

Saggi / Essays

Cronaca di una morte annunciata. Prime riflessioni su “The Death of Law”

MARIO RICCIARDI*

Chronicle of a Death Foretold. First Thoughts on “The Death of Law”

Abstract: After years in which AI was viewed with great optimism as something that would make a positive contribution to efficiency in the administration of justice, for some time now critical voices have come forward in the academic debate who, without denying the extraordinary potential of AI in the field of law, raise questions that have not yet found a satisfactory answer, and which concern not efficiency but justice, respect for fundamental rights, and in a certain sense the very conception of the person in the framework of legal thought.

Keywords: Death of law, AI, Justice, Efficiency, Fundamental rights.

1. Una morte annunciata

Alcune recenti pubblicazioni hanno posto all’attenzione degli studiosi di teoria del diritto il tema della “morte del diritto”¹. La formula non è del tutto nuova. Già negli anni Ottanta era stata impiegata da Owen M. Fiss, costituzionalista dell’università di Yale, in un saggio che criticava due tendenze emerse nella cultura giuridica statunitense nel decennio precedente: i movimenti dottrinali noti come *Critical Legal Studies* e *Law and Economics*. Pur avendo diverso orientamento politico, entrambe le tendenze si caratterizzavano, secondo Fiss, per il rifiuto preliminare dell’idea che il diritto incorpori una moralità pubblica. Nell’ascesa di questi movimenti, e in particolare del secondo, che negli anni Ottanta sembrava destinato a diventare egemonico nella cultura giuridica statunitense, Fiss vedeva l’espressione di un soggettivismo nel campo dei valori che correva il rischio di erodere il terreno comune dalla cui tenuta dipende la capacità del diritto di dar forma ordinata al confronto tra diverse opzioni normative all’interno di una politica costituzionale e democratica².

In retrospettiva, può essere interessante ricordare che sia *Law and Economics* sia *Critical Legal Studies* sono tra i fenomeni culturali presi in esame dallo storico Daniel

* Professore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano.

T. Rodgers nel suo fondamentale lavoro sulle trasformazioni della cultura pubblica statunitense che hanno avuto luogo a partire dalla fine degli anni Settanta, per raggiungere il culmine alla fine del secolo³. Per Rodgers gli ultimi decenni del Ventesimo secolo sono “l’età della frattura”, il periodo in cui il modo di concepire la società, e di conseguenza la natura della politica e la posizione morale delle persone, cambia in maniera profonda, aprendo la strada all’ascesa del neoliberalismo su scala globale.

Pur scrivendo *in medias res*, Fiss si era già reso conto che gli anni Settanta erano stati un momento di svolta politica per gli Stati Uniti. Nel saggio sulla “morte del diritto” egli affermava infatti che è in quel periodo che comincia a entrare in crisi il consenso che aveva presieduto alla straordinaria stagione di espansione dei diritti civili avvenuta negli anni Sessanta. Dal punto di vista del 1986, l’anno in cui viene pubblicato il suo lavoro sulla “morte del diritto”, il decennio precedente gli appare come “un tempo di differenza e disaccordo, in cui l’enfasi non era su ciò che condividevamo, i nostri ideali e valori pubblici, ma su come ci distinguevamo e su cosa ci divideva”⁴. In questo nuovo clima, il diritto era messo in pericolo dalla “disintegrazione dei valori nella società intesa in senso ampio”⁵. Per questo egli si chiedeva se una “morte del diritto” fosse all’orizzonte. La prognosi non era categorica, da qui il punto di domanda nel titolo del suo saggio, ma non si può certo dire che lo studioso fosse incline all’ottimismo: “è difficile sapere come si potrebbe rigenerare la credenza nei valori pubblici. Tale processo di rigenerazione sociale dipende da eventi che sfuggono al nostro controllo e che sono persino difficili da immaginare. Mi sembra, tuttavia, che il diritto stesso potrebbe avere un ruolo importante da svolgere in questo processo, poiché il diritto appare generativo dei valori pubblici da cui pure dipende. La Corte Warren ha innescato nella società americana un processo di trasformazione che non solo presupponeva la credenza nell’esistenza di valori pubblici ma ne era anche responsabile. La sentenza *Brown* assumeva che la Costituzione incarnasse un impegno per l’uguaglianza razziale, e che questo valore fosse così reale e così importante da giustificare lo spostamento di montagne (quasi). Ha anche generato e alimentato un impegno per l’uguaglianza razziale che oltrepassava di gran lunga il diritto”⁶.

