



Diritto e società

Goodbye Kelsen? Sulla mutazione algoritmica del diritto

Volume di N. Lettieri, *Antigone e gli algoritmi*

di [Tommaso Greco](#)

10 aprile 2021

Goodbye Kelsen?

Sulla mutazione algoritmica del diritto **Recensione al volume di N. Lettieri, *Antigone e gli algoritmi*, Mucchi Editore, Modena 2020*.**

di *Tommaso Greco*

Ordinario di filosofia del diritto, Università di Pisa

1. Che il diritto possa funzionare ‘automaticamente’ rappresenta, da diversi secoli, un sogno e un incubo al tempo stesso. Un *sogno*, perché l’idea di un sistema di regole che si applichi in maniera certa, razionale, e per così dire inesorabile, appartiene al ‘progetto giuridico’ moderno, rappresentandone in qualche modo il nucleo fondativo (basti pensare alle polemiche dell’illuminismo giuridico contro il particolarismo di *ancien régime*). Ma anche un *incubo*, poiché proprio la realizzazione di questo sogno costituirebbe l’esito finale di un percorso di allontanamento del diritto da tutto ciò che appare propriamente umano. Non è un caso che quella del giudice-robot sia una fantasia (ormai non più relegata alla letteratura fantascientifica) che appartiene ad un mondo governato interamente dalle macchine.

Sospesi tra sogno e incubo, quel che certamente possiamo dire, oggi, è che il “tecnodiritto” appartiene ormai al nostro *destino*, come dimostra ampiamente Nicola Lettieri in un breve ma densissimo volumetto intitolato *Antigone e gli algoritmi*: un lavoro attento sia ai profili teorici che a quelli pratici, e che è pubblicato appropriatamente in una collana (diretta da Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti per Mucchi editore) che si intitola “Prassi sociale e teoria giuridica”.

La constatazione che «algoritmi e intelligenze artificiali governano settori sempre più ampi delle nostre esistenze» conduce l'autore ad una rassegna degli aspetti salienti della tecnoregolazione, accompagnata costantemente da una messa in evidenza dei suoi profili problematici: ciò che dovrebbe portare, a parere di Lettieri, a una seria presa in considerazione della necessità e delle possibilità di ‘disobbedienza’ che anche (o forse a maggior ragione) il diritto algoritmico si porta dietro, come è avvenuto per ogni forma che la giuridicità ha assunto nella storia e nelle società umane.

2. Sappiamo tutti, da tempo, che gli algoritmi sono entrati nella nostra vita, condizionandola continuamente. Di questo, non solo non ci facciamo un problema, ma siamo pure contenti, ad esempio, quando grazie a questi meccanismi possiamo ricevere notifiche e pubblicità coerenti con i nostri gusti e le nostre passate interazioni telematiche. Non avvertiamo affatto che sia in gioco una diminuzione della nostra libertà. Del fatto che però gli algoritmi siano alla base di una «incorporazione delle norme giuridiche all'interno di sistemi *hardware* e *software* capaci di condizionare in modo più o meno stringente il [nostro] comportamento», non solo non ci preoccupiamo, ma non siamo nemmeno sufficientemente consapevoli. Eppure, come spiega bene Lettieri, siamo continuamente soggetti a pratiche giuridiche governate dagli algoritmi: «contratti ad esecuzione automatica; sistemi di controllo che abilitano o impediscono automaticamente azioni in contesti di interazione mediat dalla tecnologia; agenti intelligenti che mettono in atto strategie di persuasione al rispetto delle regole; sistemi di controllo e *rating* sociale nei quali algoritmi di valutazione stabiliscono quali sono i servizi a cui i cittadini possono accedere». Tutto questo sta già governando le nostre vite, ed è dunque urgente che si cominci a ragionarne.

3. Vorrei qui sottolineare soprattutto due elementi di novità — che possiamo definire ‘strutturale’ — emergenti dall'analisi di Lettieri: in primo luogo, il tecnodiritto ha un forte impatto sulla fenomenologia delle norme; in secondo luogo, esso incide profondamente sul modo di operare del diritto all'interno delle relazioni sociali.

