



Filosofia del diritto

Per un diritto che “non serve”. La cultura giuridica e le sfide della tecnologia

di [Tommaso Greco](#)

1 dicembre 2020

Per un diritto che “non serve”. La cultura giuridica e le sfide della tecnologia*

di Tommaso Greco

Sommario: 1. Il diritto tra arte e tecnologia – 2. Il diritto non “serve” – 3. Il diritto come tecnica – 4. La formazione del giurista e la tentazione dell’algoritmo.

1. *Il diritto tra arte e tecnologia*

Ho trovato stimolante e opportuno l’invito rivolto da Michela Passalacqua al Maestro Michelangelo Pistoletto per l’inaugurazione del corso di laurea, da lei presieduto, in “Diritto dell’innovazione per l’impresa e le istituzioni”. La presenza di un Maestro che ha saputo innovare i sentieri dell’arte aiuta infatti a mettere in chiaro da subito che un corso di laurea come quello che stiamo inaugurando non ha nulla di scontato, ma anzi ha bisogno più di altri di quella *immaginazione* che alla vita individuale e collettiva può venire solo dall’arte.

Non è quindi azzardato il prendere spunto dall’arte per ragionare sul ruolo del diritto nella società tecnologica. Essa produce effetti straordinari sull’animo umano e quindi anche sulla sensibilità giuridica che anima e motiva le nostre riflessioni, le nostre categorie, i nostri concetti. Spesso è proprio l’arte a farci capire meglio quale sia il nostro compito e a indicarci in maniera più chiara la direzione che dobbiamo prendere.

Il discorso potrebbe farsi lungo e quindi è bene interromperlo immediatamente; non prima però di aver citato almeno una prova di quanto ho appena affermato, muovendomi sul terreno proprio della presentazione di oggi, che è quello del rapporto tra diritto e innovazione (prevalentemente tecnologica, ma non solo). Sarebbe lo stesso il nostro atteggiamento nei confronti della tecnologia applicata all'umano senza quella straordinaria opera letteraria che è il *Frankenstein* di Mary Shelley, che ha dato la stura a mille riflessioni di carattere etico e filosofico, orientando i nostri sentimenti e quindi i nostri giudizi?

Forse dovremmo discutere più di quanto non facciamo di questo tema: di quanto l'arte serva al diritto anche in tempi nuovi e complessi, come il nostro. E il discorso si farebbe sommamente interessante. Perché non c'è solo il *Law and Literature* che ormai, e finalmente, sta ottenendo un ampio riconoscimento anche presso i giuristi 'pratici'. C'è un più ampio *Law and Humanities* che fa tesoro dello sguardo proveniente da tutte le Arti^[1], a cominciare da quella, più di altre tecnologicamente condizionata, che è il cinema (e mi pare giusto ricordare che *Cinema e diritto* si intitola un intervento pubblicato qualche anno fa da un illustre civilista pisano, Umberto Breccia, presentato ad apertura di un nostro ciclo di incontri^[2]).

2. Il diritto non “serve”

Devo però affrettarmi a dire qualcosa sul rapporto tra diritto e innovazione, e più specificamente del rapporto tra diritto e tecnologia. Non c'è bisogno di dire che il tema è sterminato e che lo si potrebbe affrontare da diversi punti di vista. È chiaro che noi siamo qui perché ci poniamo *tutti i problemi* che lo sviluppo (tecnologico, ma non solo) pone al diritto e alla scienza giuridica: ce li poniamo, al punto da aver sentito il bisogno prima di creare un centro di ricerca su Diritto e Nuove Tecnologie, e poi di creare questo corso di laurea. Proprio per questo non ci sarebbe nemmeno bisogno di chiarire che quel «diritto *per* l'impresa e le istituzioni» non può significare che siamo qui a insegnare un diritto 'servile' rispetto ai bisogni delle imprese e delle istituzioni. Se non altro perché sia le imprese sia le istituzioni non sono entità naturali rispetto alle quali il diritto può semplicemente mettersi al servizio; ma sono esse stesse frutto e prodotto del diritto. Senza il diritto, senza le sue regole, senza le sue architetture non sarebbe possibile né l'impresa né una qualsiasi forma di istituzione (tornerò su questo tema tra poco). Se sul piano delle istituzioni un'affermazione come questa appare evidente, essa va confermata soprattutto con riguardo all'impresa: un soggetto che vediamo spesso come una sorta di hobbesiano individuo naturale, slegato da qualsiasi relazione e soprattutto sottratto a qualsiasi legge che non sia quella della pura sopravvivenza a danno di tutto e di tutti. Come ha ben spiegato più volte Natalino Irti, senza struttura giuridica non c'è possibilità che si sviluppino le condizioni per lo sviluppo né del

mercato né dei suoi protagonisti[3].

