbio filosofo della normatività^{**}

Radici: oscure immagini dei rami.¹

Amedeo Giovanni Conte

[...] *nur beschreiben kann man hier.*²

[...] qui si può solo descrivere.

Ludwig Wittgenstein

Parole chiave: consuetudine, Norberto Bobbio, fatto normativo, costume, diritto, normatività,

Abstract: This essay aims to investigate the theory of customary law formulated by the Italian philosopher Norberto Bobbio in the book *La consuetudine come fatto normativo* (1942). In the first part, the author of the essay reconstructs the main theses of Bobbio's book and deepens its philosophical and doctrinal context. In the second part, the author of the essay questions the epistemological status of Bobbio's theory (What is Bobbio's theory of customary law of?) and asks himself, in the light of Bobbio's main theses, whether it is possible to investigate the normativity of customary law using the categories and concepts of statutory law and legislative law.

Keywords: Custom, Norberto Bobbio, normative fact, custom, law, normativity.

* Paolo Di Lucia, Professore ordinario di Filosofia del diritto all'Università Statale di Milano.

** Il presente saggio rielabora l'omonimo intervento svolto in occasione del webinar *Nuove prospettive sulla consuetudine* (27-28 novembre 2020), organizzato da Giovanni Bombelli e Paolo Heritier. Oltre agli organizzatori del webinar e a tutti partecipanti, desidero esprimere la mia gratitudine in special modo a Ignasi Terradas Saborit e Lorenzo Passerini Glazel per i loro preziosi commenti ad una precedente versione di questo articolo. Ringrazio, inoltre, la famiglia Bobbio e Pietro Polito, Direttore del Centro studi Piero Gobetti di Torino, per avere consentito la consultazione dell'Archivio Norberto Bobbio, e Marina Brondino per la sua gentile collaborazione nella consultazione dei testi e dei documenti.

1 Amedeo Giovanni Conte, *Specchi dei rami*, in Amedeo Giovanni Conte, *Kenningar*, Bari, Adriatica Editrice, 2006 (p. 35).

2 Ludwig Wittgenstein, "Bemerkungen über Frazers *The Golden Bough*", *Synthese* 17 (1967), pp. 233-253 (p. 236).

Teoria e Critica della Regolazione Sociale, n. 2, 2021 • Mimesis Edizioni, Milano-Udine Web: www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs • ISSN (online): 1970-5476 • ISBN: 9788857597379 • DOI: 10.7413/19705476065

© 2021 – MIM EDIZIONI SRL. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-4.0).

1. Radici della normatività

Nell'opera *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* [I fondamenti a priori del diritto civile], 1913, a lungo studiata dal giovane Bobbio, Adolf Reinach propone una “delimitazione di principio” tra due forme di normatività che sono attestate dalla nostra esperienza ed esemplificate, rispettivamente, dalle norme della moralità (*Sittlichkeit*) e dalle norme statuite del diritto positivo (*positives Recht*). Da un lato, vi sono norme morali che sono fondate sulla giustezza etica (*sittliche Rechtheit*) di stati-di-cose:

Poiché qualcosa è eticamente giusto, *deve essere* e, se sono date determinate ulteriori condizioni, allora *io lo devo fare*. Un tale dover essere e dover fare secondo il loro senso sussistono di per sé, indipendentemente dall'essere essi conosciuti o prodotti da una qualsiasi coscienza.³

Dall'altro lato, vi sono norme del diritto statuito che non potrebbero sussistere di per sé, e che per esistere presuppongono, invece, secondo la loro natura, una persona che le abbia emanate mediante un atto puntuale di statuizione (*Bestimmung*):

Se si vuole chiamare norma una statuizione, allora abbiamo in questo caso norme che presuppongono una persona come origine e come portatore.⁴

Una statuizione è, secondo Reinach, un atto *sociale* che per sua natura necessita di essere indirizzato ad un'altra persona e da quest'ultima percepito.⁵ Inoltre, una statuizione rientra in quella specifica categoria di atti sociali che manifestano una peculiare efficacia (*Wirksamkeit*) e validità (*Geltung*). Così come le promesse (*Versprechungen*), anche le statuizioni (*Bestimmungen*) sono

3 Reinach 1913: 804. “Es gibt “Normen”, welche fundiert sind in der sittlichen Rechtheit von Sachverhalten. Weil etwas sittlich recht ist, *soll es sein*, und wenn bestimmte weitere Voraussetzungen gegeben sind, *soll ich es tun*. Ein solches Seinsollen und Tunsollen besteht seinem Sinne nach an sich, unabhängig von der Erkenntnis oder der Setzung irgendeines Bewußtseins.”

4 Reinach 1913: 804. “Will man die Bestimmung als Norm bezeichnen, so haben wir hier Normen, welche eine Person als Ursprung und Träger zur Voraussetzung haben.” Cfr. Di Lucia, 2016; Passerini Glazel 2020b. Come sottolinea Passerini Glazel (2020b: 30), la distinzione di Reinach non è semplicemente una distinzione tra due specie di entità che appartengono a un medesimo genere: “Despite the fact that the term ‘norm’ may apply to both moral norms and enacted norms, they are not congeneric in Reinach’s account, because they have two different – even though both objective – modes of existence”. Inoltre, come sostiene ancora Passerini Glazel, la distinzione fenomenologica di Reinach ha delle importanti ripercussioni sull'epistemologia delle norme e dei contenuti normativi da esse espressi. La distinzione di Reinach tra due ordini di fenomeni normativi (axiologici e anaxiologici) è ripresa e sviluppata dal filosofo alsaziano Herbert Spiegelberg (1935, 1968). Sulla filosofia della normatività di Spiegelberg cfr. Di Lucia 1997: 41 ss.

5 Cfr. Alves 2017.

atti spontanei e intenzionali del soggetto che, da un lato, “vogliono causare ed eventualmente causano con il loro compimento un cambiamento nel mondo”⁶, dall’altro lato, vogliono “valere per un ambito più grande o più ristretto di persone”.⁷

2. Il libro di Bobbio sulla consuetudine.

Non è improprio affermare che la delimitazione delle due forme di normatività appena menzionate – la normatività *axiologica* delle norme morali e la normatività *anaxiologica* (e *thetica*) delle statuizioni – costituisca il punto di partenza della ricerca sul diritto consuetudinario che Norberto Bobbio intraprende sul finire degli anni ’30, e che sfocia nella pubblicazione del libro *La consuetudine come fatto normativo* (1942).⁸

Ciò che Bobbio mette in evidenza, tuttavia, è che l’esperienza giuridica attesta l’esistenza di norme – studiate dai giuristi e dai filosofi del diritto sotto il nome di ‘norme consuetudinarie’ – che sembrano essere la manifestazione di un’*altra* forma di normatività, non assimilabile né alla normatività *axiologica* delle norme morali né alla normatività *anaxiologica* (e *thetica*) delle statuizioni: una normatività *altra* il cui statuto epistemologico e ontologico deve essere indagato secondo principi propri (*iuxta propria principia*).

Il libro nel quale Bobbio si occupa del diritto consuetudinario è la sua quarta opera a stampa, dopo le prime due dedicate alla fenomenologia del diritto e della scienza giuridica (*L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934; *Scienza e tecnica del diritto*, 1934) e dopo il volume sul ragionamento per analogia (*L’analogia nella logica del diritto*, 1938).

Nel 2010, dopo essere stato a lungo discusso nell’ambito della dottrina giuridica italiana, il libro di Bobbio sulla consuetudine è stato riedito, a distanza di più di cinquant’anni dalla pubblicazione, nella collana *Bobbiana* diretta da Tommaso Greco, con una introduzione di Paolo Grossi.

La consuetudine come fatto normativo è composto da nove capitoli che possono essere raggruppati in tre nuclei tematici. Nel presente articolo, dopo aver riassunto i principali temi e le principali tesi di Bobbio (§§ 3-5), proporrò alcune riflessioni a partire dalle domande che la recente rilettura del testo di Bobbio ha suscitato in me (§§ 6-8).

6 Reinach 1913: 808. “Die Bestimmung aber gehört darüber hinaus, im Gegensatz zu Urteil und Frage, zu den “wirksamen” Akten, d.h.- zu den Akten, durch ihren Vollzug in der Welt eine Veränderung bewirken wollen und eventuell bewirken.”

7 Reinach 1913: 808. “[...] Es liegt vielmehr im Sinne einer Bestimmung, daß sie “gelten” will für einen größeren oder kleineren Umkreis von Personen.”

8 Alla filosofia di Reinach Bobbio aveva rivolto la propria attenzione fin dall’inizio degli anni ’30 del XX secolo, quando, già laureato in Giurisprudenza, si apprestava a redigere una tesi di laurea in Filosofia, a Torino, sotto la guida di Annibale Pastore. Cfr. Di Lucia 2018: XVII. Sulla rilevanza della figura di Reinach per la propria formazione filosofica ha scritto lo stesso Bobbio 1996: 123.

3. Verso una teoria dei fatti normativi (capitoli I-III)

3.1. Nei primi tre capitoli del libro del 1942, Bobbio ricostruisce i fattori che hanno determinato l'oblio della consuetudine come fonte del diritto, e pone le fondamenta di una teoria dei fatti normativi che possa rendere conto della consuetudine come fonte autonoma di normatività.

Si riconoscono in questi primi capitoli alcuni motivi che ritorneranno nel corso dell'intera opera: dalla critica alle concezioni giuridiche statualistiche ("al di fuori dello stato non vi sono norme giuridiche") e legalistiche ("al di fuori della legge non vi sono nello stato regole giuridiche vere e proprie") alle istanze di rinnovamento della teoria del diritto nel segno di una maggiore apertura verso l'esperienza giuridica; dalla constatazione della permanente attualità del problema delle fonti del diritto ("i pilastri su cui poggia l'ordinamento") all'impegno a costruire una *teoria delle fonti del diritto* che possa competere, per "impiego di mezzi" e per "larghezza di vedute", con la più nota *teoria del negozio giuridico*.⁹

Alle concezioni del diritto statualistiche e legalistiche, Bobbio oppone – come si è detto – una visione del diritto più aperta all'"esperienza giuridica".

In Bobbio, il sintagma 'esperienza giuridica' designa:

il mondo delle *azioni che costituiscono il diritto*, il diritto visto non più nella sua struttura oggettiva ma nel suo costituirsi.¹⁰

Alla luce del concetto di "esperienza giuridica" Bobbio interpreta due tra le maggiori "scoperte" della teoria del diritto del primo Novecento: il pluralismo degli *ordinamenti* e il pluralismo delle *fonti*.

Dall'allargarsi della visuale al di là degli stretti confini della dommatica statualistica e legalistica, che è il risultato più tangibile "verso l'esperienza", sono derivati tanto il *pluralismo degli ordinamenti* – l'esperienza giuridica non si esaurisce nella statualità, ma si estende a tutto il mondo sociale –, quanto il *pluralismo delle fonti* – l'esperienza giuridica non termina con il diritto legislativo ma si moltiplica per mezzo di altri fatti capaci di produrre regole obbligatorie (corsivo mio).¹¹

9 Bobbio 2010[1942]: 18. Bobbio osserva che "nel problema delle fonti non si tratta di interpretare, ma di costruire; non ci sono leggi già bell'e fatte da commentare, o eventualmente, pur di raggiungere il fine, da eludere, ma ci sono fenomeni in largo senso sociali, apparentemente diversi e di fatto lontani da raggruppare secondo le somiglianze, da ravvicinare secondo le implicazioni, in una parola da teorizzare". Il libro di Bobbio è anteriore alla promulgazione del Regio Decreto (16 marzo 1942), con il quale l'Italia ha disciplinato le fonti del diritto (i nove articoli delle "Disposizioni sulla Legge in generale"). All'epoca in cui Bobbio scriveva, era ancora in vigore il Codice civile del 1865. L'art. 48 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del regno d'Italia (Regio Decreto 30 novembre 1865, n. 2606) aveva previsto all'art. 48 che: "Nelle materie che formano soggetto del nuovo codice, cessano di avere forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca."

10 Bobbio 2010[1942]: 10.

11 Bobbio 2010[1942]: 10.

A chi si appresti a studiare le fonti della normatività e del diritto Bobbio rivolge due avvertimenti metodologici. Il primo consiste nella raccomandazione di “abbracciare il più largo campo possibile di esperienza giuridica”.¹² Ciò implica, secondo Bobbio, “un’evasione dai limiti di un ordinamento giuridico particolare” per poter osservare le fonti “allo stato puro”¹³:

ogni concreto ordinamento risulta in genere da una stratificazione di diritti diversi, in cui le varie fonti storiche sono in parte eliminate e in parte subordinate alla fonte primaria, e in cui quindi lo studio delle fonti si riduce soprattutto al problema del rapporto tra le varie fonti residue all’interno dell’ordinamento e trascura ciò che dovrebbe essere il presupposto della ricerca, cioè il concetto stesso di fonte.¹⁴

Il secondo avvertimento metodologico di Bobbio consiste nell’invito ad abbandonare, nello studio delle fonti del diritto, la prospettiva della singola norma e di abbracciare una concezione del diritto come *ordinamento*:

La teoria delle fonti, una volta svincolata dal presupposto dell’ordinamento unico, non [deve] trascurare l’esistenza dell’ordinamento stesso. Il diritto non è una regola astratta, ma è posto e vige in funzione di un’organizzazione sociale; quindi, è quel complesso o sistema di regole attraverso cui una pluralità di individui si salda in una società organizzata. Non si può proporre il problema delle fonti senza affidarsi al presupposto che alle fonti in quanto costitutive di norme giuridiche, risalga la costituzione dell’ordinamento stesso.¹⁵

Da questo secondo avvertimento metodologico si possono evincere due aspetti salienti della teoria del diritto di Bobbio del 1942 che rimarranno costanti anche dopo l’adesione di Bobbio alla concezione normativistica kelseniana, avvenuta a partire dal 1949.¹⁶

12 Bobbio 2010[1942]: 18.

13 Secondo Bobbio (2010[1942]: 100), soltanto una teoria della consuetudine “allo stato puro” (ossia “liberata da tutte le sovrastrutture storiche e dottrinali”), consentirebbe di cogliere in essa un *universale giuridico*: “non un episodio contingente della vicenda storica del diritto, ma un fattore universale sempre ricorrente, dallo studio del quale la stessa vicenda storica può essere illuminata e la teoria del diritto arricchita di nuovi dati e problemi”.

14 Bobbio 2010[1942]: 18. Nell’invito di Bobbio ad evadere i “limiti di un ordinamento giuridico particolare” è implicito il suggerimento di rivolgere lo sguardo al di là degli ordinamenti giuridici *dello stesso tipo* (gli ordinamenti giuridici *statali*) per osservare una pluralità di ordinamenti normativi *di tipo diverso*, come gli ordinamenti normativi delle società tradizionali e l’ordinamento normativo del diritto internazionale.

15 Bobbio 2010[1942]: 19. L’importanza della prospettiva “ordinamentale” è chiara a Bobbio già nelle lezioni padovane di Bobbio degli anni accademici 1940-1941 e 1941-1942, raccolte dagli studenti e pubblicate in forma di dispensa, rispettivamente, nel 1941 e nel 1942. In queste ultime lezioni Bobbio (1942: 131) enumera quattro grandi problemi della teoria del diritto: 1. Il problema dell’ordinamento (“inteso come società umana giuridicamente organizzata”); 2. Il problema delle fonti del diritto; 3. Il problema della norma giuridica; 3. Il problema del diritto soggettivo. Sull’insegnamento padovano di Bobbio, rinvio ai saggi di Cianferotti 2005, Zaccaria, 2010, Losano 2018: 92.

16 Sul rapporto tra Bobbio e Kelsen la letteratura è assai vasta. Mi limito a rinviare alla recente ricostruzione di Losano 2018.

Da un lato, accanto ai *concetti giuridici* e al *concetto di giuridicità*, Bobbio introduce il *concetto di ordinamento giuridico*, ricollegandosi alla tradizione istituzionalistica italiana. Per usare la felice analogia di Amedeo Giovanni Conte:

[c]ome, oltre l'insieme degli *alberi* e l'*alberità* v'è un *tertium quid*: la *foresta* (la *foresta* non è né un *albero*, né quell'*alberità* che gli alberi connota), così, oltre l'insieme dei *singoli concetti giuridici* ed il *concetto stesso di giuridico* (il *concetto di giuridicità*), v'è, e irriducibile, un *tertium quid*: il *concetto di ordinamento giuridico*.¹⁷

Dall'altro lato, Bobbio sottolinea la funzione del diritto di “organizzare la società”, anticipando il nucleo della critica che egli muoverà alla definizione del diritto come insieme di regole che “organizzano l'uso della forza”.¹⁸

3.2. La teoria delle fonti del diritto elaborata da Bobbio si presenta come una teoria di *fatti normativi*. La scelta lessicale di chiamare ‘fatti normativi’ ciò che la dottrina tradizionale chiamava ‘fonti del diritto’, rende manifesta la volontà di Bobbio di escludere dalla ricerca ogni possibile riferimento alla dimensione *axiologica* dei principi e dei valori sottesi alle norme e agli ordinamenti normativi.

Parlando di *fatti* si esclude anzitutto, senza bisogno di ulteriori precisazioni, che sotto il concetto di fonte possano essere accolti i principi, le idee generali, i valori cui le norme si ispirano o pretendono ispirarsi.¹⁹

A conferma dell'orientamento positivistico della sua ricerca, Bobbio è interessato a descrivere la molteplicità e l'eterogeneità dei *fatti sociali* da cui le norme scaturiscono (i modi di formazione delle norme), non già il *fondamento ideale* di esse (la loro giustizia o giustezza), né tanto meno l'*esperienza vissuta* di coloro che ad esse obbediscano (il sentimento eventuale della loro obbligatorietà).

