

FRANCESCA POGGI

Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti

Ma chi diavolo siete? – domandò Folk indignato.

Noi – disse Majikthise – siamo Filosofi.

*Anche se possiamo non esserlo – precisò Vroomfondel menando un
minaccioso indice contro i due programmatori.*

*Sì, lo siamo – insistette Majikthise – siamo qui in qualità di
rappresentanti dell'Unione Amalgamata dei Filosofi, Saggi, Luminari e
Altre Persone Pensanti, e pretendiamo che questa macchina venga
disattivata, e disattivata immediatamente.*

Perché? Qual è il problema? – domandò Lunkwill.

*Ve lo dico io qual è il problema, amico – attaccò Majikthise – La
demarcazione, ecco qual è il problema!*

*Le macchine devono solo far di conto – proseguì ora minaccioso
Majikthise – Sta a noi occuparci delle verità eterne. Avete bisogno di
dare una regolata alla vostra posizione legale, vecchi miei. Secondo la
legge, la ricerca delle Verità Ultime è chiaramente prerogativa
inalienabile degli operatori del pensiero. Non vorrete mica che una
qualsiasi fottuta macchina trovi lei le risposte e ci lasci senza lavoro, eh?*

D. ADAMS, *Guida galattica per gli autostoppisti*

La metafora del diritto come macchina può essere impiegata e, di fatto, è stata impiegata a fini diversi, per sottolineare caratteristiche differenti del diritto, che, per l'appunto, sembrano assimilarlo ad un congegno meccanico. Tra i diversi impieghi di questa metafora, almeno i seguenti appaiono particolarmente diffusi e significativi.

In primo luogo, il diritto è stato assimilato ad una macchina sotto il profilo della sua artificialità: il diritto come creazione, prodotto umano, come congegno per ottenere determinati risultati – anzi, per ottenere *qualsiasi* risultato – e, in particolare, per conseguirli attraverso la direzione del comportamento, l'imposizione di determinate condotte.

In secondo luogo, la metafora del diritto come macchina ben incarna gli ideali – illuministici, ma non solo – di un diritto certo perché prevedibile. Un diritto calcolabile perché composto da regole precostituite,

chiare, non defettibili, generali e astratte; un diritto calcolato, perché applicato in maniera imparziale da un giudice *bouche de la loi*.

In terzo luogo, una concezione diffusa (invero molto simile, ma non identica, a quella precedente) assimila il diritto ad un calcolatore che funziona mediante un codice binario ('lecito/illecito', 'permesso/vietato', ecc.) ed è strutturato secondo criteri di razionalità formale: un sistema precostituito di norme applicabili solo in quanto rispondono a determinati criteri interni. Al riguardo si parla talvolta di 'formalismo pratico' per designare la posizione secondo cui il diritto è una «macchina razionale per prendere decisioni»¹, una tecnica di scelta fondata su norme generali e astratte, selezionate, a loro volta, in base ad altre (meta)norme. Il formalismo pratico costituisce un evidente *trait d'union* tra le concezioni precedenti e, pertanto, ne mette bene in risalto le connessioni reciproche: considera il diritto come una creazione artificiale per orientare i comportamenti e, in particolare, le scelte pratiche, mediante norme precostituite, generali e astratte che, a loro volta, sono considerate applicabili solo se legali, solo se soddisfano i criteri stabiliti da altre norme.

Questi aspetti di somiglianza tra diritto e macchina sono piuttosto noti, ragioni per cui non mi ci soffermerò; piuttosto vorrei spendere qualche parola sui limiti di questa somiglianza: limiti che si articolano diversamente a seconda del modo in cui viene declinata la metafora in questione. Non entrerà nel merito di tali limiti, non prenderò posizione circa la loro tenuta, ma mi accontenterò di enumerarli, sperando che ciò sia sufficiente a mostrare come la metafora del diritto come macchina non sia affatto pacifica e immune da falle, ma queste siano ben diverse rispetto a quelle evidenziate da Tuzet.