Venti anni dopo la pubblicazione del saggio di Fiss, questi timori trovavano conferma in un libro di Ronald Dworkin sullo stato di salute della democrazia statunitense. A questo punto il pericolo non era più costituito da due opposte tendenze della cultura giuridica, ma dall’ascesa della destra radicale repubblicana, che aveva individuato nell’interpretazione della costituzione il terreno di scontro per attaccare le conquiste sociali degli anni Sessanta. In continuità con Fiss, Dworkin vedeva nell’erosione del “common ground” (il terreno comune costituito dalle due dimensioni della dignità umana: il suo valore intrinseco e la responsabilità personale di ciascuno nel governarla) il pericolo principale per la sopravvivenza della democrazia statunitense nel nuovo secolo⁷. Nel 2006, infatti, la saldatura tra conservatorismo religioso e libertarismo si era ormai consolidata, e la Corte Suprema si avviava a essere dominata da giudici conservatori che nel corso del tempo hanno elaborato gli argomenti dottrinali per una strategia di contenimento e poi di parziale cancellazione degli effetti delle decisioni della Corte Suprema che avevano offerto protezione ai diritti delle minoranze e all’autodeterminazione femminile. Come Fiss e Dworkin avevano

denunciato, la destra repubblicana (che in questo si discosta dal conservatorismo classico) è disposta a pagare il prezzo di una società che sempre meno si riconosce in valori comuni, pur di ottenere la supremazia delle decisioni “maggioritarie” declinate in modo tale da promuovere il privilegio degli interessi del Big Business e del suprematismo bianco. La protezione della libertà viene fatta coincidere con la difesa di una concezione “moralizzata” della proprietà (per riprendere l’espressione di Jerry Cohen) e si indeboliscono tutti i corpi intermedi che erano essenziali per promuovere l’eguaglianza.

La tesi di Dworkin, tuttavia, a differenza di quella di Fiss, non metteva in discussione la sopravvivenza stessa del diritto, ma soltanto quella di una certa lettura della costituzione. La vittoria del “blocco conservatore” che all’inizio del nuovo secolo si avviava a diventare egemone all’interno della Corte Suprema non avrebbe condotto dunque all’estinzione del diritto, ma a una radicale trasformazione della moralità pubblica che ne costituisce la trama⁸. Chi non condivide la peculiare teoria del diritto di Dworkin, anche se simpatizza con le sue posizioni politiche, potrebbe dire che questo tipo di cambiamento non mette certo in discussione l’esistenza del diritto, ma soltanto la sua giustificazione profonda sul piano dei principi. Crisi dunque, ma non morte del diritto.

2. Tanatologia giuridica

Prima di discutere il ritorno della tesi della “morte del diritto” nella letteratura recente, vale la pena di soffermarsi per un momento a riflettere su che cosa potrebbe essere tale fenomeno. Si tratta di un evento o di un processo? A prima vista si direbbe che l’affermazione che potrebbe esserci una “morte del diritto” abbia qualcosa in comune con altre simili che sono state fatte nel corso della storia del pensiero. Vengono in mente la “morte dell’arte” annunciata da Hegel, e la “estinzione dello Stato” prevista da Marx. Forse si potrebbe aggiungere anche il “declino dell’Occidente” di cui parla Spengler, almeno nella misura in cui questo fenomeno preluderebbe a una sorta di estinzione. Mi pare che, in ciascuno di questi casi, sia in gioco un cambiamento qualitativo (questa era anche l’opinione di Fiss). Forse si potrebbe dire che si tratta di un mutamento concettuale, che non riguarda però un singolo concetto (ammesso che si possano contare i concetti, cosa di cui si potrebbe discutere), ma piuttosto un’intera area dell’esperienza umana, per via del cambiamento avvenuto nel modo di descriverla. L’intuizione di fondo è che quando avviene un cambiamento di questo tipo c’è un prima e un dopo cui corrisponde la possibilità o meno di applicare certi concetti. Qualcuno potrebbe dire che a questo punto il discorso diventa facilmente fumoso. Eppure, non parliamo da più di un secolo di modernità e di modernizzazione, o di secolarizzazione, e di recente di globalizzazione? Ciascuno di questi macrofenomeni ha la natura di un processo che coinvolge diverse dimensioni, e che si può descrivere soltanto attraverso quella che Ludwig Wittgenstein chiamava una “rappresentazione perspicua”⁹.