Scrive Bobbio:

[...] quando io dico “devo pagare il mio debito, perché è giusto”, la giustizia rappresenta qui il fondamento della mia obbligazione, indipendentemente dal fatto che il principio ideale sia tradotto in norma positiva; quando io, all'incontro dico “devo pagare il mio

17 Conte 1997: 353. Come sottolinea Conte (1997: 354 ss.), altro è la *teoria del diritto come ordinamento* di matrice istituzionalistica, altro è la *teoria dell'ordinamento giuridico* di matrice normativistica.

18 Il punto sarà ripreso da Bobbio nella *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960, 1993: 199): “La definizione del diritto come insieme di regole per l'esercizio della forza, è una definizione del diritto [...] estremamente limitativa. [...] Lo scopo di un qualsiasi legislatore non è di organizzare la forza, *ma di organizzare la società mediante la forza*. La definizione del Kelsen e del Ross appare limitativa anche rispetto all'ordinamento giuridico preso nel suo complesso, perché scambia la parte per il tutto, lo strumento col fine.”

19 Bobbio 2010[1942]: 21. La fonte immediata di Bobbio del concetto di fatto normativo è il sociologo Georges Gurwitsch (1894-1965), il quale a sua volta rielabora il concetto di fatto normativo (*normativnyj fakt*) di León Petrazycki (1867-1931). Su Petrazycki cfr. Fittipaldi 2012: 38 ss.

debito perché è scritto nella legge” mi richiamo a quel *fatto sociale*, attraverso cui è stata posta una norma obbligatoria, indipendentemente dal fatto che il fondamento della mia obbligazione sia davvero racchiuso in quel fatto e non risalga invece ad un principio, a cui io eventualmente obbedisca all’interno della mia coscienza (corsivo mio).²⁰

Un fatto normativo è dunque un *fatto sociale*, empiricamente osservabile, le cui proprietà specifiche sono indagate da quella specifica scienza *sociale* che è la scienza giuridica la quale, secondo Bobbio, esplica la sua funzione

nella teorizzazione dei dati forniti dall’osservazione, fissandoli in concetti, raccogliendoli in classi, unificandoli in sistema per costruire una teoria o un gruppo di teorie valevoli a spiegar meglio una certa categoria di fenomeni osservati o a spiegarne il maggior numero.²¹

3.3. Ma quali e quanti sono i fatti normativi secondo Bobbio?

La tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio si fonda su due distinti paradigmi concettuali.

3.3.1. Il primo dei due paradigmi è elaborato a partire dalla distinzione tra due *specie di norme*: norme *individuali* e norme *generali*.

Sulla base di questa distinzione Bobbio contrappone ai fatti costitutivi di *norme individuali* i fatti costitutivi di *norme generali*.

Mentre i primi sono costitutivi di norme che si riferiscono a *persone determinate* (es. contratti e sentenze), i secondi sono costitutivi di norme che si riferiscono a *classi di persone* rappresentanti *un tipo* (leggi e consuetudini).

Per Bobbio, appartengono alla *regione dei fatti normativi* anche quei fatti, come la sentenza e il contratto, che a differenza della legge e della consuetudine, sono costitutivi di norme *individuali*. Secondo Bobbio, infatti, la generalità (“la riferibilità della norma ad una classe di persone rappresentanti un tipo”) non è un requisito essenziale della norma, quantunque sia un elemento costante.²² È invece, per Bobbio, un requisito essenziale della norma la sua astrattezza (“la riferibilità a una classe astratta di azioni”).

20 Bobbio 2010[1942]: 21. In Bobbio ricadono sotto il concetto di *fatto sociale* sia gli “atti normativi” sia i “fatti propriamente detti”.

21 Bobbio 2010[1942]: 17.

22 Bobbio 2010[1942]: 25-26. La questione della *generalità* e dell’*astrattezza* della norma è un *tópos* delle lezioni di Bobbio filosofia del diritto durante gli anni accademici 1939-1940, 1940-41, 1941-42. Sugli slittamenti semantici del termine ‘norma’, Bobbio richiamerà l’attenzione in modo sistematico nella voce *Norma* del *Novissimo Digesto* 1965 [1994]. Cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2017. Per uno sguardo di insieme su astratto, generale, individuale, concreto, in relazione a norme, cfr. Guastini 1993.

3.3.2. Il secondo dei due paradigmi è elaborato a partire dalla distinzione tra due *modi di formazione* delle norme: i) un modo di formazione *volontario* e *coscientemente* e ii) un modo di formazione *involontario* e *incoscientemente*.

Sulla base di questa seconda distinzione Bobbio contrappone ai fatti normativi *volontari* e *coscienti* i fatti normativi *involontari* e *incoscienti*.

Il criterio adottato da Bobbio per costruire il secondo dei due paradigmi è la presenza o l'assenza di un *atto di volontà* consapevole e diretto alla costituzione della norma.

Da un lato, vi sono “atti normativi” che producono una norma in virtù di un atto di volontà consapevole e diretto alla costituzione della norma. Dall'altro lato, vi sono “fatti normativi propriamente detti” che producono una norma indipendentemente da qualsiasi atto di volontà consapevole e diretto alla costituzione della norma.²³

Per Bobbio appartengono pertanto alla regione dei fatti normativi anche quei fatti *involontari* e *incoscienti* la cui forza costitutiva prescinde da atti di volontà.

Il risultato della combinazione dei due paradigmi elaborati da Bobbio può essere rappresentato graficamente attraverso una tabella in cui i due paradigmi si combinano: il *paradigma* “fatti costitutivi di norme *individuali* vs. fatti costitutivi di norme *generali*” e il *paradigma* “fatti normativi *volontari* e *coscienti* vs. fatti normativi *involontari* e *incoscienti*”.

	fatti costitutivi di <i>norme individuali</i>	fatti costitutivi di <i>norme generali</i>
fatti volontari e <i>coscienti</i>	contratto, sentenza	legge
fatti <i>involontari</i> e <i>incoscienti</i>		consuetudine

3.4. Vediamo quali sono le principali implicazioni della tipologia dei fatti normativi di Bobbio per l'analisi della realtà sociale e giuridica.

In *primo luogo*, la tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio consente di indagare la genesi e l'evoluzione delle *entità* e delle *formazioni sociali*. Da un lato, egli prefigura la tesi – documentata nella più recente teoria dei fatti istituzionali – secondo la quale la presenza di *fatti costitutivi di norme generali* costituisce indizio e indice di un'organizzazione sociale evoluta che presuppone l'esistenza di autorità *istituzionali* o, per usare il linguaggio di Searle, l'esistenza di *funzioni-di-status*.²⁴

Scrive Bobbio:

[...] le norme generali richiedono una maggiore concentrazione di autorità, la quale non può verificarsi se il gruppo primitivo non sviluppa alcuni germi di una organizzazi-

23 Bobbio 2020[1942]: 25.

24 Searle 1995 2010.

one sociale: è chiaro che, se generalità vuol dire riferibilità della norma ad una classe di persone, che possono essere anche tutte le persone del gruppo, e per un tempo indeterminato, che può andare al di là della vita di un individuo e comprendere quindi gli individui futuri, occorre nel gruppo un'autorità superiore a quella di cui un singolo individuo ha bisogno per imporre la propria volontà ad un altro individuo.²⁵

Dall'altro lato, Bobbio configura l'ipotesi che nella storia evolutiva dell'essere umano, i primi fatti istituzionali (costitutivi di norme generali) abbiano carattere *involontario e incosciente*.²⁶

In *secondo luogo*, la tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio dischiude la possibilità di enunciare le condizioni necessarie dell'istituirsi di un ordinamento giuridico. Per Bobbio, infatti, se da un lato sarebbe erroneo "escludere dal novero delle fonti i fatti costitutivi di norme *individuali*", sarebbe altrettanto erroneo "porre gli uni [i fatti costitutivi di norme *individuali*] e gli altri [i fatti costitutivi di norme *generali*] sullo stesso piano".²⁷

Affinché un ordinamento sussista, non è sufficiente che "tra i membri valgano norme *individuali*", ma è necessario che "sopra i membri vigano norme *generali*".²⁸ Scrive Bobbio:

Due uomini che contrattano e stanno ai patti non fanno ordinamento, e se non stanno ai patti e vanno dal giudice, loro due e il giudice non fanno ancora ordinamento: la caratteristica dell'ordinamento, per cui una società è organizzata e non una somma di individui, è la persistenza, al di sopra dei singoli componenti, di una regola o di un complesso di regole, persistenza appunto punto che si esprime nell'efficienza di norme generali. Il *contratto* e la *sentenza* si esauriscono nell'individuo, nascono e muoiono con lui; l'ordinamento sussiste anche se muore l'individuo; purché rimanga la *regola* a cui altri individui per il solo fatto di appartenere a quell'ordinamento si sottometteranno (corsivo mio).²⁹

Dalla "necessità" di *fatti costitutivi di norme generali* Bobbio trae una importante conseguenza per la teoria della validità delle norme:

Di qui deriva la validità subordinata delle seconde [le norme individuali], le quali valgono soltanto per il fatto di essere riferite ad una norma generale: perciò il mio obbligo contrattuale è un obbligo giuridicamente efficiente, se a guisa di norma costitutiva dell'ordinamento è accolta la norma che i patti devono essere osservati, o, in altra ipotesi è giuridicamente fondato l'obbligo derivato da una decisione del giudice, se sussiste una norma generale che l'autorità del giudice debba essere ubbidita.³⁰

25 Bobbio 2010[1942]: 26.

26 Sulla rilevanza dei fatti "involontari e incoscienti" nella costruzione della realtà sociale cfr. qualche breve cenno nella ontologia sociale di Searle 2003: 34.

27 Bobbio 2010[1942]: 26.

28 Bobbio 2010[1942]: 27.

29 Bobbio 2010[1942]: 27.

30 Bobbio 2010[1942], p. 28.

Il modello di ordinamento giuridico che Bobbio propone è riconducibile a ciò che Amedeo Conte ha chiamato “modello di ordinamento spaziale a tre dimensioni”.³¹ In un modello di ordinamento spaziale a tre dimensioni, a differenza di ciò che accade in un “modello piano a due dimensioni”, si danno tra le norme relazioni gerarchiche di “sovra-ordinazione” e, correlativamente, di “sordinazione”. Bobbio sottolinea questo aspetto introducendo il concetto di una “differenza di grado” tra *norme generali* e *norme individuali* e, conseguentemente, una gerarchia di fatti normativi:

non vi è ordinamento giuridico che non conosca norme individuali, onde la necessità di prendere in considerazione, nella teoria delle fonti, anche i fatti costitutivi di norme individuali. Nessun ordinamento potrebbe costituirsi solo attraverso norme individuali, onde l'esigenza di stabilire una differenza di grado tra le une e le altre e di dar prevalenza, nella teoria delle fonti, ai fatti costitutivi di norme generali.³²

4. La consuetudine come fonte di normatività (capitoli IV-VI)

4.1. Nei tre capitoli centrali del libro del 1942 (capitoli IV, V, VI), una volta elaborato un apparato concettuale sufficientemente ricco ed articolato (una teoria dei fatti normativi), Bobbio può dedicarsi ad indagare più analiticamente il fenomeno della consuetudine come fonte di normatività.

L'attenzione di Bobbio si concentra, come si è visto, sulla consuetudine come fatto costitutivo di norme *generali*. Il fenomeno che egli indaga è la *posizione* di norme che, come vedremo, non sono il *prodotto* di atti spontanei e intenzionali di volontà, ma sono il *risultato* di un processo *involontario e incosciente*.

L'incidenza del fenomeno della consuetudine può manifestarsi, secondo Bobbio, in varie forme e modi, sia nel processo di formazione di una singola norma, sia nel processo di formazione di un intero ordinamento.

Bobbio osserva che, quantunque “altre fonti abbiano preso il sopravvento”, in ogni sistema giuridico “si incontrano situazioni o rapporti o istituti, a cui non si può rifiutare carattere giuridico, ma nello stesso tempo non sono assoggettabili alla disciplina della normale qualificazione normativa, nel senso che in essi il diritto pare sorgere immediatamente dal fatto”.³³ Tra queste “situazioni, rapporti, istituti” Bobbio annovera, accanto al tradizionale esempio del possesso, “il governo di fatto, la formazione dei nuovi stati, i modi di acquisto della sovranità internazionale”.

³⁴ La rilevanza di questa casistica è testimoniata, secondo Bobbio, dalla elaborazione di una tesi “giustificatrice e in parte favoreggiatrice” di questi fenomeni, nota come *principio di effettività*, secondo la quale “il fatto anteriormente ad ogni qualificazione formale viene riconosciuto come una forza costitutiva di diritto”.³⁵

31 Conte 1997: 361 ss.

32 Bobbio 2010[1942]: 28.

33 Bobbio 2010[1942]: 35.

34 Bobbio 2010[1942]: 35.

35 Bobbio 2010[1942]: 35. Sul principio di effettività cfr. Piovani 1953, Conte 2011.

Come ulteriore manifestazione del processo di formazione spontanea del diritto, Bobbio menziona il caso della “instaurazione del nuovo ordinamento attraverso un processo rivoluzionario”. Qui l’analisi di Bobbio si spinge a considerare la genesi spontanea e fattuale di un intero ordinamento giuridico sottolineando le difficoltà che incontra una concezione formalistica e normativistica del diritto nel rendere conto di questo fenomeno. Scrive Bobbio:

Nessun teorico sarà mai in grado di dare una spiegazione normativa al problema che sta a fondamento di ogni sistema dommatico, il problema dell’instaurazione del nuovo ordinamento attraverso un processo rivoluzionario. Contro il concetto di rivoluzione, infatti, è andata continuamente a cozzare la scuola normativa, e non ha potuto far altro che constatare la propria incoerenza dal punto di vista teoretico, il che non ne sminuisce l’importanza pratica per il giurista, il quale ha bisogno di delimitare col massimo di esattezza i confini del proprio territorio, a scapito magari dell’istanza scientifica.³⁶

Dall’*impasse* della concezione normativistica del diritto Bobbio deriva la necessità di definire con chiarezza i compiti dell’indagine teorica nel campo del diritto, distinguendo *due domande* fondamentali relative al diritto:

- i) “*che cosa vale come diritto nella sfera di dominio di quella determinata norma fondamentale*”;
- ii) “*che cosa è il diritto*”.

Per meglio comprendere questa importante distinzione bobbiana, riproduco per esteso il passo tratto dal libro del 1942, nel quale Bobbio riecheggia la celebre distinzione kantiana tra due domande relative al diritto: la domanda del filosofo (*quid ius*) e la domanda del giurista (*quid iuris*).³⁷

Scrivo Bobbio:

S’intende [...] che colui che mosso esclusivamente dall’interesse teoretico di una comprensione totale del fenomeno giuridico, miri al contenuto del diritto, non possa arrestarsi alla qualificazione formale, che è pur sempre ipotetica, e guardi al presupposto stesso del formalismo, in definitiva ai fatti di per sé stessi giuridici, vale a dire a quei fatti che portano in se stessi la ragione della loro giuridicità, e non rispondono più alla domanda: “*che cosa vale come diritto nella sfera di dominio di quella determinata norma fondamentale*”, ma direttamente a quest’altra: “*che cosa è il diritto*”; intorno alla quale domanda si sviluppa, direttamente e indirettamente, il presente lavoro, in cerca di una soluzione che, attraverso l’esame del diritto consuetudinario, si andrà via via chiarendo (corsivo mio).³⁸

4.2. All’inizio del capitolo IV, Bobbio si domanda come sia possibile che la scienza del diritto abbia così a lungo e così pervicacemente trascurato l’analisi del

36 Bobbio 2010[1942]: 36.

37 Cfr. Conte/Di Lucia 2007.

38 Bobbio 2010[1942], p. 35. Per una ricerca relativa ai “fatti giuridici in sé”, nell’ambito della teoria e della sociologia del diritto, rinvio alle considerazioni ancora valide di Rottleuthner 1981.

fenomeno della consuetudine. In altri termini, come si spiega la cecità della scienza del diritto e della filosofia del diritto le quali perseverano nel considerare il diritto consuetudinario “un relitto di epoche giuridiche tramontate”?³⁹

Accanto al pregiudizio derivante dalla concezione filosofica – che Bobbio chiama statual-legalistica – egli segnala un errore *epistemologico* che ha condizionato negativamente la possibilità di un’analisi adeguata del fenomeno della consuetudine nella sua complessità.

Il disconoscimento della normatività della consuetudine deriva principalmente, secondo Bobbio, da un “errore di prospettiva” che consiste nell’osservare la consuetudine come fonte di normatività “dal punto di vista di un’altra fonte accolta come primaria”.⁴⁰

L’errore epistemologico denunciato da Bobbio trova una spiegazione plausibile in quella circostanza contingente che caratterizza il punto di vista del giurista moderno e contemporaneo sulla consuetudine, circostanza che consiste nella impossibilità di osservare la consuetudine “nella sua struttura originaria”.⁴¹ Scrive Bobbio:

le dottrine sulla natura del diritto consuetudinario appartengono non già alla fase primitiva dell’evoluzione giuridica, ma ad una fase assai tarda della formazione scientifica del sistema, quando altre fonti meno irriflesse ed immediate hanno preso il sopravvento sulla consuetudine, ed essa, di conseguenza, osservata non nel suo valore originario, ma nel suo valore attuale, presenta vari fenomeni di cristallizzazione, di involuzione, di subordinazione, che conducono necessariamente a tentarne una svalutazione e fanno sentire il bisogno di appoggiarla a un qualche fondamento estrinseco.⁴²

4.3. Come è possibile allora individuare le caratteristiche essenziali del fenomeno della consuetudine senza cadere nell’errore di prospettiva denunciato da Bobbio?