Contro l'idea del diritto come prodotto umano, come macchina creata dagli uomini per ottenere qualsiasi fine mediante la direzione del comportamento, si possono avanzare e, storicamente, sono stati avanzati, almeno due ordini principali di obiezioni.

Da un lato, si può negare il carattere artificiale del diritto, sostenendo che il "vero" diritto sia iscritto nel cosmo, nella natura delle cose, o, comunque, si identifichi con una morale oggettiva immutabile (che gli uomini devono scoprire e non creare).

D'altro lato, si può criticare l'idea secondo cui il diritto sia un mezzo per conseguire *qualsiasi* fine, sostenendo che, per contro, il diritto non possa o, in ogni caso, di fatto non abbia, qualsiasi contenuto e, pertanto,

¹ M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 124. Sul punto cfr. anche M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980.

non costituisca un mezzo per raggiungere qualsiasi scopo. Sotto questo profilo rileva sia la tesi giusnaturalista secondo cui il diritto positivo deve (in senso normativo) conformarsi al diritto naturale per essere valido e vincolante, sia l'idea, sostenuta anche da Hart², secondo cui il diritto deve (in senso fattuale) possedere almeno alcuni contenuti (posto che, altrimenti, non otterrebbe il consenso neppure dei funzionari e, quindi, non esisterebbe), sia, infine, le tesi (di ascendenza, rispettivamente, durkheimiana e marxiana) secondo cui, di fatto, il diritto, si limita a sanzionare aspettative e condotte diffuse in cui si esprime la solidarietà sociale o che sono solidali con gli interessi della classe dominante.

Com'è evidente, quest'ultimo ordine di critiche non vale a negare la somiglianza tra diritto e macchina (in generale, e, in particolare, sotto il profilo dell'artificialità), ma si limita solo a contestare che il diritto sia assimilabile ad una macchina di un certo tipo: ad un congegno in grado di imporre efficacemente *qualsiasi* condotta per ottenere *qualsiasi* fine.

La caratteristica dell'artificialità è sottolineata anche da Tuzet il quale osserva che «il diritto non è un artefatto materiale, come un martello o un telefono, non è una macchina, bensì una creazione intellettuale socialmente riconosciuta»³. Ciò è ben vero, ma non vale come critica alla metafora in questione posto che si tratta, per l'appunto, di una metafora e, almeno secondo un'opinione diffusa, le metafore (e la nostra comprensione delle stesse) si fondano proprio sulla falsità letterale di ciò che è detto⁴.

² Si tratta, ovviamente, del notissimo passo sul contenuto minimo del diritto naturale: cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961; trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, cap. IX, § 2.

³ G. TUZET, *Sul possibile moto della macchina*, in "Ann. Univ. Ferrara, Sc. giur., Nuova Serie", XXI, 2007, p. 108.

⁴ Così, ad esempio, Grice sostiene che le metafore costituiscano delle violazioni talmente palesi della prima massima di qualità, 'Dite cose che credete vere', da consentire all'ascoltatore di inferire che il parlante non abbia inteso ciò che ha detto in senso letterale, come un giudizio di identità, bensì come un giudizio di somiglianza rispetto a certe caratteristiche: cfr. P.H. GRICE, *Logic and Conversation*, manoscritto delle William James Lectures alla Harvard University, lezione II, 1967, ed. in P. COLE, J.L. MORGAN (eds.), *Syntax and Semantics – Speech Acts*, Academic Press, New York-London, 1975, pp. 41-58. Un trattamento delle metafore molto simile a quello proposto da Grice si trova in D. DAVIDSON, *What Metaphors Mean*, in "Critical Inquiry", 5, 1978, pp. 31-47; trad. it. *Che cosa significano le metafore*, in D. DAVIDSON, *Verità e interpretazione*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 337-360. Sul tema delle metafore cfr. anche M. BLACK, *How Metaphors work: A Reply to Donald Davidson*, in "Critical Inquiry", 6, 1979, pp. 131-143; N. GOODMAN, *Metaphor as Moonlighting*, in "Critical Inquiry", 6, 1979, pp. 125-30; E. CAMP, *Contextualism, Metaphor, and What is Said*, in "Mind and Language", 21, 2006, pp. 280-309; i saggi raccolti in A. ORTONY (ed.),