3. *Il diritto come tecnica*

Occorre essere coscienti che il diritto non è solo un sapere che, tra le altre cose, si occupa del mercato o della tecnologia facendone oggetto di regolazione. È esso stesso una tecnica: certo, non *solo* una tecnica (come forse voleva il più grande giurista del XX secolo, Hans Kelsen), ma *anche* una tecnica. Una tecnica che non solo permette di fare cose ben precise, ma che a volte si spinge fino a rendere possibili ‘realità’ che non esisterebbero senza di essa. Non mi addentro nella complicata questione delle norme costitutive, e meno che mai nella affascinante riflessione di John Searle sull’ontologia sociale e sui cosiddetti “fatti istituzionali”[4], ma è abbastanza comprensibile anche ai profani che alcune delle ‘cose’ che nominiamo o facciamo, esistono solo perché è il diritto ad averle rese possibili: si pensi al matrimonio, ad esempio, o all’adozione, o al concetto di proprietà. Oppure si pensi a tutto ciò che ha a che fare con le istituzioni di ogni livello: qui niente esiste prima del diritto e senza il diritto. Ogni istituto e ogni istituzione ha una storia che non ci sarebbe mai stata senza l’immaginazione che sapienti giuristi seppero mettere in campo al momento opportuno. Da questo punto di vista, il diritto è certamente «arte fra altre arti». Come ha scritto Francesco Galgano, infatti, è arte «anche l’inventare figure giuridiche nuove, atte a innovare le forme della convivenza umana»[5].

Il diritto quindi come tecnica preziosa, ma anche, lo sappiamo bene, potenzialmente pericolosa: perché sono sempre le sue regole a rendere possibili o a legittimare cose che non necessariamente corrispondono al nostro senso della giustizia. Come deve comportarsi il diritto rispetto a ciò che la tecnica rende possibile con i suoi potenti mezzi? Deve limitarsi a fare da “regolatore del traffico”, oppure deve spingersi più in là, magari ponendo anche qualche divieto di accesso e di transito? Se uso la parola ‘traffico’ è proprio per evocare l’idea di individui che si muovono, ciascuno alla ricerca del proprio interesse, e che si trovano a incrociare il proprio cammino con quello di altri. Vogliamo che le traiettorie di questi cammini siano lasciati ad una più o meno spontanea ricerca di un “ordine”, o più probabilmente “disordine”, oppure vogliamo che essi siano, se non indirizzati verso uno scopo (lungi da noi ogni ipotesi paternalisticamente orientata) quanto meno impossibilitati a prendere alcune direzioni che riteniamo pericolose? A saperla interrogare, la storia — non solo quella con la S maiuscola, ma anche la storia della tecnologia — ci insegna che la libertà non è mai il semplice frutto dell’assenza di regole; anzi ci dice che là dove non si disponga di regole, si ha solo il dominio del più forte sul più debole[6]. La libertà non nasce né cresce in assenza di leggi, ma è il risultato di leggi giuste che la definiscono e la stabiliscono, garantendola per tutti.

Ci troviamo dunque, ancora una volta, davanti al dilemma che accompagna il diritto fin dalle sue origini. Oggi, come ieri e come sempre, infatti, esso deve — cioè: i suoi cultori devono — scegliere se stare dalla parte di chi domina, ed essere quindi strumento del forte che domina sul debole, oppure se approntare quelle soluzioni che stabiliscono una libertà comune entro la quale anche i deboli possano essere garantiti e non asserviti. Solo un diritto che “non serve”, ma che afferma la sua funzione critica nei confronti dei grandi poteri, può fare in modo che nel mondo non ci siano “servi” ma “liberi”. Il compito più proprio del diritto, quello che non lo riduce a puro strumento, è sempre quello di riconoscere, definire e limitare ogni nuovo potere che emerga dalla dinamica economica e sociale.

4. La formazione del giurista e la tentazione dell'algoritmo

Tutto ciò ci porta a ribadire, qualora ce ne fosse bisogno, che il lavoro del giurista va sempre al di là di un compito meramente tecnico. È sempre bene ricordare che non c'è lavoro tecnico su questi temi: perché quando io mi metto al lavoro da “tecnico” su questioni generate dal progresso tecnologico, e che quasi sempre sono estremamente delicate sul piano etico (si pensi, per fare un solo esempio, alla maternità surrogata) col solo fatto di applicarmi e qualunque sia la mia idea su quel tema, sto mettendo in campo ben più che un sapere “tecnico”. Anzi, più penso di agire da tecnico, più legittimo la pratica di cui mi sto occupando.

Ecco perché bisogna avere piena contezza del compito che ci spetta e che ci aspetta: quello di formare un giurista creativo e costruttivo[7], perfettamente consapevole del suo ruolo, che non è quello di andare ad avvitarre i bulloni che la tecnica, l'economia, le istituzioni ci mettono davanti. Il nostro compito è di formare un giurista *critico*, cosciente del ruolo che andrà a svolgere nella società del futuro, e dunque capace di esercitare pienamente e attivamente la funzione che gli compete e che la società stessa si aspetta che svolga.