Con riguardo al primo profilo viene messo in luce come si stia «materializzando una forma inedita di *ius positum*», derivante soprattutto dal fatto che il diritto non sia più legato a norme certe e conoscibili *ex ante*, ma sia invece sempre più determinato da algoritmi che compiono

«operazioni di tipo classificatorio e predittivo». In altre parole, le norme giuridiche si presentano come esito di regolarità estratte dai dati raccolti dalle macchine anziché come il frutto di decisioni e deliberazioni umane. Da ciò derivano numerosi e gravi problemi sui quali Lettieri insiste ripetutamente (e sui quali qui non è possibile soffermarsi neppure brevemente): rischi di abusi e discriminazioni, rischio di distorsioni ed errori, mancanza di trasparenza e responsabilità, lesione del diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali, difficoltà o addirittura impossibilità di una critica del diritto che faccia emergere il più generale problema dei limiti «all'esercizio del diritto di difesa e alla possibilità di contestare la legittimità delle regole giuridiche» che una tale modalità regolatoria comporta.

Non meno problematico appare il secondo profilo, quello relativo ai modi in cui di fatto opera il diritto algoritmico. Dopo aver genericamente affermato che «le norme del tecnodiritto incidono sulla sfera giuridica individuale in modi nuovi, immediati e penetranti», Letteri scrive molto efficacemente che la tecnologia «è in grado di imporre vincoli comportamentali caratterizzati da un livello di incisività e immediatezza spesso molto superiori rispetto a quello delle norme giuridiche. Mentre queste ultime si limitano infatti a stabilire ciò che le persone *devono* o *non devono* fare, gli artefatti tecnologici hanno la capacità di determinare in maniera diretta ciò che le persone *possono* o *non possono* fare, rendendo superfluo l'intervento di una autorità di controllo che punisca, *ex post*, coloro che hanno violato la legge».

Il punto è estremamente rilevante e va ulteriormente sottolineato. Che la tecnologia si stia sostituendo al diritto e che sia, per così dire, «più convincente», lo sperimentiamo ad esempio quando ci mettiamo alla guida di un'automobile e allacciamo la cintura di sicurezza, soprattutto per evitare certi suoni infernali e persistenti. Ma qui si tratta di altro. E se Lettieri parla di una «sovrapposizione tra giuridicamente lecito e tecnologicamente consentito», forse si può andare ancora oltre. Più che una sovrapposizione, si sta realizzando una vera e propria 'con-fusione': una trasformazione del 'giuridico' mediante il suo assorbimento all'interno delle architetture tecnologiche. In virtù di questa trasformazione il diritto sembra allontanarsi da quel meccanismo della imputazione normativa su cui Hans Kelsen aveva insistito per segnare la differenza tra il funzionamento delle norme giuridiche e quello delle leggi naturali. Il meccanismo giuridico, insomma, non funziona più sulla base di un nesso di imputazione ma si sposta nello spazio della causalità naturale, spingendosi in un territorio nel quale valgono nessi causali di tipo immediato e meccanico. E difatti, con l'impiego degli automatismi governati dalle macchine, non c'è da attendere che siano gli operatori giuridici a ricondurre le conseguenze giuridiche al fatto rilevante: esse si producono necessariamente e automaticamente. Come appunto nota Lettieri, l'intervento di coloro che sono chiamati ad applicare la norma *ex post* è

del tutto inutile: la norma, per così dire, si applica da sola senza bisogno di alcuna mediazione.

4. A queste trasformazioni che ho chiamato “strutturali” si lega un ulteriore elemento, che pur non trattato esplicitamente da Lettieri può essere rintracciato come sottofondo di alcune sue analisi. Il diritto algoritmico — o tecnodiritto, che dir si voglia —, per il modo stesso in cui è chiamato a funzionare e per la natura degli strumenti che gli permettono di produrre i suoi effetti, ha necessariamente un'*anima binaria*, che rischia di inquinare pesantemente il nostro approccio al diritto e alle sue grandi risorse regolatorie. Pensare il diritto secondo schemi algoritmici vuol dire operare sulle relazioni sociali mediante schematismi che siano riconducibili al “sì/no”, “dentro/fuori”, “accettato/respinto”, e così di seguito secondo la logica dicotomica che è propria del digitale. Apparentemente una semplificazione utile alla regolazione sociale, ma in realtà foriera di molti rischi sul piano della considerazione delle tante dimensioni di cui una norma giuridica (e chi decide in base ad essa) dovrebbe essere capace di farsi carico.