La soluzione di Bobbio consiste nel descrivere il meccanismo *ideal-tipico* di formazione del diritto consuetudinario nel suo momento aurorale, quando “nella fase primitiva dell’evoluzione giuridica” esso costituisce “la fonte primaria del diritto”.⁴³

Allo sguardo con cui Bobbio osserva la consuetudine si addicono le parole con cui Claude Lévi-Strauss descrive lo sguardo dell’antropologo: da un lato, l’antropologo è tenuto a “guardare molto lontano, verso culture differenti da quelle dell’osservatore”, dall’altro lato, egli deve “guardare la propria cultura da lontano, come se egli stesso appartenesse a una cultura differente”.⁴⁴

La descrizione di Bobbio si compie in due momenti.⁴⁵

39 Bobbio 2010[1942]: 29.

40 Bobbio 2010[1942]: 40.

41 Bobbio 2010[1942]: 40. Un problema epistemologico analogo è sollevato da Rodolfo Sacco in relazione allo studio del “diritto muto”. Cfr. Sacco 1993 e 2005: 443.

42 Bobbio 2010[1942]: 40-41.

43 Bobbio 2010 [1942]: 31 ss.

44 Cfr. Lévi-Strauss, 2017: 51. Sul carattere controverso dei concetti di consuetudine e diritto consuetudinario nell’ambito antropologico rinvio a Bellucci 2012: 21 ss.

45 Di “analisi descrittiva” Bobbio parla esplicitamente cfr. Bobbio 2010[1942]: 31. Sulla

In un primo momento, egli contrappone il processo *ideal-tipico* che “coincide con il formarsi di una *tradizione*”; al processo *ideal-tipico* che coincide con “il formarsi di una *volontà dominante*, non importa se sia volontà collettiva, o di una classe, o di un principe”.

Talora – osserva Bobbio – i due processi vengono confusi, ma la loro differenza è essenziale:

la tradizione è *un fatto che si svolge nel tempo*, la *volontà dominante un atto puntuale*; la forza della tradizione è la sua origine immemorabile; la forza della volontà dominante, la sua attuale potestà di comando.⁴⁶

In un secondo momento, Bobbio contrappone la *normatività ideal-tipica del diritto consuetudinario* – che si forma nell’ambito della società retta dalla *tradizione* – alla *normatività ideal-tipica del diritto legislativo* – che si forma nell’ambito della società retta da una *volontà dominante*.

4.4. In relazione al primo tipo di società – la società retta dalla tradizione nella quale il numero dei membri è “limitato” e nella quale la “qualità dei soggetti è omogenea” – sono possibili secondo Bobbio due domande. La prima domanda (di competenza del sociologo) è come sia possibile che si formi una *tradizione*. A Bobbio, in sede di teoria del diritto, non interessa rispondere a questa prima domanda. Al giurista e al filosofo del diritto non interessa, in altri termini, spiegare come una *tradizione* si formi, compito che rimane specifico del sociologo.

A Bobbio interessa, invece, porre una seconda domanda per far luce su come in una società fondata sulla tradizione “si formino le norme giuridiche”, o, in altri termini, per chiarire di quale natura siano, in una società fondata sulla tradizione, “le manifestazioni dell’autorità sociale, a cui noi attribuiamo la creazione di norme giuridiche”.⁴⁷

La risposta di Bobbio a questa seconda domanda consiste nel descrivere il manifestarsi di una *normatività spontanea*: una *normatività* che opera *in assenza di atti di imposizione volontari e coscienti*.

4.5. Per comprendere il carattere *involontario* e *incosciente* del meccanismo ideal-tipico di formazione del diritto nelle società tradizionali è necessario soffermarsi sul concetto di involontarietà che Bobbio definisce a partire da una distinzione tracciata nell’ambito della dogmatica giuridica civilistica.⁴⁸

Nel lessico della dogmatica giuridica, la volontà di un atto giuridico può essere considerata rilevante sotto due punti di vista differenti:

“descrizione” come *tertium genus* al di là (o al di qua), di “spiegazione” e “comprensione” cfr. Conte 1986.

46 Bobbio 2010[1942]: 31.

47 Bobbio 1939-1940: 35.

48 Sulla nozione di fatto giuridico nella teoria del diritto civile cfr. Falzea 1967 e Pugliatti 1996.

- i) come *volontà dell'atto*;
- ii) come *contenuto dell'atto*.

Nel primo caso si parla di un *atto volontario*, nel secondo caso si parla di un *atto di volontà*.

Quando Bobbio afferma che il processo di formazione del diritto consuetudinario è un fatto *involontario e incosciente*, egli non intende disconoscere la volontarietà (né tanto meno l'intenzionalità) dell'*atto* di colui che con il proprio comportamento individuale contribuisce di fatto a determinare quella "ripetizione costante, uniforme e generale di atti", in cui la creazione della norma consuetudinaria consiste. Ciò che Bobbio intende escludere è che quell'atto abbia come contenuto *la volontà di costituire (o imporre) quella norma* o, in altri termini, che la volontà contenuta nell'atto sia condizione sufficiente della creazione della norma consuetudinaria. Al contrario di ciò che accade nelle società rette dalla tradizione, nelle società che presentano un diritto di formazione legislativa la volontà, secondo Bobbio, è un elemento essenziale ("il *prius*") della formazione della norma.

Riporto per esteso il passo di Bobbio:

La norma consuetudinaria si forma indipendentemente dalla volontà dei singoli che pure hanno contribuito a costituirla: non c'è una volontà che imponga la norma consuetudinaria; bensì c'è una tradizione incosciente che finisce per imporsi alla volontà. [...] La volontà nella legge è il *prius*, nella consuetudine il *posterius*. In conclusione, la consuetudine non è un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo.⁴⁹

Bobbio si rende conto che parlare, a proposito della consuetudine, di un fatto "naturale" possa essere fonte di malintesi. Infatti, si affretta a precisare che:

la distinzione tra fatti ed atti, accolta dai giuristi e qui trasportata al problema delle fonti, non ha alcun valore speculativo ma meramente classificatorio e quindi non intende pregiudicare né tanto meno risolvere la questione, totalmente estranea, sulla naturalità o spiritualità del diritto.⁵⁰

E aggiunge:

il diritto consuetudinario è stato classificato tra i fatti in contrapposizione agli atti, con l'avvertenza, che qui si vuole ripetere, che la distinzione tra fatti e atti non vuole spogliare una parte del diritto della sua origine umana e sprofondarlo in un oggettivismo naturalistico (l'attività dell'uomo sta anche alla base del processo consuetudinario), ma vuol soltanto avere valore classificatorio, non già dividendo quello che è indivisibile, l'essenza stessa del diritto, ma tracciando nel territorio dell'esperienza giuridica due recinti entro cui possa essere agevolata la raccolta di un materiale quanto mai vario e copioso.⁵¹

49 Bobbio 2010[1942]: 33.

50 Bobbio 2010[1942]: 25.

51 Bobbio 2010[1942]: 32.

4.6. Una volta circoscritto il ruolo della volontà nel processo di formazione della norma consuetudinaria (la consuetudine non è manifestazione di un *atto di volontà*, ma è il risultato complesso del compimento di una pluralità di *atti volontari*), Bobbio prende in considerazione anche la possibile obiezione secondo la quale la consuetudine non sia “un fatto naturale, ma anch’essa un atto, o meglio la risultante di una serie determinata di atti disseminati nel tempo”.⁵²

Secondo questa obiezione, come osserva Bobbio, consuetudine e legge sarebbero:

entrambe l’espressione di un processo di unificazione di volontà singole. Con la sola differenza che, mentre la volontà costitutrice della legge è puntualizzata nel tempo, quella della consuetudine è continua, mentre la prima rende l’immagine di una serie spaziale, ed è sintesi di volontà singole contemporanee, la seconda di una serie temporale, ed è sintesi di volontà singole successive.⁵³

A questa obiezione Bobbio ribatte sottolineando che, quantunque il *processo* di formazione di una consuetudine risulti dalla successione di singoli atti, “l’autorità della tradizione, che è ciò che costituisce il diritto consuetudinario”, non deriva “né dagli atti né dal complesso degli atti voluti ciascuno per sé stesso”, ma dal fatto “puramente naturale cioè non voluto ed inconscio che questi atti sono stati ripetuti per una *logica implicita negli atti stessi* durante un lungo e memorabile periodo di tempo (corsivo mio)”.⁵⁴

4.7. Nel ribattere alla obiezione appena menzionata, Bobbio traccia con limpidezza una distinzione fondamentale che merita di essere sottolineata: la distinzione tra il comportamento di colui che con la propria condotta individuale *contribuisce a creare la norma* consuetudinaria (comportamento *nomopoietico*), senza tuttavia

52 Bobbio 2010[1942]: 32.

53 Bobbio 2010[1942]: 32.

54 Bobbio 2010[1942]: 32. Bobbio non chiarisce ulteriormente che cosa intenda per “logica implicita degli atti” in relazione al diritto consuetudinario. Una possibile interpretazione è che si tratti di connessioni che l’agente si rappresenta come “necessarie o essenziali” nell’ambito di una certa cultura o tradizione. Un esempio di questo tipo di connessioni “necessarie o essenziali” che proporrei – in una possibile interpretazione della teoria di Bobbio – è fornito dalla norma consuetudinaria, vigente negli ordinamenti di tipo vendicatorio, secondo la quale l’offesa dovere di essere riparata o vendicata (Pigliaru 2000, Terradas Saborit 2008). Secondo Pigliaru, il dovere di vendicare l’offesa non scaturisce né da una necessità di ordine naturale, né da una necessità di ordine metafisico-religiosa, ma piuttosto da una necessità pragmatica che è costitutiva della comunità dei pastori. Cfr. Pigliaru 2000: 107. Un diverso tipo di connessioni “necessarie ed essenziali” sembra invece caratterizzare, secondo Bobbio, le norme descritte dai teorici del *diritto naturale*. I fautori del diritto naturale, secondo Bobbio, sosterebbero la tesi dell’esistenza di connessioni necessarie ed “essenziali ad ogni gruppo sociale grande o piccolo che sia, statale o non statale, primitivo o civile, regole insomma comuni ad ogni ordinamento” (Bobbio 2010[1942]: 87). Un esempio di questo tipo di connessioni necessarie ed essenziali “comuni a ogni ordinamento”, è, secondo Bobbio, la norma *pacta sunt servanda*. V’è dunque, secondo Bobbio, una differenza fondamentale tra la normatività del diritto *consuetudinario* che necessita comunque per il proprio formarsi di un processo selettivo dei “fatti normativi”, dalla normatività del diritto *naturale* che “si rivel[a] senza bisogno dell’opera selettiva dei fatti o atti normativi” (Bobbio 2010[1942]: 87).

avere l'intenzione e la volontà di crearla, dal comportamento di colui che, invece, con la propria condotta individuale *agisce consapevolmente in conformità ad una consuetudine* preesistente (comportamento *nomotropico*).⁵⁵

Scrive Bobbio:

Sino a che la tradizione è in formazione, i singoli atti che la vengono componendo sono atti volontari rispetto all'azione concreta, ma non sono volontari rispetto alla tradizione, che non esiste ancora. Solo quando la tradizione è formata, colui che vi si inserisce dicendo: "Io agisco così, perché infiniti altri atti appartenenti alla sfera della mia stessa organizzazione sociale hanno agito in questo modo prima di me", agisce coscientemente e volontariamente non solo rispetto all'atto, ma anche alla tradizione. Ma quest'atto volontario, anzi che contribuire alla formazione della tradizione, la presuppone. Di conseguenza: o la tradizione è in fieri, e allora i singoli atti che pur vogliono l'azione singola non posso volere la tradizione; o la tradizione è formata, e allora l'atto singolo vuole sì la tradizione, ma non concorre più a formarla.⁵⁶

Sebbene nel processo di formazione della norma consuetudinaria la volontà non abbia un ruolo determinante, essa ha, invece, secondo Bobbio, un ruolo cruciale nel processo di *conservazione* e di *stabilizzazione* della norma consuetudinaria:

[...] quando la norma consuetudinaria è già stabilita, la mia volontà di sottopormi ad essa non entra nell'episodio della sua formazione, ma tutt'al più *contribuisce a conservarla, impedendo che attraverso la desuetudine si affievolisca la sua forza e s'inaridisca la sua vena*; non è diversa dalla volontà che ubbidisce alla legge e alla quale nessuno vorrebbe attribuire funzione costitutiva della legge stessa. Quando, invece, la norma consuetudinaria è in formazione, l'atto singolo che concorre a formarla è un suo elemento costitutivo, ma non è più un atto volontario, o se è volontario rispetto all'azione, cioè alla causa, non è volontario rispetto alla norma, cioè all'effetto (corsivo mio).⁵⁷

La distinzione tra processo di *formazione* e processo di *conservazione* della norma è ribadita da Bobbio, in un altro passo del libro, nel quale egli critica la cosiddetta teoria della *opinio iuris*:

nella vita della norma consuetudinaria, così come di ogni altra norma, bisogna saper distinguere due processi diversi: il processo di *formazione* che conduce alla produzione della norma, e il processo di *conservazione* che ne mantiene l'efficacia".⁵⁸

4.8. Se da un lato Bobbio esclude in modo categorico che la volontà possa essere requisito *sufficiente* della consuetudine, dall'altro lato, Bobbio confuta

55 Sul concetto di nomotropismo cfr. Conte 1986, 2000, Di Lucia 1996, 2003, Passerini Glazel 2020c.

56 Bobbio 2010[1942]: 32.

57 Bobbio 2010[1942]: 33. Per una differente analisi del ruolo che la volontà "nomotrofica" (di riaffermazione della norma) può avere nel *processo di formazione* della norma consuetudinaria rinvio alle analisi di Passerini Glazel 2020a, 2020c, 2022.

58 Bobbio 2010[1942]: 60.

con altrettanta categoricità la tesi secondo la quale ad essere requisito *necessario* dell'atto formativo della consuetudine sarebbe la cosiddetta *opinio iuris* (o *opinio iuris seu necessitatis*), ossia la "convinzione o credenza o sentimento o coscienza" che quell'atto sia "necessario cioè obbligatorio perché conforme ad una norma giuridica".⁵⁹

La tesi che Bobbio intende confutare condurrebbe a ritenere che "la consuetudine consti di due elementi "uno esterno", che consiste nella ripetizione del comportamento, e "uno interno", che consisterebbe appunto nella *opinio iuris ac necessitatis*.⁶⁰

Alla confutazione della tesi della *opinio iuris* Bobbio dedica il capitolo più noto e citato del libro del 1942: il capitolo VI nel quale egli mette in evidenza il circolo "vizioso" che la tesi della *opinio iuris* comporterebbe

Scrive Bobbio:

Il circolo vizioso è evidente: da un lato si considera l'*opinio* come elemento costitutivo della norma consuetudinaria, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* è un presupposto necessario dell'obbligatorietà; dall'altro lato, si definisce l'*opinio* come convinzione di sottoporsi ad una norma giuridica, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* presuppone un obbligo preesistente.⁶¹

Dunque, secondo Bobbio, il circolo vizioso consisterebbe nel fatto che "la norma consuetudinaria non si costituisce se non c'è l'*opinio*; ma l'*opinio* a sua volta implica una norma già costituita."

Da questo circolo vizioso, secondo Bobbio, non si può uscire che per due vie, entrambe le quali conducono a una *impasse*:

o si considera l'*opinio* fondata sopra un errore, nel senso che la convinzione di sottoporsi a una norma giuridica sia una convinzione erronea, perché riferita ad una norma ritenuta esistente ma in realtà inesistente, e allora si salva, sì, il valore normativo della consuetudine, ma si precipita nell'assurdità di far poggiare tutto il diritto consuetudinario sopra un errore di diritto; oppure si ammette che vi sia una norma realmente costituita prima del manifestarsi della convinzione, e allora si svuota di ogni autonoma validità giuridica la norma consuetudinaria riducendola per altra via a processo meramente ricognitivo e non costitutivo, e si cade nella palese contraddizione di considerare, da un lato, l'*opinio* come elemento costitutivo della formazione del diritto consuetudinario, dall'altro il processo consuetudinario come non formativo del diritto: in altri termini, di attribuire all'*opinio* efficacia formativa di un diritto che non si formerà mai, perché l'*opinio* stessa lo presuppone come già formato. Le vie per uscire dal circolo vizioso conducono, la prima all'assurdità, la seconda alla contraddizione.⁶²

59 Bobbio 2010[1942]: 57. Sul punto cfr. Giannini 1947.

60 Bobbio 2010[1942]: 57.

61 Bobbio 2010[1942]: 57. Per un commento analitico dell'argomentazione di Bobbio rinvio a Lazzaro 1983, Chiassoni 2008 e Celano 2010: 180.

62 Bobbio 2010[1942]: 58.

5. Il diritto consuetudinario oltre la consuetudine e oltre il costume (capitoli VI-IX)

5.1. Gli ultimi tre capitoli del libro di Bobbio del 1942 (VII, VIII, IX) sono dedicati a una questione teorica, carica di implicazioni pratiche, che aveva animato la dottrina giuridica e filosofica della prima metà del XX secolo: i rapporti tra consuetudine e costume. La questione era stata a lungo dibattuta da autori che Bobbio conosceva a fondo, come Ferdinand Tönnies (1855-1936) e Max Weber (1864-1920). Ma il primo ad essersene occupato in modo sistematico era stato Rudolf von Jhering (1818- 1892), autore della famosa opera *Der Zweck im Recht* [Lo scopo nel diritto].

È Bobbio stesso che, seppure senza un riferimento esplicito a Jhering, ci aiuta a comprendere il cammino che egli intende percorrere in questa parte finale del libro del 1942:

[...] si tratta, da ultimo di affrontare il problema, ricco di letteratura varia e polemica, della distinzione tra *norma giuridica* e *norma del costume*, problema che ci porta alle soglie del tema originario di tutta l'esperienza giuridica, il tema della natura del diritto.⁶³

Quali erano esattamente i termini del problema che Bobbio intendeva affrontare? Per rispondere a questa domanda è necessario soffermarsi brevemente sulla riflessione di Jhering.