Questo è tanto più vero in una realtà che assume connotati nuovissimi rispetto a quella precedente, e nella quale il diritto si trasforma profondamente proprio grazie alla tecnologia. Posso limitarmi, su questo argomento, a poco più di una battuta. Oggi si apre uno scenario nuovo nel quale il diritto è *affascinato dall'algoritmo*, e non per una fascinazione estrinseca o estemporanea, ma perché l'algoritmo sussurra al nostro orecchio che esso può risolvere il problema atavico del diritto stesso: quello dell'incertezza e dell'inefficacia. Un diritto che si applichi automaticamente, sulla base di uno schema binario come quello digitale, è il sogno nascosto di ogni utopia (o distopia) centrata sull'ordine giuridico. Non sto evocando lo ‘spettro’ più o meno futuristico del giudice telematico[8], sto parlando di cose che abbiamo sotto gli occhi e che fanno già ampiamente parte della nostra vita quotidiana. La telecamera posta a guardia di

un varco ztl è incomparabilmente più efficace di un'intera truppa di vigili urbani. Ma se è chiaro cosa si guadagna, siamo altrettanto consapevoli di cosa si perde procedendo alla digitalizzazione del diritto? Possiamo ridurre tutte le questioni sociali che devono essere giuridicamente regolate allo schema “sì/no”, “dentro/fuori”? Quanta capacità di giudizio e di discernimento — e quindi: quanta saggezza giuridica — perdiamo procedendo su questa strada?

C'è comunque un fatto di cui dobbiamo fare tesoro: sebbene non sappiamo fino a che punto il diritto possa automatizzare il suo funzionamento, sappiamo però che anche il diritto più meccanico non può fare a meno dell'uomo chiamato a dare le ‘istruzioni’ che gli servono per far funzionare i suoi meccanismi: di nuovo, cioè, a fissare limiti e a porre condizioni.

Occorre quindi avere molta immaginazione, di qui in avanti, per rendere possibili cose che oggi pensiamo impossibili e soprattutto per evitare che il diritto sia sopraffatto e travolto dalla forza dei nuovi poteri. Ma per farlo, bisogna studiare e prepararsi adeguatamente. Non è possibile rinnovare un paesaggio senza prima conoscerlo profondamente e senza avere piena consapevolezza del contributo che possiamo ricevere da quelle realtà che solo apparentemente sono estranee a quel paesaggio. Il diritto che deve confrontarsi con un mondo ipertecnologico ha bisogno di imparare anche dall'arte e dalla letteratura, così come ha bisogno di conoscere la tecnica che vuole regolare e, ovviamente, di padroneggiare la tradizione giuridica che gli fornisce gli strumenti essenziali per farlo. Se è vero, come ha detto il Maestro Pistoletto in una sua intervista, che «le cose rimangono impossibili finché non vengono pensate», occorre ribadire che il pensiero, anche quello più innovativo, non nasce dal nulla ma cresce in una tradizione che è capace di coltivarlo nella maniera migliore, e cioè con la maggiore apertura possibile anche a ciò che gli è (apparentemente) estraneo.

* Intervento alla cerimonia di inaugurazione del corso di laurea in *Diritto dell'innovazione per l'impresa e le istituzioni*, Palazzo della Sapienza, Pisa, 27 ottobre 2020.

[1] Ottima l'introduzione di P. Heritier, *Humanities. Umanesimo e svolta affettiva*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 441-468.

[2] U. Breccia, *Cinema e diritto*, in «ISLL. Italian Society for Law and Literature», 2/2010. Si veda però il recentissimo volume a cura di O. Roselli, *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, Giappichelli, Torino 2020.

[3] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 1998.

[4] Il testo da cui muovere per avvicinarsi a questa riflessione, fondamentale anche e soprattutto per i giuristi, è J. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino 2006.

[5] F. Galgano, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione tra le culture*, Editrice Compositori, Bologna 2009, p. 11-12.

[6] Idea tipica, questa, della tradizione repubblicana, sulla quale si veda l’ottima introduzione di M. Viroli, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari 1999.

[7] Non posso che rimandare a un lavoro che andrebbe letto e meditato da quanti sono impegnati nella formazione giuridica: G. Pascuzzi, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell’innovazione giuridica*, Zanichelli, Bologna 2018.

[8] In una letteratura che sta diventando sempre più ampia mi limito a segnalare: A. Garapon-J.Lassègue *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, Paris 2018; C.V. Giabardo, *Il Giudice e l’algoritmo (in difesa dell’umanità del giudicare)*, in «Giustizia Insieme», 9 luglio 2020 (www.giustiziainsieme.it).