Contro l'ideale di un diritto meccanico perché certo, prevedibile, preconstituito e imparzialmente applicato si può obiettare o che tale ideale non merita di essere perseguito, perché, ad esempio, è preferibile una giustizia del caso concreto, oppure che tale ideale non è di fatto raggiungibile. A quest'ultimo riguardo è frequente sostenere che il diritto non può essere sempre (e completamente) predeterminato (né, pertanto, può essere sempre prevedibile) almeno per le seguenti ragioni:

- (i) perché gli ordinamenti giuridici reali contengono spesso delle lacune normative;
- (ii) perché gli ordinamenti giuridici contengono necessariamente delle lacune normative, dal momento che è impossibile prevedere ogni caso futuro;
- (iii) perché gli ordinamenti giuridici reali presentano spesso delle antinomie non risolvibili con criteri intra-ordinamentali;
- (iv) perché, stante l'ineliminabile vaghezza e ambiguità del linguaggio naturale in cui il diritto è formulato, l'interprete gode sempre di un margine insopprimibile di discrezionalità;
- (v) perché la scelta di considerare o no una norma come defettibile dipende dalla discrezionalità (se non dall'arbitrio) dell'interprete.

A mio giudizio, è proprio contro questa declinazione della metafora del diritto come macchina che avrebbe potuto innestarsi una critica estrapolabile dai passi di Wittgenstein citati e tanto accuratamente commentati da Tuzet. Si sarebbe potuto argomentare che il diritto non è assimilabile, neppure in senso metaforico, ad una macchina perché il diritto è un fenomeno essenzialmente linguistico e, come sostenuto da Wittgenstein, il linguaggio non funziona come una macchina (sempre che Tuzet abbia ragione e sia questa l'interpretazione preferibile degli oscuri passi wittgensteiniani)⁵. Tuzet, invece, sviluppa dalle *Ricerche Filosofiche* una

Metaphor and Thought, Cambridge University Press, Cambridge 1979 e in M. JOHNSON (ed.), *Philosophical Perspectives on Metaphor*, University of Minesota Press, Minneapolis 1981.

⁵ Certo Wittgenstein rifiuta l'idea che intendere e comprendere siano processi dipendenti da meccanismi mentali (cfr., ad esempio, A. KENNY, *Wittgenstein*, Penguin, London 1973, cap. VIII) ma non sono certa che sia questo il senso dei paragrafi in questione (né che ciò equivalga a sostenere che il linguaggio non sia assimilabile ad una macchina). In questi passi Wittgenstein si sta domandando in cosa consista l'attività del comprendere e se e come sia possibile cogliere istantaneamente, "d'un colpo solo", l'impiego, il senso, di una parola (L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford 1953; trad. it., *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino 1967, II ed., 1995, I, 191). Per risolvere tale problema, Wittgenstein sembra sondare la

critica differente, incentrata sul fatto che il funzionamento del diritto richiede il continuo intervento di atti intenzionali compiuti da soggetti «capaci di autocontrollo e quindi responsabili»⁶. Nel diritto, sostiene Tuzet, si danno errori molto diversi da quelli riscontrabili nel moto di una macchina: errori normativi, «costituiti dal fatto che non viene realizzato ciò che *avrebbe dovuto essere* in base ad una norma»⁷. Si noti che questa critica è fondamentalmente diversa da quelle sopra riportate: le obiezioni da (i)-(v) non s'incentrano sulla possibilità di errori normativi, bensì, al contrario, sottolineano come nel diritto vi siano casi in cui non è pre-determinato ciò che conta come 'errore' e come 'corretta esecuzione', casi in cui la soluzione giuridica non è univocamente determinata e gli operatori sono, pertanto, chiamati a compiere scelte discrezionali.