5.2. Nel secondo volume dello *Scopo nel diritto* [*Der Zweck im Recht*], apparso nel 1883, Jhering aveva indagato il fenomeno del costume, in tedesco 'Sitte', muovendo dalla constatazione della affinità etimologica del termine tedesco 'Sitte' con due termini ad esso semanticamente affini: il latino 'consuetudo' e il greco 'ethos'.⁶⁴

Secondo Jhering, nonostante l'affinità etimologica tra 'Sitte' e 'consuetudo', è possibile tracciare una distinzione concettuale tra i fenomeni designati da questi due termini, distinzione che si manifesta nella presenza di due termini, rispettivamente, per costume [*Sitte*] e consuetudine [*Gewohnheit*].

63 Bobbio 2010[1942]: 72.

64 Scrive Jhering 2021[1883]: 49: “[...] ‘Sitte’ (gotico *sidu*, *sidus*, antico alto tedesco *sito*, *situ*, medio alto tedesco *sīte*) deriva dall’antico indiano *svada*, ‘consuetudine’ (ricongiungibile a *sva* = *suus* e *dba*, porre, fare), che quindi significherebbe ‘far proprio’, ‘appropriarsi’, cioè ‘appropriazione’, ‘proprietà’ (*Eigentum*, *Eingetümlichkeit*). Dal medesimo termine *svadha* derivano il latino *con-suetudo* (*sveth*, *suocere*) e il greco *Ethos* (*sueth*, *eth*). Tutte e tre le lingue – nonostante la parentela non più riconoscibile per il non specialista – riconducono i termini che designano il costume a un’unica radice linguistica e a un’unica idea: quella di ap-propriarsi. L’ap-propriarsi del costume consiste nell’ininterrotta e costante ripetizione della stessa azione, cioè nell’esercizio, nell’uso (*Brauch*). L’esercizio rende sempre più facile l’azione [...]. Quando si presenta il momento di compiere quell’azione, la persona agisce per così dire da sé, cioè meccanicamente: l’azione è diventata per lui una seconda natura, “*consuetudo altera natura est*”.” Cfr. Jhering 2021[1883], 49. L’edizione italiana del secondo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1883), è apparsa nella traduzione (e a cura) di Mario G. Losano nel 2021. Losano aveva tradotto già il primo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1877). Sull’edizione italiana del secondo volume cfr. ora Presi 2022 (in corso di edizione).

Scrive Jhering:

Il costume [*Sitte*] va [...] distinto dalla pura e semplice consuetudine [*Gewohnheit*], perché la consuetudine esprime nulla di più dell'elemento esterno della costanza, cioè dell'uguaglianza continuativa, della ripetitività dell'agire mentre il costume presenta un elemento interiore in più.⁶⁵

Consuetudine [*Gewohnheit*] e costume [*Sitte*] si dispongono, secondo Jhering, in una scala evolutiva che comincia con l'imitazione, prosegue nella consuetudine e culmina nel diritto consuetudinario [*Gewohnheitsrecht*]. Scrive Jhering:

L'agire in generale può passare per varie fasi. Se l'agire di un singolo è oggetto di una generale *imitazione*, si trasforma in *consuetudine*; se alla consuetudine si associa [...] l'elemento socialmente cogente, si trasforma in *costume*; se l'idea di dovere sociale, animatrice del costume, si condensa in dovere giuridico, il costume si trasforma in *diritto consuetudinario* (corsivo mio).⁶⁶

Jhering non aveva mancato di osservare che, mentre nella lingua tedesca, i termini 'diritto' [*Recht*] e 'consuetudine' [*Gewohnheit*] sono tra loro combinabili, come è testimoniato dall'esistenza del sintagma 'diritto consuetudinario' (*Gewohnheitsrecht*), i termini 'costume' (*Sitte*) e 'diritto' (*Recht*) appaiono invece tra di loro incompatibili ("associando i due termini, un concetto annullerebbe l'al-

65 Mentre la consuetudine [*Gewohnheit*], il cui termine tedesco deriva etimologicamente da '*wohnen*' abitare, "si attiene soltanto all'esteriorità, ci mostra soltanto il corpo dell'azione continuativa", il costume [*Sitte*], invece, secondo Jhering, "esprime anche un giudizio sul contenuto, dice cioè che esso è bene", e, pertanto, si presenta con la "pretesa di essere una norma che tutti devono rispettare, cosicché la sua violazione comporta un biasimo e il suo rispetto un riconoscimento positivo". Il costume costituisce pertanto, secondo Jhering, una forma di agire connotata da un elemento normativo, una "forza vincolante", di cui la consuetudine, *Gewohnheit*, sarebbe sprovvista. Ed è proprio in ragione di questa specifica *normatività*, che Jhering attribuisce al costume (*Sitte*) un ruolo determinante nella "conservazione del benessere della società", accanto a istituzioni sociali più studiate come la moralità [*Sittlichkeit*] e il diritto [*Recht*]. Cfr. Jhering 2021[1883]: 50 ss.

66 Jhering 2021[1883]: 213. Ma quali sono secondo Jhering, le circostanze che determinano la trasformazione della consuetudine in costume e del costume in diritto consuetudinario? "Come una cosa non si trasforma in un'altra con il passare del tempo, così il tempo non basta a trasformare la consuetudine in costume o in diritto consuetudinario. Quando nella natura sembrano accadere simili trasformazioni, quando per esempio il legno si trasforma in lignite o carbon fossile, agiscono anche altre circostanze, oltre al mero passar del tempo. La stessa situazione si verifica nelle istituzioni umane." Una consuetudine può diventare costume, secondo Jhering, quando "le si cristallizzano intorno uno dopo l'altro, gli interessi di altre persone" (p. 214). Nel costume, in altri termini, non è in gioco soltanto l'interesse del soggetto agente "ma anche (o addirittura esclusivamente) quello di terzi o dell'intera comunità" (p. 212). Si spiegano così, secondo Jhering, le conseguenze negative che il mancato rispetto del costume comporta per il soggetto agente: "il rimprovero, il biasimo e la disapprovazione del suo comportamento da parte dei consociati" (p. 212). Un chiaro esempio di metamorfosi della consuetudine in costume è il caso della mancia, una istituzione sociale che nasce come "libero esborso di un singolo" e diviene presto "un elemento della prestazione di servizi, uno speciale tipo di retribuzione" (p. 215).

tro”), essendo il costume una forma di agire già dotato – come si è visto – di una propria vincolatività, *normatività*, “diversa da quella del diritto”.⁶⁷

La ricerca di Jhering aveva lasciato aperta una serie di domande: Quali sono i confini tra consuetudine, costume e diritto consuetudinario? Quali sono i rapporti che intercorrono tra di essi? Ma soprattutto: Quali sono, più in generale, i confini e i rapporti tra il costume e il diritto? Vi sono realmente due fenomeni tra loro eterogenei – il diritto e il costume – dotati ciascuno di una specifica validità (‘vincolatività’) – come sembra ritenere Jhering, o, invece, costume e diritto si dispongono su un *continuum* e si distinguono soltanto per l’intensità della forza normativa che li caratterizza? A queste domande inbase Bobbio si ricollega direttamente nel capitolo VII del libro del 1942.

5.3. A differenza di Jhering, Bobbio avverte l’esigenza di “fissare concettualmente” il momento della transizione dal costume al diritto consuetudinario⁶⁸ e di cercare una risposta alla domanda attraverso quali vie, per quali motivi, con quali elementi avvenga la trasformazione del costume nel diritto.

La soluzione che Bobbio propone muove dall’analisi del concetto di obbligatorietà.

Bobbio è convinto che la tesi secondo la quale il diritto (e dunque anche il diritto consuetudinario) si distinguerebbe dal costume per il “carattere della obbligatorietà” sia una tesi “evasiva e inconcludente”.⁶⁹

Da un lato, Bobbio rifiuta ogni interpretazione *psicologista* secondo la quale l’obbligatorietà del diritto “non è qualcosa di reale che sia determinabile per sé stesso, ma è un mero fatto psicologico e soggettivo, nel senso che la regola obbligatoria è sentita con maggiore intensità in confronto ad altre”.⁷⁰

Dall’altro lato, tuttavia, Bobbio rifugge anche da ogni interpretazione *materialistica* secondo la quale l’obbligatorietà del diritto dipenderebbe da “un fatto materiale ed oggettivo ben individuato, cioè la coazione (*Zwang*)”.⁷¹

Ad entrambe le interpretazioni della obbligatorietà appena menzionate – l’interpretazione *psicologista* e l’interpretazione *materialistica* – Bobbio oppone l’ar-

67 Jhering 2021[1883], p. 53.

68 Bobbio 2010[1942]: 79. Questa esigenza non sembra essere avvertita da Jhering il quale non sembra interessato a chiarire quali siano i confini del concetto di diritto consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), per lo meno nel libro del 1883 (p. 213). La sola osservazione sporadica che è dato rinvenire nel testo riguarda il caso particolare dello “scambio dei doni”, un costume che, secondo Jhering, “non è divenuto un diritto consuetudinario, né lo diverrà mai, perché la materia è inadatta” (p. 213).

69 Bobbio 2010[1942]: 81.

70 Bobbio 2010[1942]: 82.

71 Bobbio 2010[1942]: 82. Come è noto, nel primo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1877) Jhering aveva sostenuto la tesi secondo la quale la “la differenza specifica che distingue le norme del diritto dalle norme da quelle dei costumi e della morale” consiste nella “coercizione” in quanto “elemento essenziale per il diritto”. Scrive Jhering: “Tra le norme poste in essere dalla società, meritano il nome di diritto soltanto quelle che hanno dietro di sé la coercizione, ovvero (dal momento che, come abbiamo visto, soltanto lo Stato ha il monopolio della coercizione) la coercizione statale” (Jhering 2014[1877]: 232); “Una norma giuridica senza coercizione giuridica è auto-contraddittoria, è un fuoco che non brucia, una luce che non risplende” (p. 233).

gomento secondo il quale esse scambiano gli effetti (rispettivamente, “il maggior sentimento del vincolo” e “la maggior reazione”) per la causa (“l’obbligatorietà”).

Qual è dunque la soluzione proposta di Bobbio?

Egli formula l’esigenza di porre una *nuova domanda* più sottile e aperta:

Non ci si può semplicemente arrestare alla constatazione che certe regole suscitano negli interessati un maggior sentimento del vincolo oppure nella società una maggiore reazione che giunge persino all’uso della forza; ma bisogna porre il problema delle *ragioni* di questa diversa intensità e allora si giunge al cuore del concetto di obbligatorietà (corsivo mio).⁷²

Per rendere esplicite le ragioni dell’obbligatorietà delle norme è necessario, secondo Bobbio, riflettere “non su ciò che sentono le persone a cui la norma si dirige, non sulla reazione che la società attribuisce alla norma, ma sulla natura stessa della norma, sul suo significato sociale, in una parola, sul suo *contenuto* (corsivo mio)”.⁷³

L’idea di fare appello al *contenuto* delle norme per determinare il criterio di giuridicità di esse non è nuova in Bobbio. Già in una serie di lezioni risalenti al 1939-1940, Bobbio aveva indicato nel contenuto delle norme un possibile criterio di demarcazione tra *norme giuridiche* e *norme del costume*.⁷⁴

Nel libro del 1942 Bobbio riformula *ex novo* il criterio di giuridicità: le norme giuridiche si distinguono dalle norme del costume poiché il loro contenuto è *essenziale* alla costituzione e alla conservazione di un gruppo. Scrive Bobbio:

Non basta dire che le norme *giuridiche* sono regole sociali, che stabiliscono il comportamento dell’uomo in quanto membro di un gruppo sociale, in quanto cioè in relazione con altri uomini, perché le norme del costume sono per la maggioranza dei casi anche esse regole sociali. È invece decisivo osservare che ogni gruppo sociale vigono regole *essenziali* alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole *inessenziali* (corsivo mio).⁷⁵

72 Bobbio 2010[1942]: 82.

73 Bobbio 2010[1942]: 82.

74 Bobbio 1939-1940: 22: “Noi qui sosteniamo che una differenza tra tipi di norme può essere fondata soltanto sulla diversità del contenuto, nel senso che le norme, tutte uguali dal punto di vista formale, possono raggrupparsi in vari tipi in base ai diversi problemi che esse risolvono mediante la regolamentazione, che è loro propria, dell’azione umana. Le norme giuridiche risolvono problemi di giustizia, in quanto contemplano casi o prevedono azioni, sottoponibili alla valutazione del giusto e dell’ingiusto, a differenza per es. delle norme del costume, le quali risolvono unicamente problemi di opportunità, in quanto impongono azioni alle quali non è in alcun modo riferibile la categoria del giusto e dell’ingiusto, ma soltanto quella dell’opportuno e dell’inopportuno.”

75 Bobbio 2010[1942]: 82. La tesi di Bobbio ha suscitato perplessità principalmente motivate dalla indeterminatezza del concetto di *essenzialità*. Bobbio ha fornito una definizione del concetto di “regola essenziale” come regola che pone condizioni necessarie alla convivenza di un determinato gruppo: “Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o più genericamente, è quella regola che pone in essere rapporti necessari di convivenza.” La distinzione di Bobbio tra “regole essenziali” e “regole inessenziali” è stata adottata

Un caso paradigmatico di regole *inessenziali* è costituito, secondo Bobbio dalle regole relative al *saluto*.⁷⁶

6. Di che cosa è teoria la teoria della consuetudine di Bobbio?

6.1. Dopo aver riassunto i principali temi e le principali tesi di Bobbio (§§ 3-5), proporrò ora alcune riflessioni a partire dalle domande che ha suscitato in me la recente rilettura del testo di Bobbio (§§ 6-8).

La prima domanda che formulo ricalca un'analoga domanda formulata da Amedeo Conte nell'ambito della teoria della validità di norme.⁷⁷

Anziché interrogarmi sulla verità della tesi fondamentale di Bobbio (la tesi secondo la quale la ripetizione di un comportamento nel tempo è condizione sufficiente di esistenza di una consuetudine) proverò a proporre una domanda preliminare e più radicale: *Di che cosa è teoria la teoria della consuetudine di Bobbio?*

Per poter rispondere a questa domanda, può essere utile porne una seconda: *A che cosa si riferisce Bobbio con il termine 'consuetudine'?* La risposta a questa seconda domanda non è univoca.

Il termine 'consuetudine' non sembra designare in Bobbio un unico fenomeno.

In primo luogo, con il termine 'consuetudine' Bobbio si riferisce, come si è visto, ad un *fatto normativo involontario e incosciente*. Questa prima accezione del termine 'consuetudine' è quella che si incontra più frequentemente nel testo del 1942.

In secondo luogo, Bobbio con il termine 'consuetudine' sembra riferirsi ad una *norma*, intesa come *conseguenza* o *prodotto* di un *fatto normativo involontario e incosciente*.

La compresenza in Bobbio di una duplice accezione del termine 'consuetudine' – consuetudine come *fatto normativo* e consuetudine come *norma* – è documentata in almeno due passi decisivi del libro.

Un primo passo – nel quale Bobbio impiega il sintagma 'diritto consuetudinario' – è il seguente:

Il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è quindi un fondamento al di fuori della consuetudine, perché la consuetudine ha il proprio fondamento in sé stessa, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere stà nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita.⁷⁸

L'ipotesi che in questo passo Bobbio operi uno slittamento semantico (o meglio referenziale) dalla consuetudine come *fatto normativo* alla consuetudine come *nor-*

da Antonio Pigliaru (1959, 2000) come uno dei criteri per attribuire natura giuridica alle norme consuetudinarie non scritte del codice della vendetta barbaricina. Cfr. Riccardo 2013.

76 Bobbio 1939-1940: 44. Sulla rilevanza giuridica delle regole sociali cfr. Balossini 1965.

77 Conte 1970. Cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2020.

78 Bobbio 2010[1942]: 48.

ma, sembrerebbe confermata dal fatto che egli parli di “osservanza” della consuetudine. Si osservano le norme, non i fatti.

Il passo appena citato è inoltre filosoficamente provocante per la tesi della *coincidenza* nel diritto consuetudinario di validità ed efficacia.⁷⁹

Ma la duplice accezione del termine ‘consuetudine’ è ancor più evidente in un secondo passo, che si trova nell’ultimo capitolo del libro (il capitolo IX):

1) La consuetudine giuridica è un fatto normativo, e come tale pone in essere una norma giuridica allo stesso titolo degli altri fatti normativi; 2) la *sua struttura essenziale* è data dalla ripetizione costante, uniforme e generale di atti indipendentemente dalla credenza o dal sentimento o dalla convinzione o dall’intenzione dei soggetti; 3) la sua *validità specifica*, per cui si differenzia dal costume è fondata sulla natura del rapporto regolato che è rapporto essenziale alla compagine sociale (corsivo mio).⁸⁰

Nell’esaminare il testo appena riportato mi ero inizialmente arrestato a constatare come Bobbio fosse passato inavvertitamente dalla prima accezione di ‘consuetudine’ (la consuetudine come “fatto normativo”) alla seconda accezione di ‘consuetudine’ (la consuetudine come “norma”). Infatti, mentre *sub 2*, nel sintagma ‘sua struttura essenziale’, l’uso del pronome ‘sua’ è chiaramente riferito alla consuetudine nell’accezione di *fatto normativo*, la stessa cosa non sembra valere *sub 3*, ove il pronome ‘sua’ nel sintagma ‘sua validità specifica’ sembra riferirsi inequivocabilmente ad una norma.

Come sarebbe possibile, infatti, dal punto di vista della nostra sensibilità linguistica e del nostro armamentario concettuale, predicare la validità di un *fatto normativo* che viene per di più descritto come un fatto *involontario* e *incosciente*?

In realtà, in un secondo tempo mi sono reso conto che quella mia constatazione poteva essere il frutto proprio di quell’“errore di prospettiva” che Bobbio denuncia nel libro e che consiste nell’osservare il fenomeno della consuetudine “dal punto di vista di un’altra fonte assunta come primaria”.