Forse la nostra riluttanza ad affrontare questo tipo di tema dipende da quel senso di disorientamento intellettuale che H.L.A. Hart confessava nel discutere l’arco vitale di

un sistema giuridico: “un sistema giuridico, come un essere umano, può essere in uno stadio non ancora nato, in un secondo non del tutto indipendente da sua madre, poi godere di un’esistenza sana e indipendente, più tardi deteriorarsi e infine morire. Queste fasi intermedie tra nascita e normale, indipendente esistenza e, di nuovo, tra questa e la morte, disarticolano i nostri modi familiari di descrivere i fenomeni giuridici. Esse sono degne di studio perché, pur essendo spiazzanti, portano in evidenza la piena complessità di ciò che diamo per scontato quando, nel caso normale, asseriamo con confidenza e verità che in un certo paese esiste un sistema giuridico”¹⁰. L’embriologia e la patologia – le espressioni sono di Hart – di un sistema giuridico copre l’area di quelle fasi di transizione (per esempio una secessione o una rivoluzione) che non si possono classificare con tranquillità in relazione al caso paradigmatico del concetto di sistema giuridico. Sono stadi di un processo appunto, “casi intermedi” li chiama Wittgenstein, di cui riusciamo a cogliere solo certi aspetti all’interno della rappresentazione perspicua. Se questo approccio morfologico e connettivo alla chiarificazione concettuale si può applicare all’esistenza di un sistema giuridico, perché non potrebbe essere applicato anche al diritto in generale? Se possiamo, come fa lo stesso Hart, ipotizzare uno stadio pre-giuridico della società, perché non dovrebbe essere possibile ipotizzarne anche uno post-giuridico, in cui il diritto si è estinto?

In linea di principio non c’è ragione per pensare che la morte del diritto non sia qualcosa di cui sia possibile dare un resoconto concettuale. Certo, data la vastità del fenomeno – stiamo parlando della morte del diritto, non di *un* diritto – c’è bisogno di una buona capacità di sintesi, e anche di una certa scioltezza nell’esposizione, un minimo di talento letterario, verrebbe da dire. Doti che in effetti sono presenti nel lungo articolo di recensione a due libri di Roger Brownsword che William Lucy ha scritto per *The Modern Law Review* nel 2021¹¹. Lucy ci ricorda che Brownsword appartiene alla ristretta schiera dei “legal futurologists”, ovvero di quegli studiosi dei rapporti tra diritto e tecnologia che non si limitano a seguire gli sviluppi della legislazione e della giurisprudenza in questo settore, la cui importanza è cresciuta a dismisura negli ultimi anni, ma provano anche a ragionare sulle trasformazioni sociali, politiche e morali che l’adozione massiccia di certi dispositivi basati sugli sviluppi dell’intelligenza artificiale potrebbe innescare. Questo tipo di esercizio intellettuale spesso si avvale anche di inserti quasi narrativi, il cui scopo è aiutare il lettore a figurarsi quale potrebbe essere l’esito di una certa tendenza sociale. Nell’articolo di Lucy questo espediente viene impiegato immaginando di mettere a confronto il programma di studi di diverse facoltà di diritto nell’anno 2061.

La data non è casuale, in quanto si tratta del centenario della pubblicazione di *The Concept of Law*, il libro di Herbert Hart che rappresenta il punto più alto della riflessione novecentesca sul diritto. Lucy immagina che le più innovative tra le facoltà di diritto del 2061 si trovano in quelle giurisdizioni (*techno-jurisdictions*) che hanno adottato il management tecnologico come risposta ai problemi di governance della società. In realtà, queste facoltà sono poche, perché buona parte di quelle che esistevano prima di questa “grande trasformazione” sono state assorbite dalle facoltà di tecnologia. Nell’articolo di recensione ai libri di Brownsword il tema della morte del diritto non emerge. Lucy immagina infatti una situazione in cui il modello rego-