Si aprono, a questo proposito una serie di interrogativi assai rilevanti. Quante sono le questioni, i problemi, le relazioni che possiamo ricondurre ad una logica binaria senza produrre una grave perdita in termini di considerazione di tutti gli elementi formali e materiali che devono entrare in una decisione giuridica (a cominciare dal momento in cui viene formulata la norma)? Quali sono i costi della digitalizzazione del diritto? Quanto influisce la dicotomizzazione delle opzioni anche sui modi dell'ubbidienza in termini di responsabilità e di riconoscimento delle reciproche aspettative?

Forse, sul piano dell'umanizzazione del diritto, questi sono prezzi ancora più alti rispetto a quelli che rischiamo di pagare sul piano delle garanzie di uno stato di diritto. Perché se da un lato è paradossale che, nell'epoca dell'assoluta trasparenza, il diritto diventi nuovamente opaco, tornando a nascondersi dentro il corpo di una macchina come un tempo si nascondeva dentro il corpo del giurista (si veda il celebre e significativo quadro di Arcimboldo del 1566), dall'altro lato è forse inaccettabile che per rendere più efficaci le regole le si allontanano abissalmente dal ‘mondo’ per il quale esse sono chiamate a funzionare.

5. Sono ancora molti i profili presenti nella trattazione di Lettieri e non è possibile darne conto qui nemmeno sinteticamente. Da ciò che si è potuto riportare si intuisce comunque quanto sia cruciale l'approccio critico, al quale egli richiama soprattutto la filosofia del diritto (*Un approccio giusfilosofico* è, tra l'altro, il sottotitolo del volume), ma che forse può essere inteso come un richiamo che vale per tutta la cultura giuridica, e non solo per quella accademica, ma per la cultura giuridica diffusa tra operatori e cittadini. Se il tema del ruolo che il diritto deve assumere di fronte alla (o addirittura dentro la) tecnologia è tema che interessa soprattutto i giuristi,

chiamati ad assumere un ruolo che non sia puramente passivo e ‘servente’ rispetto alle evoluzioni tecnologiche, quello della responsabilità nel prendere decisioni è tema che invece non può non riguardare ogni cittadino, dal momento che gli automatismi giuridici possono «portare all’indebolimento dei meccanismi di autocontrollo e a un depotenziamento del valore e della componente morale sottesa alla decisione di osservare la norma». Si potrebbe aggiungere, anche qui, che non si tratta di un problema esclusivamente morale ma sibbene giuridico, poiché l’ubbidienza al diritto è tema che non può essere mandato fuori dal diritto stesso senza indebolire ulteriormente la funzione — non solo ordinativa, ma pure emancipatoria — che esso svolge nei contesti sociali.

Che si tratti insomma di un tema che tutti dobbiamo prendere a cuore lo si capisce dal fatto che le «azioni emergenti di disobbedienza e resistenza» alle quali Lettieri dedica una parte importante del volume (e che sono evocate fin dal titolo del lavoro, mediante la figura di Antigone) possono essere efficaci soltanto se tutti diveniamo consapevoli di quanto sta avvenendo e se tutti capiamo i meccanismi di funzionamento del mondo tecno-normativo che ci sta avvolgendo sempre più intensamente. È difficile dire quanto le varie forme di resistenza evocate da Lettieri possano essere efficaci, ma certo non possiamo più prendere sottogamba la trasformazione che già stiamo vivendo. Occorre di qui in avanti lavorare attentamente sul problema che *Antigone e gli algoritmi* denuncia così chiaramente. Sui modi e sul funzionamento del diritto si sta già giocando una partita cruciale che ha a che fare, più che con la tecnica giuridica, con tutto ciò che è profondamente ed essenzialmente *umano*.

* Pubblicato contemporaneamente su «Scienza & Pace Magazine» (<http://magazine.cisp.unipi.it/>)