Nell’interpretare il testo di Bobbio avevo dato per scontato che fosse possibile impiegare nello studio del diritto *consuetudinario* un concetto di validità concepito e formato nell’ambito dello studio del diritto *statuito*. Ma è possibile – ed ecco dunque una *seconda domanda* – parlare della validità del diritto *consuetudinario* applicando i concetti e le categorie che sono stati forgiati per lo studio del diritto *statuito*? Ed ecco una *terza domanda*: È possibile indagare la *normatività del diritto consuetudinario impiegando i concetti e le categorie della teoria del diritto statuito*?

6.2. Un esempio illuminante di teoria che interpreta il fenomeno della consuetudine sulla base delle categorie del diritto *statuito*, è, secondo Bobbio, la concezione normativistica della consuetudine formulata da Hans Kelsen.⁸¹

79 Sui rapporti tra validità ed efficacia Bobbio ritornerà in modo più sistematico nel corso degli anni ’50 e ’60 nelle lezioni dedicate alla teoria della norma e dell’ordinamento. Cfr. Bobbio 1993.

80 Bobbio 2010[1942]: 91.

81 Bobbio [2010]1942: 35.

La teoria di Bobbio rivendica l'autonomia del diritto consuetudinario contrapponendosi duplicemente alla teoria pura del diritto di Kelsen.

Da un lato, la “struttura essenziale” della consuetudine – così come viene definita da Bobbio nel passo summenzionato *sub 2* – non corrisponde alla struttura dei fenomeni normativi delineata da Kelsen nella teoria pura del diritto. Per Kelsen, tutti i fenomeni normativi – sia nella forma del diritto statuito sia nella forma del diritto consuetudinario – presuppongono l'esistenza di un atto di volontà.⁸²

Dall'altro lato, le condizioni di “validità” della consuetudine – così come vengono definite da Bobbio nel passo summenzionato *sub 3* – non corrispondono alle condizioni di validità che caratterizzano il modello di validità delineato da Kelsen nella teoria pura del diritto.⁸³

Per Kelsen, a differenza di Bobbio, la possibilità di predicare la validità del diritto consuetudinario è subordinata alla condizione che le norme del diritto consuetudinario siano create *in conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate*, le quali stabiliscono *in e per* un ordinamento le condizioni di validità delle norme consuetudinarie. Scrive Kelsen:

Se, nell'ambito di un ordinamento giuridico, esiste anche un diritto consuetudinario, a lato di quello statuito, se gli organi che applicano il diritto, e specialmente i tribunali, devono applicare non soltanto le norme generali create dall'organo legislativo, le leggi formali, ma anche le norme generali create dalla consuetudine, questa è allora considerata come un fatto creativo del diritto alla stessa stregua della legislazione. Ciò è possibile soltanto se la costituzione – in senso materiale – fa della consuetudine un procedimento creativo del diritto alla stregua che lo fa della legislazione. La consuetudine deve essere cioè un istituto costituzionale, al pari della legislazione.⁸⁴

7. L'autoctonia della teoria del diritto consuetudinario.

7.1. Ritorno ora alla mia terza domanda: È possibile indagare la normatività del diritto *consuetudinario* impiegando i concetti e le categorie della teoria del diritto *statuito*?

Nel libro sulla consuetudine del 1942 Bobbio ha mostrato le aporie epistemologiche di una simile indagine. In particolare, vi sono due osservazioni di Bobbio che sembrano suggerire che l'indagine del diritto consuetudinario debba essere

82 Cfr. Kelsen 1941: 115.

83 Per Kelsen una norma è valida se è *dedotta* da altre norme (sistema statico) o *prodotta* in conformità con altre norme di grado superiore (sistema dinamico). Per Bobbio, invece, la validità della norma consuetudinaria non ripete la propria validità da norme di grado superiore. Le condizioni di validità della consuetudine sembrano essere due: i) che la consuetudine sia effettivamente *osservata*, ii) che il suo contenuto sia *essenziale* alla costituzione e alla conservazione di un gruppo sociale.

84 Kelsen 1945: 128. La validità della norma consuetudinaria sembra avere uno statuto irriducibile alla validità intesa kelsenianamente come *esistenza in e per* un ordinamento. Sulla natura “athetica” e “asistemica” della validità deontica che caratterizza le norme consuetudinarie cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2022.

condotta mediante l'impiego di *categorie* e di *concetti autonomi e autoctoni*.⁸⁵ La prima osservazione riguarda un aspetto fondamentale della teoria della consuetudine: la determinazione del momento in cui la consuetudine *si forma* (§ 7.2); la seconda osservazione riguarda invece un ulteriore aspetto della teoria del diritto consuetudinario, altrettanto rilevante: la determinazione del momento in cui la consuetudine *si consolida* nei comportamenti normativi dei soggetti agenti (§ 7.3.).

7.2. La prima osservazione di Bobbio riguarda la determinazione del momento in cui la consuetudine si forma.

Mentre nel caso del diritto *statuito* è possibile determinare con precisione il momento in cui si costituisce una norma, poiché, anche nell'ipotesi in cui l'atto normativo non sia un atto singolo, essa si forma attraverso una serie *definita* di atti (una procedura), nel caso del diritto *consuetudinario*, invece, l'esatta determinazione del momento in cui la norma si forma non è possibile, secondo Bobbio, poiché "il processo di formazione della norma proced[e] di pari passo con il naturale formarsi della consuetudine".⁸⁶

In primo luogo, la consuetudine si forma attraverso una serie *indefinita* di atti, e dunque la consuetudine è per sua natura un concetto non "quantitativamente determinabile".⁸⁷

In secondo luogo, per fissare una durata determinata in relazione al processo di formazione della consuetudine sarebbe necessario conoscere l'inizio e la fine del processo: ma se, da un lato, è difficile risalire a quell'atto da cui la consuetudine deve avere avuto inizio, dall'altro lato, secondo Bobbio, è addirittura impossibile "fissare esattamente in un momento del tempo quell'atto con cui la consuetudine sarebbe sorta".⁸⁸

Poiché il passaggio da ciò che "non è consuetudine a ciò che è consuetudine non avviene attraverso un solo atto", il momento in cui la norma consuetudinaria si forma "non può essere fissato in un'unità di tempo".⁸⁹

85 Un problema analogo è stato posto da Rodolfo Sacco in relazione alla possibilità di studiare il fenomeno del "diritto muto" (Sacco 1993) a partire dalle categorie del "diritto parlato". Scrive Sacco (2005: 443): "L'uomo parlante conosce concettualmente in modo diretto il diritto parlato. Non ha sentito il bisogno di guardare indietro al diritto muto, troppo ovvio per meritare una spiegazione. Più tardi, quando ha dovuto farlo, ha adattato ad esso figure proprie del diritto parlato, estendendo al diritto muto categorie che gli si adattano con sforzo. Il giurista parlante ha dato un nome alle norme, ai diritti soggettivi, ai doveri giuridici. È stato più avaro con i comportamenti ossequenti alle norme, con gli esercizi dei diritti soggettivi, con gli adempimenti dei doveri. Definisce queste tre ultime classi di figure unicamente in rapporto alle figure correlate, reperibili nel diritto parlato. Contro ogni logica linguistica naturale, ha battezzato con una parola-base la realtà giuridica strumentale, astratta e immateriale (norma, diritto, dovere), e poi ha trovato un termine composto e derivato (condotta conforme alla norma, condotta deviante, esercizio del diritto, adempimento del dovere) per indicare il dato storico-reale, cui lo strumento è finalizzato."

86 Bobbio 2010[1942]: 53.

87 Bobbio 1939-1940: 37.

88 Bobbio 1939-1940: 38.

89 Bobbio 1939-1940: 37-38. Per formulare l'argomento della impossibilità di determin-

7.3. La seconda considerazione di Bobbio riguarda la determinazione del momento in cui la consuetudine si consolida.

Mentre nel caso del diritto *statuito* è possibile distinguere con chiarezza il processo di formazione della norma dal processo di conservazione di essa, poiché “a nessuno verrebbe in mente di identificare la statuizione della legge con la sua efficacia”, al contrario, nel caso del diritto *consuetudinario*, “tanto la formazione quanto la conservazione [della norma] hanno luogo attraverso lo stesso processo di ripetizione, ed è difficile, almeno scomodo, stabilire quando finisce l’uno e cominci l’altro”.⁹⁰

Nel caso del diritto consuetudinario la “confusione” tra i due processi (la formazione e la conservazione della norma) implica che si parli comunemente di consuetudine senza badare ad una distinzione che invece, secondo Bobbio, deve essere tracciata: la distinzione tra “consuetudine formativa di una norma consuetudinaria” e “consuetudine conservativa di una norma (che può anche non essere consuetudinaria)”.⁹¹

L’importanza di distinguere questi due fenomeni – la consuetudine formativa e la consuetudine conservativa – è confermata, secondo Bobbio, dalla diversità di effetti che hanno il fenomeno della “ripetizione destinata alla formazione” e il fenomeno della “ripetizione destinata alla conservazione”. Secondo Bobbio, infatti:

venendo a mancare quella [la ripetizione destinata alla formazione], si verifica la mancanza di una *consuetudine*, venendo a mancare questa [la ripetizione destinata alla conservazione], una *desuetudine*.⁹²

La distinzione tracciata da Bobbio ha inoltre una ulteriore importante implicazione che riguarda il modo di concepire la posizione dell’*opinio iuris*. Secondo Bobbio, l’*opinio iuris* non appartiene alla fase di formazione della consuetudine, ma piuttosto a quella della sua consolidazione o conservazione:

non concorre alla formazione della norma ma ne garantisce l’efficacia. Ammesso che io possa valermene, dovrei ad essa riferirmi non per sapere se la norma consuetudinaria sia tale, ma bensì per sapere se sia efficace, cioè se non sia caduta in desuetudine.⁹³

are il momento in cui la norma consuetudinaria nasce, nelle lezioni del 1939-1940, Bobbio si serve di una efficace analogia euristica: “Quando parliamo di un mucchio di pietre non intendiamo riferirci ad un numero determinato di pietre; né avrebbe alcuna risposta possibile la domanda: quante pietre occorrono per fare un mucchio di pietre. Non è possibile trovare fra la serie di atti che concorrono alla formazione di una consuetudine quell’atto mediante il quale ciò che non è consuetudine si trasforma in consuetudine: così come non sarebbe possibile trovare quella pietra che aggiunga alle altre pietre faccia diventare un mucchio di pietre quello che non era prima un mucchio di pietre”.

90 Bobbio 2010[1942]: 60.

91 Bobbio 2010[1942]: 60. Cfr. Giannini 1947.

92 Bobbio 2010[1942] 61.

93 Bobbio 2010[1942] 61. Cfr. Passerini Glazel 2020a, 2022.

8. La consuetudine: mistero o paradosso?

8.1. L'analisi di Bobbio dei comportamenti normativi – sia di quelli che *producono* le norme consuetudinarie (le consuetudini *formative*) e sia di quelli che le norme consuetudinarie le conservano (le consuetudini *conservative*) – ci consente di ritornare al punto di partenza del presente saggio: la distinzione tra differenti *forme di normatività*.

Adolf Reinach aveva distinto una normatività *statuita*, caratteristica del *diritto legislativo* e “dipendente da un atto cosciente e intenzionale di statuizione del soggetto”, e una normatività *non-statuita*, caratteristica delle *norme morali* e “indipendente dall'essere conosciuta o prodotta da qualsiasi coscienza”.

Ma quale è il luogo del diritto consuetudinario rispetto a queste due forme di normatività?

Per rispondere a questa domanda Bobbio ci invita a riflettere sul differente ruolo che svolgono i comportamenti normativi.⁹⁴

Nel caso delle “consuetudini *conservative*” il soggetto agente non contribuisce con il proprio comportamento a *creare* norme, ma contribuisce con la propria condotta a *conservare* norme preesistenti.

Al contrario, nel caso delle “consuetudini *formative*”, il soggetto agente contribuisce con il proprio comportamento a *creare* norme non-preesistenti, ma lo fa in modo tuttavia *involontario* e *incosciente*.

È quindi evidente che, mentre nel caso delle consuetudini conservative, le norme *possono* fungere da *modello di azione*, ciò è, per definizione, escluso per Bobbio nel caso delle consuetudini formative.⁹⁵

8.2. Il ruolo di una norma, tuttavia, non si esaurisce nel fungere da *modello di azione*.

Come è stato osservato ampiamente in sociologia e in filosofia da autori come Max Weber, Georg Henrik von Wright, Norberto Bobbio, le norme possono svolgere un ruolo determinante nell'*interpretazione* dell'azione.⁹⁶

Seguendo una preziosa indicazione di Amedeo Conte⁹⁷, di una norma che funga da modello di *azione* dirò che essa è *effettiva*; di una norma che funga da modello di *interpretazione* del comportamento dirò che essa è *esplicativa*.

Il caso più frequente è quando le norme che fungono da modello di una azione sono anche modello esplicativo di quell'azione. Tuttavia, *effettività* ed *esplicatività* possono *non* coincidere.

Un caso evidente di *non-coincidenza* tra *effettività* ed *esplicatività* è descritto da Conte stesso: il comportamento dell'obiettore di coscienza che, durante la guerra del Vietnam, brucia la cartolina precetto.

94 Cfr. Bobbio 2007[1977].

95 Impiego qui il paradigma formulato da Amedeo Conte (1975) “norma come modello d'azione” vs. norma come modello di interpretazione.

96 Weber 1922, von Wright 1971, Bobbio 1977, 2007. Cfr. Ferrari 1998.

97 Cfr. Conte 1975.

La norma che prescrive il servizio militare non funge da *modello di azione* della sua condotta, ma può fungere da *modello di interpretazione* della sua condotta.

8.3. L'ipotesi che avanzo, alla luce del libro di Bobbio, è che ciò che Bobbio chiama "consuetudine formative" siano un caso di *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività*.

Nella fase della sua formazione, la norma consuetudinaria può fungere *ex post* da modello di *interpretazione* del comportamento, quantunque possa non fungere da modello di *azione* per l'agente.

Vi è tuttavia una differenza rilevante tra i due casi che ho accostato: nel comportamento nomotropico dell'obiettore di coscienza (descritto da Conte) la *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività* è un fenomeno *contingente*; nel processo di formazione di una norma consuetudinaria – e questo mi pare essere uno degli insegnamenti fondamentali di Bobbio – la *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività* ha il carattere della *necessità*.

Per colui che contribuisce a *creare* una norma consuetudinaria la norma *non può* costituire un modello di azione, poiché essa non esiste ancora in quanto norma. E pur tuttavia, quella norma, non appena verrà ad esistenza, costituirà *ex post* un modello di interpretazione del comportamento di colui che ha contribuito a crearla.⁹⁸

Forse è anche in questo fenomeno della *necessaria non-coincidenza* tra *effettività* ed *esplicatività* che consiste, se non il mistero, per lo meno il paradosso della consuetudine.

Riferimenti bibliografici

- Alves, P., 2017 *Reinach and Husserl on communication*. Relazione (inedita) al convegno internazionale *The Philosophy of Reinach*, 30 novembre –1 dicembre 2017, Milano-Lugano.
- Balossini C.E., *La rilevanza giuridica delle "regole sociali"*. Milano, Giuffrè, 1965.
- Bellucci, L., *Consuetudine, diritti e immigrazione*. Milano, Giuffrè, 2012.
- Bobbio, N., 1934 *Scienza e tecnica del diritto*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXIX.
- Bobbio, N., 1939-1940 *Lezioni di Norberto Bobbio presso l'Università di Siena 1939-1940*. Torino, Centro Studi Piero Gobetti, 2007.
- Bobbio N., 1941 *Lezioni di filosofia del diritto*. R. Università di Padova. Anno accademico 1940-1941. Raccolte dagli studenti P. Antonelli e G. Chiesura. Bologna, La Grafolito.
- Bobbio, N., 1942 *Lezioni di filosofia del diritto*. R. Università di Padova. Anno accademico 1941-1942. Raccolte dallo studente Giulio Pasetti Bombardella. Bologna, La Grafolito.
- Bobbio, N., 1958 *Teoria della norma giuridica*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1960 *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1993 *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1994[1964] *Norma giuridica* in Norberto Bobbio, *Contributi a un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, pp. 215-232.

⁹⁸ Sul rapporto tra norma consuetudinaria e agire nomotropico cfr. anche Passerini Glazel 2020a: 100 e Passerini Glazel 2022.