La critica di Tuzet non mi pare condivisibile. Anche se (re)interpretiamo tale critica nel senso che l'assimilazione tra diritto e macchina non funziona (non solo come giudizio di identità, ma) neppure come metafora a causa dell'esistenza di differenze rilevanti, queste, in realtà, non consistono nei fattori individuati da Tuzet, ossia nella necessità dell'intervento costante di atti intenzionali compiuti da soggetti razionalmente e moralmente responsabili. Come sottolineato anche da Itzcovich, moltissime macchine richiedono l'intervento di atti umani intenzionali per funzionare.

possibilità di ricorrere al modello della macchina: la macchina come simbolo del suo modo di funzionare. Tale macchina-simbolo è differente dalla macchina reale in quanto i suoi movimenti non sono semplicemente predeterminati in base all'esperienza (esattamente come ciò che si fa nell'afferrare il senso non determina casualmente ed empiricamente l'impiego futuro: I, 195): «per parlar propriamente essi devono – in un senso misterioso – essere già presenti» (I, 193), ossia la macchina-simbolo ha già in sé i suoi possibili movimenti. Ma, si chiede Wittgenstein, «come usiamo, parlando di una macchina, la parola "possibilità di movimento"»? (I, 194). La sua conclusione è semplicemente che la possibilità del movimento non è l'immagine del movimento e che badiamo «al nostro modo di esprimerci riguardo a queste cose, e tuttavia non lo comprendiamo, anzi lo fraintendiamo» (I, 194). Nei passi immediatamente successivi, Wittgenstein sostiene poi che non vi sia nulla di strano nel ritenere che possiamo affermare in un solo istante tutto quanto l'impiego di una parola: ciò diventa strano solo «quando siamo indotti a pensare che lo sviluppo futuro debba essere già in qualche modo presente nell'atto dell'afferrare, e tuttavia presente non è» (I, 197) – e, allo stesso modo, parrebbe che non vi sia nulla di strano nel ritenere che la macchina abbia in sé la possibilità del suo movimento, purché non si fraintenda questa espressione e non si pensi che questi movimenti siano già presenti. Insomma, si potrebbe sostenere che nei passi qui considerati Wittgenstein non rifiuti affatto il modello della macchina-simbolo come metafora del comprendere (pur respingendo, in altri passi, l'idea che comprendere sia un processo dipendente da meccanismi mentali).

⁶ G. TUZET, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁷ G. TUZET, *op. ult. cit.*, p. 119, corsivo nel testo.

In ogni caso, si noti che sia il rilievo mosso da Tuzet, sia le critiche da (i) a (v), non valgono a screditare in generale la metafora del diritto come macchina, ma solo a negare che il funzionamento del diritto sia totalmente meccanico, automatizzato, e, per tale ragione, prevedibile.

Infine contro il formalismo pratico si possono ripetere molte delle obiezioni già considerate: si può ritenere che il diritto non sia configurabile come un calcolatore per scelte pratiche perché in alcuni casi il codice binario – ‘lecito/illecito’, ‘permesso/proibito’, ecc. – su cui s’incentra il funzionamento della macchina-diritto presenta delle falle e spetta, pertanto, agli operatori giuridici decidere discrezionalmente e/o che sia sempre preferibile decidere tenendo conto delle peculiarità del caso concreto.

Inoltre, contro tale posizione, si può anche sostenere che non sia auspicabile e/o concettualmente possibile che la legalità, la conformità a regole, si erga ad unico criterio di legittimità: non solo la catena di validità non può prolungarsi all’infinito, sicché alla fine vi sarà inevitabilmente una norma (o macronorma) non convalidata, ma anche rispetto a singole norme giuridiche spetta ai soggetti la scelta (morale) se seguirle o no. È qui, credo, che acquistano particolare rilievo le considerazioni relative alla responsabilità (e non solo a quella degli operatori giuridici): come scelta esterna al meccanismo giuridico, dettata da criteri extra-giuridici ed avente ad oggetto l’obbedienza all’ordinamento o a singole sue norme.