- Bobbio, N., 1996 *De senectute e altri scritti autobiografici*. Torino, Einaudi.
- Bobbio, N., 2006[1938] *L'analogia nella logica del diritto*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXXVI. Ristampa cura di Paolo Di Lucia. Milano, Giuffrè, 2006.
- Bobbio, N., 2007[1977] *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità. Ristampa a cura di Mario G. Losano. Roma-Bari, Laterza.
- Bobbio, N., 2010[1942] *La consuetudine come fatto normativo*. Torino Giappichelli.
- Bobbio, N., 2018[1934] *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXVIII. Ristampa a cura di Paolo Di Lucia. Torino, Giappichelli, 2018.
- Cianferotti, G., 2005 "L'opera giovanile di Bobbio e il suo insegnamento (1934-1950)". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35: 65-105.
- Celano, B., 2010 *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*. Roma, Aracne.
- Chiassoni, P., 2008 "Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi. (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)" in Silvia Zorzetto (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*. Pisa ETS: 63-107.
- Conte, A.G., 1966 *Ordinamento giuridico*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino UTET, vol. XII: 45-54.
- Conte, A.G., 1970 "Studio per una teoria della validità", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47, pp. 331-354.
- Conte, A.G., 1975 *Validità*, in *Novissimo digesto italiano*, XX, Torino, UTET:418-425.
- Conte, A.G., 1986 *Fenomeni di fenomeni*, in Giuseppe Galli (ed.), *Interpretazione ed epistemologia*. Torino, Marietti: 167-198.
- Conte, A.G., 1997 *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*. Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G., 2006 *Kenningar*. Prefazione di Giorgio Orelli, Bari, Adriatica Editrice, 2006.
- Conte, A.G., 2011 *Sociologia filosofica del diritto*. Prefazione di Vincenzo Ferrari. Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G. e Di Lucia P., 2007 *Il paradigma Quid ius? vs. Quid iuris? Oltre Immanuel Kant*. In: "Rivista Teologica di Lugano", 12, 3: 445-458
- Di Lucia, P., 1996 *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma*. In: Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli: 37-45.
- Di Lucia, P., 1997 *L'universale della promessa*. Milano, Giuffrè.
- Di Lucia, P., 2016 *Ontologia normativa. Il paradosso dell'apriori condizionato in Adolf Reinach*. In: Giorgio Bongiovanni, Giorgio Pino, Corrado Roversi (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli: 185-212.
- Di Lucia, P., 2018 *Norberto Bobbio e le due fenomenologie*. In: N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*. A cura di Paolo Di Lucia, Torino, Giappichelli: XI- XLV.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel, 2017 *Two Semiotic Shifts in the Philosophy of Norms: Meaning Shift and Referent Shift*. In: "Phenomenology and Mind", Special Issue Norm: What is it? *Ontological and Pragmatical Perspectives*, n. 13: 10-18.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel, 2020 *Amedeo Giovanni Conte filosofo della validità*. In "Rivista di Filosofia del diritto", 9, 1: 11-26.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel 2022 *Towards a Sigmatics of the word 'Norm'. An Ontological Turn in the Semiotics of the Normative*, in corso di edizione.
- Falzea, A., 1967 *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*. Milano, Giuffrè, vol. XVI.
- Ferrari, V., 1998 *Lineamenti di sociologia del diritto*. Roma-Bari, Laterza, vol. I.

- Fittipaldi, E., 2012 *Psicologia giuridica e realismo. Leon Petrazzkycki*. Milano, LED.
- Giannini, M.S., 1947 *Sulla consuetudine*. In: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 24: 89-96.
- Giuliani, A., 1999 *Le preleggi. Gli articolo 1-15 del codice civile*. Torino, UTET.
- Grossi, P., 2010 *Introduzione in Norberto Bobbio, La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli: VII-XXXI.
- Guastini, R., 1993 *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano, Giuffrè.
- Jhering, R. von, 2014[1877] *Lo scopo nel diritto. Volume I*. Traduzione e cura di Mario G. Losano, Torino, Nino Aragno.
- Jhering, R. von, 2021[1883] *Lo scopo nel diritto. Volume II*. Traduzione e cura di Mario G. Losano. Torino, Nino Aragno Editore.
- Kelsen, H. 1952[1945] *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Kelsen, H., 1981[1941] *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in Hans Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Milano, Il Saggiatore: 94-121.
- Kelsen, H., 2009[1941] *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*. A cura di Carlo Nitsch. Milano, Giuffrè.
- Lazzaro, G., 1983 "Reciprocità e consuetudine", in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. A cura di Uberto Scarpelli. Milano, Edizioni di Comunità: 231-247.
- Levi-Strauss, C., 2017 *L'antropologia di fronte ai problemi del mondo moderno*. Milano, Bompiani.
- Losano, M.G., 2018 *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*. Roma, Carocci.
- Passerini G., Lorenzo, 2020a "Forme della volontà e impronte di norma nella formazione della norma consuetudinaria", in *Noesis*, 34: 71-88.
- Passerini G., L., 2020b "Grasping an Ought. Adolf Reinach's Ontology and Epistemology of Legal and Moral Oughts", *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica*, 90: 29-39,
- Passerini G., 2020c *Le realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*. Milano LED.
- Passerini G., 2022 *Tra il farsi e il disfarsi delle norme: il ruolo della volontà nomotrofica nella formazione della norma consuetudinaria*, in corso di edizione in Giovanni Bombelli/ Paolo Heritier (eds.), *Nuove prospettive sulla consuetudine*. Milano, Mimesis (in corso di edizione).
- Pigliaru, A., 1993 *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milano, Giuffrè, 1959. Ristampa in: *Il banditismo in Sardegna*. Milano, Giuffrè. Nuova ristampa in: *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina*. Cagliari, Il Maestrale, 2000.
- Piovani, P., 1953 *Il significato del principio di effettività*. Milano, Giuffrè, 1953.
- Presi, V., 2022 "Sittengesetz. La legge del costume in Jhering tra sociologia del diritto e ontologia sociale", in corso di edizione.
- Pugliatti, S., 1996 *I fatti giuridici*. Revisione e aggiornamento di Angelo Falzea. Con prefazione di Natalino Irti. Milano, Giuffrè.
- Reinach, A., 1913 "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes", *Jahrbuch für die Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913, 1, pp. 685-847. Traduzione italiana (parziale) di Giuliana Stella. In Agostino Carrino (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*. Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 1990: 161-200. Traduzione di Daniela Falcioni: *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Rottleuthner, H., 1981 *Teoria del diritto e sociologia del diritto*. Bologna, Il mulino, 1983.

- Riccardo, G., "Conflitto di ordinamenti e conflitto di paradigmi in Antonio Pigliaru" *Lares*, 79: 11-33.
- Sacco, R., 1993 "Il diritto muto". In: *Rivista di diritto civile*, 39: 689-702.
- Sacco, R., (con la collaborazione di Paola Cisiano), *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino, UTET, 2005.
- Searle, J.R., 1995 *La costruzione della realtà sociale*. Torino, Einaudi.
- Searle, J.R., 2003 *Ontologia sociale e potere politico*, in Paolo Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*. Macerata, Quodlibet: 27-44.
- Searle, J.R., 2010 *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*. Milano, Raffaello Cortina Editore, 2010.
- Spiegelberg, H., 1935 *Gesetz und Sittengesetz. Vorstudien zu einer gesetzfreien Ethik*. Zürich, Max Niehans.
- Spiegelberg, H., 1968 *Rules and Order. Toward a Phenomenology of Order*, in Paul Kuntz (ed.), *The Grinnell Symposium*. Washington, Washington University Press, 1968: 290-308.
- Terradas Saborit, I., 2008 *Iusticia vindicatoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oraáculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008.
- Tönnies, F., 2019[1909] *Il costume*. A cura di Michele Basso. Brescia, Morcelliana, 2019.
- Weber, M., 2000[1922] *Economia e società. III. Sociologia del diritto*. Milano, Edizioni di Comunità, 2000.
- Wittgenstein, L., 1967 "Bemerkungen über Frazers *The Golden Bough*", *Synthese* 17: 233-253. Traduzione di Sabina de Waal: *Note sul "Ramo d'oro" di Frazer*. Con un saggio di Jacques Bouveresse. Milano, Adelphi 1986.
- Wright, G.H.von 1971 *Explanation and Understanding*. London, Routledge and Kegan Paul. Traduzione italiana di: *Spiegazione e comprensione*. Bologna, Il mulino, 1977.
- Zaccaria, G., 2010 *Il Bobbio dimenticato: gli anni padovani di filosofia del diritto*, in Norberto Bobbio. *Gli anni padovani. Celebrazioni del centenario della nascita*. A cura di Baldassare Pastore e Giuseppe Zaccaria: 1-15
- Zorzetto, S., (ed.), *La consuetudine giuridica, Teoria, storia, ambiti disciplinari*. Pisa, ETS, 2008.

Antonio Punzi*

I Segni del tempo. Il ritorno della consuetudine nell'era della complessità

Abstract: The essay examines the role of custom today, moving away from the transformation of the relationship between law and time. The marginal role that modern rationalism attributed to custom was a consequence of the claim to control time by the predictive power of knowledge. The age of complexity, with its acceleration of time, paves the way for an unexpected return to custom, albeit in a new form.

Keywords: Custom, Past, Future, Fact, Complexity

0. Premessa. La consuetudine tra passato e futuro

Il presente contributo in tema di consuetudine si iscrive nel quadro della tradizionale riflessione sul rapporto tra diritto e tempo. Una riflessione che ha una storia assai risalente¹, verte su un tema impegnativo e rispetto al quale va perimetrato l'effettivo oggetto di questa indagine, mettendo in chiaro le domande sulle quali si fermerà l'attenzione.

La nozione di tempo qui presa in esame non è, almeno non principalmente, quella della *diuturnitas*, che della consuetudine, com'è noto, è una delle componenti essenziali. Accogliendo una sollecitazione dei promotori della ricerca in cui si iscrive, il presente contributo si interroga, piuttosto, sul ruolo della consuetudine nell'esperienza giuridica contemporanea. Ciò nella consapevolezza del significativo rivolgimento in atto: il diritto odierno, infatti, come le altre sfere della vita sociale, sta sperimentando gli effetti di una formidabile accelerazione dei processi che coinvolgono, inscindibilmente, il sistema della produzione di beni e idee, le forme dell'interazione, gli stessi processi cognitivi e decisionali. Di qui la domanda sul futuro della consuetudine, che nella narrativa della modernità vediamo spesso rappresentata come un retaggio del passato ed è doveroso chiedersi in quali forme sopravviva oggi, se è vero che viviamo un tempo che sembra smarrire la memoria del passato e procede ad una tale velocità da non sentirsi quasi di avere un presente, tanto è prepotente la sua proiezione verso il futuro.

* Professore ordinario di filosofia del diritto e direttore del Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS di Roma.

1 “La legge non ha altra forma per farsi obbedire che il costume e questo non si realizza se non in un lungo lasso di tempo” (Aristotele 1989: 55).

La costitutiva tensione tra legge e consuetudine è nozione comune: l'una nasce da una manifestazione di volontà di chi detiene l'imperio per legiferare e ordinare la condotta dei destinatari, l'altra dallo spontaneo atteggiarsi della condotta di consociati che quella condotta avvertono come doverosa e così attivamente contribuiscono a consolidarla come pratica condivisa, fino a farla assurgere a fonte del diritto. Vi è però un aspetto che trascende questa tensione ed assume un precipuo rilievo ai fini della presente riflessione. La dicotomia tra legge e consuetudine è soprattutto un prodotto della modernità e, dunque, di questa conserva il *sensu del tempo*. Viene quindi da chiedersi se la fine della modernità, comportando anche la crisi del senso moderno del tempo, non ponga le premesse per un ripensamento della tradizionale irriducibilità tra legge e consuetudine.

1. Fattispecie normativa, previsione scientifica e governo del tempo

Pur nella consapevolezza che il moderno ha avuto molte facce, in filosofia come in giurisprudenza, non è scorretto attribuire alla ragione giuridica moderna alcune caratteristiche specifiche, se non altro perché sono le più ricorrenti e teoreticamente emblematiche. E alcune di queste caratteristiche assumono una precisa rilevanza nel quadro di una riflessione sul rapporto tra diritto e tempo.

La ragione giuridica moderna afferma la signoria del diritto sul tempo grazie all'intreccio tra la fiducia nel potere della conoscenza e un'orgogliosa rivendicazione delle prerogative dell'umana volontà. L'osservazione scientifica, che assume la realtà, naturale e sociale, ad oggetto del conoscere, si fa premessa della volontà istitutiva dell'ordine. Un ordine che ha, dunque, un duplice volto: quello della Scienza che, impadronendosi delle leggi di funzionamento della realtà, vuole prevedere e controllare il futuro; e quello del Leviatano che, secolarizzata la volontà divina, istituisce un ordine conforme al proprio volere².

Non è certo un caso che dietro alla teorizzazione secolare dello Stato vi sia la convinzione di poter osservare l'uomo e la società come fenomeni da laboratorio. Osservare per prevedere: la scienza moderna analizza il fenomeno, lo scompone nelle sue componenti, ne individua direzione e finalità, rinviene invarianze e così fissa leggi utilizzabili a scopo di spiegazione e previsione³. Sulla sua falsariga, anche lo Stato, una volta mondanizzatosi, vuole conoscere le leggi del comporta-

2 Si pensi, ad esempio, a Thomas Hobbes che, da un lato, sulla scia di Bacone, afferma che "il fine della scienza è la potenza", dall'altro definisce la comunità politica come "corpo", le cui proprietà possono essere conosciute indagando "le disposizioni, le passioni e i costumi degli uomini" (*De corpore*, cap. I). Sul punto, v. ad es. Dewey 1918: 55 ss.

3 In pieno clima positivistico, il sogno del moderno verrà enunciato da Laplace: "Dobbiamo considerare lo stato presente dell'universo come l'effetto del suo stato anteriore e come la causa del suo stato futuro. Un'intelligenza che, per un dato istante, conoscesse tutte le forze da cui è animata la natura e la situazione rispettiva degli esseri che la compongono, se per di più fosse abbastanza profonda per sottomettere tali dati all'analisi, abbraccerebbe nella stessa formula i movimenti dei più grandi corpi dell'universo: nulla sarebbe incerto e l'avvenire, come il passato, sarebbe presente ai suoi occhi" (Laplace 1814: 243-244).

mento umano per poter anticipare il futuro⁴. L'instaurazione dell'ordine sociale ha come suo presupposto l'osservazione delle condotte e la scoperta dei motori dell'azione: carpiti i segreti della meccanica del comportamento, il legislatore può definire le condotte mediante la fattispecie, così da poterle, *ex ante*, condizionare e classificare, *ex post* qualificare come conformi o meno al modello prescritto⁵. La signoria del sovrano legislatore si inverte nel potere di anticipare le condotte future, dunque nel dominio sul tempo⁶. Diversamente dal giudice e dall'amministratore, come intuito da Gerhart Husserl, il legislatore è l'uomo del futuro⁷.

Il disegno della ragione giuridica moderna si compie non a caso con l'illuminismo, che giunge sino ad intrecciare razionalismo e volontarismo⁸: la ragione conosce l'uomo e le leggi universali del vivere civile e la volontà traduce tali leggi in regole di condotta⁹. Di qui l'ambizione di redigere codici perfetti, resistenti all'usura del tempo, non bisognosi di interpretazione: per ogni futura condotta c'è una previsione chiara, completa, dal significato inequivocabile. Nessun evento impreveduto, né dinamiche storiche che esigano interpretazioni evolutive: il bravo legislatore, muovendosi sulle spalle di una scienza che conosce l'uomo e le sue condotte, tutto prevede, così da escogitare una soluzione per ogni caso¹⁰. Dopo secoli di incertezze e contraddizioni,

4 Celebre, sul punto, la tesi di Cassirer, il quale, alla domanda “se il mondo fisico era divenut trasparente per la mente umana, era possibile la stessa cosa in un campo del tutto diverso?”, risponde che i pensatori del secolo diciassettesimo “erano tutti razionalisti decisi. Avevano una fede quasi illimitata nel potere dell'umana ragione”. Così per Hobbes: “fin dal cominciamento della sua filosofia, la sua grande ambizione era stata quella di creare una teoria del corpo politico che potesse eguagliare la teoria galileiana dei corpi fisici, eguale a quella per chiarezza, per metodo scientifico e per certezza” (Cassirer 1946: 244-245).

5 La funzione della fattispecie in un diritto costruito a misura della moderna ragione calcolante è descritto con insuperabile efficacia da Irti: “il diritto mette ordine nel futuro: *in ordine disponere*, dove il prefisso *dis* indica la distribuzione dei fatti nel tempo”. “Al fine di ‘disporre per l'avvenire’, e dunque per regolare fatti futuri” la legge dei moderni Stati europei utilizza la categoria della “*fattispecie (species facti)*, di uno schema riassuntivo, che descrive e anticipa le possibilità del futuro”. Non a caso, prosegue Irti, Max Weber “indicò nella ‘calcolabilità’ il tratto del moderno diritto occidentale. Il capitalismo riposa sull’‘arte del calcolo’”. E “la razionalità del calcolo abbraccia anche il diritto”: “il diritto calcolabile è un diritto su cui fare affidamento, su cui riporre aspettative. La fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa. *Soltanto ciò che dura merita affidamento*” (Irti 2017: 17-22).

6 Emblematica, in tal senso, è l'allegoria che compare sul frontespizio dell'edizione del *Leviathan* del 1651: una volta instaurato l'ordine, il tempo sembra essersi fermato. Nel villaggio che si distende ai piedi del dio mortale nulla può accadere fuori dalla previsione e dal controllo di questo.

7 Husserl, *Diritto e tempo* 1955: 50 ss. Su ciò, v. Di Santo 2012: 93 ss.

8 “La *loi* en general est la raison humaine, entant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre, & les *lois* politiques & civiles de chaque nation ne doivent être que les divers cas particuliers où s'applique cette raison humaine” (De Jaucourt 1765: L 75).

9 Come giustamente rileva Tarello, solo in alcune espressioni dell'illuminismo – ad esempio in Helvétius – la conoscenza della natura dell'uomo viene declinata come descrizione della sua naturalità e giustificazione di questa in tutte le sue espressioni (Tarello 1976: 337).

10 Sotto tale profilo merita di essere richiamata la riflessione di Foucault sul nesso tra economia del potere e disciplinamento normativo, in cui “il carcerario naturalizza il potere legale di punire come legalizza il potere tecnico di disciplinare” e “facendo circolare dall'uno all'altro

sulle regole da applicare come sul loro significato, il tempo, finalmente anticipato dalla ragione calcolante, può fermarsi¹¹.

2. La consuetudine rimossa e le valvole per il respiro del tempo

L'avversione della cultura giuridica tedesca nei confronti del modello illuministico di codificazione sembra anzitutto un rifiuto della rimozione del tempo da questa perpetrato¹². Non a caso la scuola storica tedesca riparte dalla formazione spontanea del diritto¹³, prima e fuori da ogni previsione normativa, e soprattutto insiste sull'inarrestabilità del mutamento¹⁴. La pretesa illuministica di anticipare il tempo mediante una codificazione perfetta ed immota si scontra con la consapevolezza dell'inarrestabilità del movimento della storia. Codificare in ossequio ai dettami del modello settecentesco di ragione significa illudersi di poter cristallizzare il tempo, con la conseguenza di far entrare in vigore una disciplina che si vuole esaustiva e destinata a durare ed invece è destinata ad essere usurata per il solo fatto di spiegare il suo vigore *nel* tempo.

E non è certo un caso che, quando la cultura tedesca si rassegnò ad adottare il modello-codice, in sede di redazione del BGB abbia fatto generoso ricorso alle clausole generali¹⁵, cioè a quegli "organi respiratori"¹⁶ intesi a mantenere vivo il contatto dell'ordinamento con il tempo e con il mutamento dei costumi. Ciò a partire dalla consapevolezza che, se pure il diritto non può fare a meno di un progetto ordinante dell'azione che si traduca in regole definite, d'altronde tali regole sono il prodotto di un'anticipazione che mai potrà risultare esaustiva: si daranno sempre condotte che sfuggono alla presa di una tale previsione¹⁷ e dunque, con l'insorgere

i medesimi metodi meccanici, calcolati e discreti" "permette di effettuare quella grande 'economia' del potere di cui il XVIII secolo aveva cercato la formula" (Foucault 1975: 335 ss.).

11 "Il Codice era il cardine dell'ordine giuridico borghese, era la sua rassicurante Costituzione scritta, immune dalle pericolose devianze di incontrollabili affioramenti consuetudinarii, di fantasie di bizzarri scienziati, di giudici scalmanati. Era, insomma, la pietra angolare del nuovo edificio giuridico, destinata a durare, meritevole di durare" (Grossi, 2007: 149).

12 "L'uomo è visto adesso nella sua vita reale, condizionato dal tempo trascorso e dall'ambiente in cui conduce la sua esistenza, con una personalità che si diversifica nelle varie epoche e nei vari luoghi" (Falzea :104).

13 "Ogni diritto ha la sua origine in quello che l'uso corrente con qualche inesattezza chiama diritto consuetudinario, vale a dire che il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, e poi dalla giurisprudenza, che è sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dall'arbitrio di un legislatore" von Savigny, 1799: 101).

14 "Come per la lingua, infatti, anche per il diritto non esiste un momento di stasi assoluta, esso è soggetto allo stesso mutamento e alla stessa evoluzione di ogni altra funzione del popolo, e questa evoluzione obbedisce anch'essa alla stessa legge di necessità interna che governa il fenomeno antichissimo della lingua" (von Savigny, 1799: 99).

15 Persino il giuspositivista Paul Laband riconobbe che il ricorso alle clausole generali era inevitabile in considerazione dell'impossibilità che la norma generale e astratta riuscisse ad anticipare ogni possibile contenuto applicabile. Su ciò, v. Cardilli 2021: 368-369.

16 La definizione è di Polacco 1908: 60.

17 "Chiunque abbia esaminato con attenzione qualche caso giuridico si renderà conto fa-

di controversie, casi per i quali non siano state pre-viste soluzioni. Le perplessità della scuola storica sull'opportunità di una codificazione suonano come avvertimenti circa la mai completa anticipabilità del tempo.

3. Il secolo del tempo e le vie dell'incertezza

Le premonizioni di certa cultura ottocentesca circa l'impossibilità di governare il tempo grazie al potere anticipatore della conoscenza ben presto si rivelarono profetiche. Il 'Secolo breve' da subito si annunciò come il secolo del tempo, in giurisprudenza come in molti altri settori dell'esperienza e della cultura occidentale. Non è un caso che un filosofo come Heidegger, che sin dal titolo della sua opera principale ebbe il coraggio di ricollocare l'essere *nel* tempo¹⁸, sia diventato un punto di riferimento ineludibile nel tortuoso cammino del pensiero novecentesco, e ciò a dispetto della sua ambiguità, leggibile nella sua configurazione del rapporto tra filosofia e scienza prima e più che nelle sue scelte politiche.

Non meno che nei cenacoli filosofici, d'altronde, l'irruzione del tempo mutò lo scenario del lavoro della scienza novecentesca. E così cominciò ad incrinarsi quella credenza – un po' superba, un po' ingenua, e che pure domina buona parte della modernità fino al positivismo filosofico – che dall'osservazione del fenomeno per come si è manifestato nel passato possano desumersi previsioni certe sul suo atteggiarsi futuro. La consapevolezza dell'inarrestabile divenire dell'universo, della vita, della società mette in crisi tale convincimento: la forza della previsione, infatti, si regge tutta sulla garanzia che le condizioni fenomeniche rimangano invariate e, conseguentemente, le relative leggi possano permanere nel tempo¹⁹. E così il secolo

cilmente che un'impresa del genere non può che essere vana, poiché la proliferazione di varianti di casi reali è semplicemente infinita" (von Savigny, 1799: 106).

18 "Il tempo deve essere posto in chiaro e determinato concettualmente in modo genuino come orizzonte di ogni comprensione e di ogni interpretazione dell'essere. Perché tutto ciò sia chiaro, occorre un'esplicazione originaria del tempo come orizzonte della comprensione dell'essere a partire dalla temporalità quale essere dell'Esserci che comprende l'essere" (Heidegger, 1927: 35).

19 La consapevolezza epistemologica dell'incertezza, guadagnata attraverso la riflessione di autori come Popper, Lakatos, Kuhn e Feyerabend, è efficacemente sintetizzata da Morin: "La 'scienza classica' era fondata su un determinismo assoluto, dunque su un'eliminazione totale del caso. Lo si ritrova nella figura del demone di Laplace, che, possedendo la conoscenza totale, nello stesso tempo saprebbe tutto del futuro e tutto del passato. Sebbene perduri sotto una certa forma nella scienza moderna, questo ideale determinista è oggi svuotato della sua sostanza. Ciò fu dovuto, in primo luogo, al secondo principio della termodinamica, che introdusse un principio di disordine nell'universo. All'inizio del ventesimo secolo, la meccanica quantistica, a sua volta, ha sconvolto la concezione classica, non più soltanto con il caso, ma con un'imprevedibilità e un'incertezza fondamentali sul comportamento, e anche sulla natura, degli oggetti microfisici. Fu la nascita di un'incertezza logica, oltre a un'incertezza empirica. (...) Infine, le teorie del caos ci insegnano che, anche quando un sistema è determinista, l'incertezza che regna sulle condizioni iniziali fa sì che non si possa predirne il comportamento. Non possiamo più eliminare l'incertezza perché non possiamo conoscere con una perfetta precisione tutte le interazioni di un sistema, soprattutto quando è molto complesso" (Morin, 2014, cap. 1 § 3, *Affrontare le incertezze*).

del tempo introduce il germe del dubbio sulle capacità prognostiche dell'intelligenza umana. Il potere della scienza mantiene la sua forza solo se e nella misura in cui regge il paradigma a partire dal quale la ricerca prende le mosse.

Né la portata di un simile rivolgimento può dirsi circoscritta all'ambito delle scienze naturali o di quelle che più confidano in un approccio deterministico. L'irruzione del tempo ha una portata deflagrante persino in settori come la teologia e nel magistero della Chiesa cattolica, dove pure l'intelligenza umana opera con il conforto di una verità rivelata ed il movimento della storia viene letto nel quadro di una prospettiva teleologica: la confidenza nella verità non esonera il fedele dal compito di discernere i segni dei tempi²⁰, di interrogarsi sulle domande di senso che affiorano, mai del tutto prevedibili e talora sorprendenti, sul sentiero della storia²¹.

Questa crisi del senso moderno del tempo, capace di penetrare nei laboratori delle scienze come nei santuari della fede, non poteva certo risparmiare la giurisprudenza²²: “per noi, figli del secolo XIX – scrive Kantorowicz nel manifesto del libero diritto – il mondo è in perpetuo cammino”. Ad essere colpiti furono i *tòpoi* della ragione giuridica moderna: il mito di una codificazione completa, il valore della certezza come portato etico e politico del progetto anticipatorio della ragione calcolante, la condanna dell'interpretazione, in specie di quella che mette in dialogo il dettato della legge con il pulsare della vita e che, nel dare un significato alle parole, non rimane sorda al mutare dei costumi.

Già sul finire del XIX secolo, d'altronde, la scienza giuridica aveva scoperto le prime crepe nel grande edificio dell'ordinamento edificato dalla borghesia approdata al potere. A dispetto del progetto calcolante della modernità, il tempo comincia a riservare sorprese non previste e a svelare l'illusorietà della pretesa di anticipare il futuro servendosi di ben costruite fattispecie²³. Quando l'emergente

20 Il riferimento ai “segni dei tempi”, che compare nel Vangelo (Mt 16,3; Lc 12,54-56) viene ripresa da Giovanni XXIII, al § 4 della *Humanae salutis* (Documento di indizione del Concilio ecumenico Vaticano II, *Humanae Salutis* (25 dicembre 1961) | *Giovanni XXIII (vatican.va)*) e da Paolo VI nell'Enciclica *Ecclēsiām suam*, escludendo che la perfezione sia l'immobilità delle forme e individuando nella parola “aggiornamento” uno stimolo “alla vigile capacità di studiare i segni dei tempi” e alla “sempre giovane agilità di tutto provare e di far proprio ciò ch'è buono” (*Ecclēsiām Suam* (6 agosto 1964) | *Paolo VI (vatican.va)*).

21 Scrive de Lubac: “per elevarsi fino all'eterno bisogna necessariamente appoggiarsi sul tempo e lavorare in esso. A questa legge essenziale s'è sottomesso il Verbo di Dio: è venuto per liberarci dal tempo – ma per mezzo del tempo”. “Sull'esempio di Cristo ogni cristiano deve accettare la condizione d'essere impegnato nel tempo; condizione che lo fa solidale di tutta la storia, di maniera che il suo rapporto con l'eterno va di pari passo con un rapporto con un passato che sa immenso e con un avvenire la cui durata gli sfugge” (de Lubac 1938: 101).

22 Kantorowicz 1906: 73.

23 La consapevolezza guadagnata sul punto dalla scienza giuridica è efficacemente testimoniata dal saggio *Legge e ufficio del giudice* di von Bülow “La legislazione ha a che fare con l'incertezza del futuro: la legge è un frammento della provvidenza terrena e deve sperimentare ampiamente su di sé quanto quest'ultima sia limitata, debole, ingannevole! Giorno dopo giorno la vita reale si fa beffe delle previsioni del legislatore. La sua inesauribile molteplicità mostra ogni volta di nuovo quanto presuntuosa fosse la speranza del legislatore di abbracciare con lo sguardo e cogliere in anticipo tutto ciò che il futuro avrebbe apportato, per costringerlo nelle sue regole rigide e morte” (von Bulow 2001.: 14-15).

società capitalistica fa emergere nuovi attori sociali, con le relative e non previste esigenze di tutela, gli strumenti apprestati dal codice di una società monoclasse²⁴ non bastano più: il legislatore si vede costretto ad intervenire con discipline speciali, misurate sulle esigenze dei settori interessati, che però non possono innestarsi nel tessuto dei codici borghesi ed anzi cominciano a sottrarre a quei codici la loro centralità e a corrodere la struttura degli ordinamenti costruiti intorno ad essi²⁵. La civiltà giuridica borghese rimane come sgomenta di fronte alla crisi delle proprie certezze e all'incrinarsi della fiducia che il diritto possa governare il tempo.

Le reazioni a tale crisi furono diverse e in alcuni contesti drammatiche. La risposta autoritaria, ad esempio, con la sua pretesa di far leva sulla forza per restituire alla storia ordine e intelligibilità, esprime anzitutto un rifiuto del tempo. Da molti, invero, sono state rimarcate le componenti psicologiche dell'adesione convinta a regimi illiberali da parte di una borghesia che pure era figlia dell'ottocento liberale²⁶: l'individuo disorientato da una società ormai socialmente stratificata e imprevedibile, si illude di poter riconquistare le proprie sicurezze grazie all'azione decisa di uno Stato prepotente e pianificatore, fino a confondere il valore della certezza con la sua versione parodica e così svendere il dettato chiaro e distinto del moderno legislatore in cambio delle parole d'ordine urlate nelle rassicuranti liturgie identitarie²⁷.

Un rapporto decisamente diverso con il tempo sembra assunto dalle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra. Emblematica, in tal senso, è l'esperienza della Costituzione italiana, e non solo per la felice sintesi tra le diverse anime della società italiana dell'epoca, rappresentate in una costituente finalmente eletta a suffragio universale. Il mutamento di paradigma è netto: anziché cercare di dominare il futuro, anticipandolo mediante il calcolo, anziché illudersi che un perfetto schema di qualificazione normativa possa azzerare l'incertezza, il diritto inizia a volgere lo sguardo avanti a sé, ad interrogarsi su come potrà essere una società futura e individuare i valori che dovranno ispirarla²⁸. Ecco che, per potersi orientare in una società sotto molti profili pluralistica, il diritto ha bisogno non solo di norme, ma di principi che fungano da bussola.

24 Giannini 1988: 35 ss.

25 Il riferimento è anzitutto a Irti, 1999: 113 ss.

26 Invero, già in tempo reale, basti pensare al classico di Fromm 1980: 127 ss. e, con specifico riferimento all'esperienza del nazismo, 181 ss.

27 Scrive Grossi che il fascismo, "tende – con il plauso dei ceti economicamente più forti – alla creazione di uno Stato autoritario, ma, avendo conquistato il potere rispettando le regole della correttezza costituzionale, procede tenendo ben fissa il proprio volto la maschera del rispetto formale dei procedimenti della tradizione. Sul piano formale, si continua entro l'alveo del vecchio Stato di diritto almeno nella persistente riaffermazione del primato della legge; sul piano sostanziale si pone, però, fine alla pluralità dei partiti, si avvia un'opera capillare di organizzazione e controllo delle masse, si creano istituzioni di fatto lesive dei diritti fondamentali del cittadino" (Grossi 2007: 242-243).

28 La Costituzione del '48, scrive P. Grossi, germinò nel contesto di una società che si caricava finalmente sulle spalle "la responsabilità e l'entusiasmo di costruire il proprio futuro", di "ordinare il presente quale esperimento non effimero ma destinato ad ampliarsi in un futuro amplissimo, indefinito" (Grossi 2015: 14).

Sotto tale profilo, uno dei punti di forza del progetto costituente è stato quello di riconciliarsi con il tempo, di prendere consapevolezza dell'incertezza degli scenari di una società già allora in progressione accelerata, ma tenendo fermo il disegno di ordinarla al fine di tutelare e promuovere la dignità umana. La presa d'atto della legge del tempo incrina la fiducia nella calcolabilità e induce l'uomo a individuare ciò che davvero ha valore. Di qui il ruolo dei principi: se l'orizzonte è incerto, la certezza cui si anela non è più quella della ragione che afferma la sua signoria *sul* tempo, bensì quella dei valori che si vogliono tutelare²⁹.

4. Il postmoderno del diritto e la rivincita del fatto

La cesura rispetto allo scenario della modernità è così netta da suggerire che, nel diritto, il postmoderno sia iniziato con largo anticipo. Non con la fine degli anni '70, dunque – come per il postmodernismo filosofico che segue la crisi delle ideologie e dell'annuncio messianico di una perfetta società terrena – bensì qualche decennio prima: certamente con il risveglio postbellico dal sonno della ragione, ma forse già prima, nei primi decenni del ventesimo secolo³⁰. Sotto questo profilo, i giuristi ci avevano visto lungo: basti pensare a Kelsen, che già nel 1920 annunciava la crisi della sovranità dello Stato³¹ e la sua progressiva apertura alla comunità sovranazionale, e soprattutto a Santi Romano, che dopo aver segnalato i fattori interni di crisi dello Stato³², smascherava la mistificante idea della statualità del diritto, di questo rivalutandone la genesi fattuale³³.

Proprio nel giurista siciliano è chiaramente leggibile la svolta che segna anzitempo la fine della modernità: il diritto mantiene una funzione ordinatrice, ma non è più l'ordinare della ragione calcolante giacché l'istituzione, pur servendosi di norme, dà forma ad una realtà che si genera ed evolve spontaneamente. Il movimento del reale può avere il suo ordine, ma non creato dal nulla, grazie al *fiat* dell'umano

29 Grossi 2015: 607 ss.

30 Sull'opportunità di retrodatare la riscoperta della complessità nel diritto alle intuizioni di alcuni autori della prima metà del XX secolo, in specie a Santi Romano, v. Grossi, 2007: 219 ss.

31 Kelsen, 1920.

32 Romano 1909: 23, su cui v. Cassese 1987: 507 ss. e Irti 2016: 151 ss. Sulle diverse fasi del pensiero del giurista siciliano, e sul modo in cui, già negli scritti pubblicati sul finire del secolo, prende avvio il cammino di analisi ed elaborazione teorica che condurrà a L'ordinamento giuridico, v. Sandulli 2009: 156 ss.

33 “Se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad avere vita il loro ordinamento, si vede subito che questo non è determinato da una norma precedente”. La stessa origine dello Stato “non è un procedimento regolato da norme; è, come ripetutamente si è messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto” (Romano, 1918: 50-51). Non a caso Romano valorizza la consuetudine, fino al punto da individuare il pregio fondamentale in ciò, che “per mezzo di essa il popolo influisce direttamente e non per il tramite di rappresentanti sulla formazione dell'ordinamento giuridico che deve provvedere ai suoi bisogni e alle sue esigenze, manifestando in essa una “ratio”, non raccolta in una o poche menti che potrebbero errare, ma disseminata, attraverso intere generazioni, in un numero indefinito di menti” (Romano, 1945: 44-45).

legislatore. Il fatto che la realtà si sottragga alla presa della ragione calcolante, in ogni caso, non la condanna alla dissoluzione del senso, al dominio dell'accidente, alla casualità del lancio di dadi. In tal senso, il postmoderno nel diritto assume una sua specificità: il diritto, nel prendere atto dello spontaneo atteggiarsi del reale, non lo abbandona all'anarchia delle forze, ma gli dà forma – una forma in costante formazione³⁴ – così riconciliandosi con il tempo.

E proprio questo nuovo rapporto del diritto con il tempo si registra negli ordinamenti di democrazia costituzionale: ciò, non solo grazie al ruolo che, giusta la lezione della già citata cultura giuridica tedesca di fine Ottocento, giocano le clausole generali nel tenere vivo lo scambio tra l'ordinamento e l'evoluzione dei costumi³⁵, ma soprattutto grazie al nuovo modo di intendere l'interpretazione della legge nel nuovo quadro costituzionale³⁶. Il processo di attribuzione del significato alle parole della legge non è più senza tempo, costretto a ripetere all'infinito la sempre uguale intenzione del legislatore o il "significato proprio" del dettato, ma iscrive intenzione e significati in un processo ermeneutico che guarda alla storia e mantiene i principi come criterio di riferimento.

Di certo vi è che l'esercizio della funzione ordinatrice in un orizzonte multiforme e in costante evoluzione rende più impegnativa e creativa l'opera del giurista. L'ordine va continuamente ricomposto attraverso il tempo e nella consapevolezza ermeneutica che la storia non è fatta di cesure e di nuovi inizi, ma di equilibrio mobile tra dialogo con la tradizione ed immissione di nuovi contenuti³⁷. La legge del tempo non dissolve il senso del diritto, ma gli impone una diversa sensibilità alle domande di giustizia³⁸.

5. Un fatto in cerca di ordine

Del ripensamento della funzione ordinatrice del diritto in nome della sua riapertura alla fattualità vanno valutate tutte le possibili implicazioni. E non si fa riferimento solo al pericolo che, smascherato il mito moderno della certezza, resa osmotica la rigida struttura della fattispecie normativa, ci si consegna all'imprevedibilità delle decisioni, delle corti di giustizia come dell'amministrazione³⁹. Vi è anche il rischio – particolarmente avvertito dalla dottrina nei primi anni del dibattito sulla globalizzazione – che l'interazione tra regola e regolato finisca per nascondere il dominio del fatto sul diritto⁴⁰. Il combinato disposto di crisi della sovranità e

34 Sulla nozione di 'forma in formazione', v. Romano 2010 e Cananzi 2018 e 2016.

35 Dei moltissimi studi sul tema, v. Rodot 1967; Velluzzi 2010; Patti 2016; D'Amico 2017; Sacchi 2021.

36 Per tutti, v. Modugno, 2008: 65 ss.

37 Sul tema vedi Benedetti 2020, spec. § I, "La contemporaneità del civilista" [2004], p. 19 ss. e § 4 "Ritorno al diritto' ed ermeneutica dell'effettività": 109 ss.

38 Vettori 2020, spec. sez. II

39 Pericolo paventato da Irti 2017: 28-31.

40 Irti 2001: 99. Sul punto, Romano 2001.

allargamento degli affari in una dimensione globale porrebbe così le premesse per una rivincita di quei poteri che da sempre anelano ad un mercato senza regole⁴¹.

Lo scenario degli anni a cavallo del millennio, però, presenta caratteristiche che parzialmente contrastano con tali diagnosi, dando ragione proprio all'analisi di Santi Romano: già prima il diritto introduce una norma è il fatto a darsi un ordine⁴². Ma di quale ordine si tratta? Si consideri, ad esempio, la c.d. *lex mercatoria*⁴³, che nasce anzitutto da modelli contrattuali uniformi fatti da clausole standard, condizioni generali, pratiche, ecc., che si sono diffusi a livello sovranazionale, anche grazie all'applicazione che ne hanno fatto le Camere di commercio internazionali. Oppure ai codici di condotta, che nascono da atti di autonomia privata intesi a stabilire canoni di comportamento e di correttezza professionale concernenti gli appartenenti ad una certa arte o professione. Ebbene, in tali tipologie di regolazione extralegislativa, tende a sfumare la separazione tra autore e destinatario della regola: il processo di regolazione non esprime la pretesa ordinatrice di un potere gerarchicamente sovraordinato, bensì nasce dalle esigenze della prassi, dalle necessità delle diverse sfere dell'esperienza e viene condiviso in ossequio alla logica della sussidiarietà. All'astratta razionalità uniformatrice del moderno paradigma normativo si sostituisce la concreta ragionevolezza di una regola che i diversi attori coinvolti, al contempo, contribuiscono a formare e si impegnano a rispettare.

6. Il tempo della complessità e il bisogno di consuetudine

Di tale emergere di un diritto della prassi, vi è un aspetto che merita attenzione ai fini della presente riflessione: sono talora il legislatore e/o le corti di giustizia a individuare in tali fonti dei criteri di integrazione della normativa.

41 Irti 2001: 66 ss.

42 Sul diritto come forma in cui le forze sociali si istituiscono ordinandosi, v. Romano 1918: 42 ss.

43 Sul tema, risale ormai a più di mezzo secolo fa il contributo seminale di Goldman 1964: 180. Il dibattito in Italia è stato sollecitato anzitutto dagli studi di Galgano 1993 e 2005, di Cassese 2006 e di Ferrarese 2000. Ferrarese intravede “nuove forme di ‘intelligenza giuridica’ prodotte al contempo da vari soggetti pubblici e privati, che *accompagnano* la vita dei mercati”, di “un continuo *work in progress*, che progetta sempre nuove condizioni organizzative e soluzioni giuridiche per gli scambi”. Ecco che “i mercati registrano, accanto alle tradizionali misure giuridiche statali, la produzione di nuove forme giuridiche che non hanno più un carattere prestabilito, ma assumono piuttosto modalità adattative” (Ferrarese 2000: 59-60). Tutto ciò assume un indubbio rilievo nel quadro di una riflessione sulla consuetudine, come si evince dagli argomenti di Grossi: “Il diritto della globalizzazione non è puro né intende essere puro: la purezza non rientra tra le sue finalità, ma piuttosto la messa in opera di strumenti azzeccati ed efficaci di immediata utilità per gli operatori economici. Qui non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività (...). Effettività significa per l'appunto questo: un *fatto* è così azzeccato, è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano, e non perché sia specchio fedele di qualcosa che sta in alto ma perché ha in sé una forza (e, se vogliamo, una capacità persuasiva) che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole” (Grossi 2006:289-290). In una prospettiva del tutto diversa, com'è noto, è la lettura in chiave normativistica del rapporto tra diritto ed economia globale con fine tenacia proposta Natalino Irti (ad es. Irti 2001: 70-71 e 84 ss.).

Si tratta di un fenomeno di particolare interesse. Natalino Irti, ad esempio, uno degli autori più critici nei confronti del pericolo di una globalizzazione declinata nel segno di un mercato senza regole, ha sottolineato come siano gli stessi ordinamenti giuridici, da qualche anno a questa parte, a lasciare spazi alla formazione del diritto dal basso⁴⁴. Questa tesi – invero sostenuta dall'illustre civilista per precisare che non si tratta di fonti del diritto in senso proprio – consente di mettere a fuoco una questione di particolare importanza: perché la regolazione in forma di legge arretra e condivide con realtà extrastatali la produzione di regole? Forse perché, come sostenuto da Teubner, nell'assumere un'identità riflessiva, lo Stato avverte i limiti del proprio potere ordinatore e dunque si dispone a condividere la regolazione ai livelli inferiori dell'ordinamento, limitandosi a disegnare il quadro all'interno del quale questi possono operare⁴⁵. E se è così, che cosa determina la difficoltà dello Stato nel mantenere il monopolio della regolazione?

Tra le molte possibili risposte, due sembrano dover essere indicate nel contesto della presente riflessione. La prima riguarda il fenomeno dell'accelerazione del tempo, certo annunciatisi con l'espansione della società industriale e sempre più evidente nel trascorrere del xx secolo fino allo scavalcamento del millennio. Non c'è più tempo: il legislatore – per riprendere la terminologia utilizzata all'inizio – non ha più il tempo necessario ad osservare il fenomeno, costruire uno schema di qualificazione destinato a durare ed emanare una legge che possa spiegare i suoi effetti e riaffermare la sua forza formatrice. La legge non fa in tempo ad entrare in vigore che già si determina un effetto di retroazione ad opera della giurisprudenza, della scienza giuridica, dei destinatari.

Un'altra risposta all'interrogativo sullo spontaneo arretramento del diritto di fonte legislativa ha sempre a che fare con il tempo, ma sotto un diverso profilo. Il fenomeno da regolare, infatti, da un lato è soggetto a cambiamenti così veloci – si pensi alle innovazioni digitali – che, quando diviene oggetto di una disciplina, presenta talora connotati diversi rispetto a quelli considerati dal legislatore nella fase di osservazione, così da far apparire parzialmente superata una legislazione da poco entrata in vigore. Dall'altro, l'oggetto della regolazione presenta una tale specificità tecnica che il legislatore è talora privo delle competenze necessarie a comprenderne ogni aspetto, a valutarne gli effetti: l'unico modo per poterlo disciplinare è far ricorso alle competenze diffuse nel settore di riferimento⁴⁶.

44 Irti 2004: 1 ss.

45 Teubner 2005: 144 e 2012: 11 ss.

46 Tale fenomeno si avverte ad esempio nella bozza di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale pubblicata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021. In una parte significativa del testo, infatti, anziché prescrizioni di dettaglio, il legislatore europeo si limita a individuare gli obiettivi di compliance, lasciando agli operatori una discrezionalità nella scelta delle più idonee modalità per raggiungerli. Si tratta di una scelta che esprime un approccio legislativo flessibile e aperto alla condivisione, cioè alla progressiva individuazione, anche grazie al contributo degli attori coinvolti, delle soluzioni tecnologiche via via più idonee, anche alla luce dell'evoluzione delle conoscenze e delle buone pratiche, a raggiungere quegli obiettivi. Si transita così dalla logica solipsistica del comando ad una coregolazione fondata su principi, fles-

Ecco che l'accelerazione del tempo e la complessità della struttura secondo cui si dispongono le azioni sociali usurano il modello di regolazione delle condotte basato sulla logica della fattispecie astratta e innestano il fatto nella vita di questa, mettendo in crisi la separazione il modello gerarchico fondato sulla separazione tra *top/down* e *bottom/up*.

Di qui l'esigenza di nuovi approcci alla regolamentazione. È la legge stessa, infatti, che nella società contemporanea sembra costretta ad aprirsi alle forme di regolazione extralegislativa. Anzitutto, dovrebbe dirsi, alla consuetudine⁴⁷, ove con essa si intenda una pratica condivisa dagli operatori di uno specifico settore, da essi seguita spontaneamente e consolidatasi nel tempo. In gioco non è solo la competenza tecnica in una materia, ma, inscindibilmente, la conoscenza e valutazione di condotte, prodotti, servizi, del loro impatto su consumatori e utenti, anche in termini di rischi. Fino ad arrivare alla situazione in cui il legislatore invita i destinatari della regolazione a farsi parte diligente, a redigere o comunque a sottoscrivere codici di settore, rinviando ad essi *ex ante*, dunque ancor prima di poterne conoscere il contenuto, come criteri di qualificazione del comportamento nei termini auspicati dallo stesso legislatore.

Siamo davvero lontani dalla solitudine del legislatore moderno. Almeno da quello cui pensava Hobbes, quando ricorreva alla *fictio* del silenzio del legislatore nel tentativo, davvero impervio, di conciliare il rigido imperativismo con il riconoscimento della consuetudine come fonte del diritto⁴⁸. Altro che silenzio: è il legislatore postmoderno che invoca la consuetudine, quasi a chiedere ad essa di liberarlo dal peso di una solitudine fattasi ormai insostenibile.

E, soprattutto, siamo lontani da quel moderno legislatore, che rivendicava per sé il monopolio della regolazione, con la superbia di chi si sente dalla parte della ragione e disprezza ogni regola proveniente da fonti indipendente dalla propria volontà, in specie quella di natura consuetudinaria, come inutile e pericolo retaggio di secoli bui.

Anche perché, se oggi vi è un inutile retaggio del passato, questo è proprio il mito che il vero diritto venga solo dalla legge.

sibile e dinamica: se il fatto si sottrae alla presa della fattispecie è perché – nella vivente realtà che il diritto osserva, prima di poterla qualificare – l'innovazione tecnologica procede ad una velocità tale che il regolatore, anche volendo, non potrebbe disciplinarla mediante rigidi schemi di qualificazione. Tale condivisione della funzione regolatoria tra istituzioni, europee e nazionali, ed attori privati esprime dunque la consapevolezza che la regolazione della complessità non può che svilupparsi in modo flessibile, dinamico ed incentivare la partecipazione attiva al processo regolatorio, facendo leva sull'assunzione di responsabilità degli operatori.

47 Sembrerebbe attuale la tesi di S. Romano secondo cui, premesso che “una savia legislazione deve tenere il massimo conto delle consuetudini, accogliendole o avvicinandosi ad esse quanto più è possibile”, “il riavvicinamento tra le due fonti può esser dovuto, non soltanto alla consuetudine, quando essa assume la nota forma della ‘consuetudo secundum legem’, ma altresì alla legge, se questa segue la tendenza cui si è accennato, nel qual caso si potrebbe ben dire che si ha una ‘lex secundum consuetudinem’” (Romano, 1945: 43-44).

48 “Quando un lungo uso ottiene l'autorità di una legge, non è la lunghezza del tempo che dà l'autorità, ma la volontà del sovrano significata con il suo silenzio (poiché il silenzio è talvolta un argomento di consenso) e non è legge più a lungo di quanto duri il silenzio del sovrano su di essa” (Hobbes 1651: 261).

Riferimenti bibliografici

- Aristotele 1989, *Politica*, II, 1269a, 20, in *Opere*, 9, Laterza, Roma-Bari.
- Benedetti, G., 2020, *Oltre l'incertezza*, Il Mulino, Bologna.
- Cananzi, D.M., 2018, *Formatività e norma. Elementi di teoria estetica e dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli Torino
- Cananzi, D.M., 2016, *Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto*, II ed., vol. 2, Giappichelli Torino.
- Cardilli, R., 2021, *Considerazioni romanistiche sulle 'Generalklauseln'*, in R. Sacchi (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Giuffrè Milano.
- Cassese, S., 1987, Lo Stato, "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita", nei primi anni della rivista di diritto pubblico (1909-1911), in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno".
- Cassese, S., 2006, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari.
- Cassirer, E., 1946, *Il mito dello stato*, Longanesi, Milano 1950.
- D'Amico G., 2017, (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano.
- De Jaucourt, L., *Loi*, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*. Tome nuevieme, 1765.
- De Lubac, H., 1938, *Cattolicesimo. Gli aspetti sociali del dogma*, Jaca Book, Milano 1978.
- Dewey, J., 1918, *La filosofia politica di Hobbes*, in *Scritti politici (1888-1942)*, Donzelli, Roma 2003.
- Di Santo, L., 2012, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Cedam, Padova.
- Falzea, A., 1975, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano.
- Ferrarese, M.R., 2000, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna.
- Giannini, M.S., 1988, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santanillo (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova.
- Grossi, P., 2006, *Globalizzazione diritto e scienza giuridica*, in *Società diritto stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano.
- Grossi, P., 2007, *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari.
- Grossi, P., 2013, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", LXIV.
- Grossi, P., 2015, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari,
- Hobbes, T., *De corpore*,
- Foucault, M., 1975, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino 2014.
- Fromm, E., 1941, *Fuga dalla libertà*, Comunità, Milano 1980.
- Galgano, F., 1993, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna.
- Galgano, F., 2005 *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- Goldman, B., 1964, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in "Archives de philosophie du droit".
- Heidegger, M., 1927, *Essere e tempo*, Longanesi, Milano 1976.
- Hobbes, T., 1651, *Leviatano*, *La Nuova Italia*, Firenze 1987.
- Husserl, G., 1955, *Diritto e tempo*, Giuffrè, Milano 1998.
- Irti, N., 1999, *Leggi speciali (dal monosistema al polisistema)*, in *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano.
- Irti, N., 2001, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari.

- Irti, N., 2004, *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1.
- Irti, N., 2016, Tramonto della sovranità e diffusione del potere, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino.
- Irti, N., 2017, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A., Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna.
- Kantorowicz, H 1906, *La lotta per la scienza del diritto*, Sandron, Milano-Palermo-Napoli 1908.
- Kelsen, H., 1920, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1989
- Laplace, S., 1814, *Saggio filosofico sulla probabilità*, in Id., *Opere*, Utet, Torino 1967.
- Modugno, F., 2008, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Morin, E., 2014 *Insegnare a vivere. Manifesto per cambiare l'educazione* [2014], Raffaello Cortina, Milano 2015.
- Patti, S., 2016, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano.
- Polacco, V., 1908, *Le cabale del mondo legale* [1908], ora in *Opere minori, Parte I*, Modena.
- Rodotà, S., 1967, *Ideologie e tecniche del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 7, I, pp. 83-125.
- Romano, B., 2001, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Romano B., 2010, *Filosofia della forma*, Giappichelli Torino.
- Romano, S., 1909, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in Id., *Lo stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969.
- Romano, S., 2018, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946.
- Romano, S., 1945, *Consuetudine*, in *Frammenti per un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947.
- Sacchi, R., 2021 (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.
- Sandulli, A., 2009, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano.
- Tarello, G., 1976, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna.
- Teubner, G., 2005, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma.
- Teubner, G., 2012, *Codes of Conduct delle imprese multinazionali: effettività e legittimità*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Velluzzi, V., 2010, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano.
- Vettori, G., 2020, *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano.
- von Bulow, O., 2001, *Legge e ufficio del giudice (trad. e postfazione di P. Pasqualucci)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 30, I.
- von Savigny F. C., 1799, , *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in Thibaut, A.F.J. von Savigny F.C., *La polemica sulla codificazione*, ESI, Napoli 1982.