lativo Law 1.0 (che è in sostanza quello del sistema giuridico come viene concepito da Hart) è stato progressivamente integrato dal modello Law 2.0 (che è molto simile all'approccio *Law and Economics* descritto da Fiss) e convive con quello Law 3.0, nel quale, seguendo l'ipotesi formulata da Brownsword, il management tecnologico è diventato pervasivo come strategia di regolazione. Si tratta, tutto sommato, di uno scenario realistico, che prospetta la convivenza di diversi modelli che emergono nel corso del tempo e si sovrappongono nell'uso senza che il più recente sostituisca del tutto quelli che lo hanno preceduto. Vale la pena di sottolineare che il modello Law 2.0 è una forma di strumentalismo: ciò che conta è il risultato (l'efficienza), non la giustizia (conformità a uno standard deontologico) della soluzione adottata. C'è quindi uno scarto considerevole tra Law 1.0 e Law 2.0, e una sorta di somiglianza di famiglia tra quest'ultimo e Law 3.0.

3. Scelte regolative e morte del diritto

La tesi della morte del diritto viene presa in considerazione da Lucy in un secondo lavoro, molto più ambizioso, pubblicato un anno dopo. In questo caso l'ipotesi è che l'impatto dell'intelligenza artificiale (in particolare del *deep learning* e della *blockchain*) sulla governance sociale sia molto più profonda di quel che egli sosteneva nell'articolo di recensione a Brownsword. Lucy prende quindi in considerazione la possibilità che l'espansione massiccia dell'uso di queste tecnologie nel campo della regolazione sociale possa condurre non a un sistema integrato costruito a partire da Law 1.0, Law 2.0 e Law 3.0, ma ad nuovo modo di concepire la governance in cui il terzo modello prevalga. Questa nuova prospettiva viene giudicata plausibile per via di tre tendenze largamente diffuse nelle società contemporanee, i cui effetti congiunti potrebbero condurre all'erosione progressiva delle presupposizioni da cui dipende l'applicazione del concetto di sistema giuridico come viene concepito da Hart, ovvero di una modalità di regolazione sociale che si basa su regole generali aventi carattere normativo. Se questo avvenisse, assisteremmo, secondo Lucy, alla "morte del diritto".

Le tendenze in questione sono quella della "patologizzazione del diritto", della governamentalità e della ottimizzazione dei costi. La prima è la terza sono fortemente tributarie dell'approccio economico al diritto, la seconda si richiama ai lavori di Michael Foucault sulle forme del controllo sociale. Ciò che queste tendenze hanno in comune è la spinta verso modalità di regolazione che siano preventive piuttosto che sanzionatorie, e l'introduzione di incentivi che rendano il ricorso ai giudici – e quindi all'applicazione di regole generali – l'eccezione piuttosto che la norma. L'idea di fondo è quella di una società nella quale il conflitto venga sciolto attraverso tecniche di gestione, il c.d. management tecnologico, non risolto dal giudizio di un tribunale che si basa sull'applicazione di standard normativi (regole)¹². Tutto, ovviamente, nel supremo interesse del funzionamento di un sistema sociale che si regge su produzione e consumo, ma che non risponde a principi di giustizia.

Per comprendere la tesi di Lucy, vale la pena di richiamare il menu delle scelte regolative attualmente disponibili per guidare la condotta umana:

- (i) Intervento sull'ambiente (*environment*). Questo è forse l'approccio più antico, precedente al diritto, e consiste nel cambiamento dell'architettura o dell'ambiente nel quale hanno luogo le interazioni tra esseri umani, in modo da indirizzarne il comportamento. Ciò può avvenire limitando, impedendo o facilitando certe azioni (per esempio attraverso strade, mura, confini recintati e fossati). La dimensione più incisiva di questo approccio ambientale alla regolazione può passare attraverso l'uso di "artefatti regolativi a-deontici", che non impongono cioè doveri o obbligazioni¹³.
- (ii) Persuasione (*engagement*). Questo approccio presuppone l'uso del linguaggio per parlare, informare, ricordare. La categoria corrisponde in sostanza a quella del "counsel" (consiglio) nel pensiero di Thomas Hobbes. L'uso della persuasione non impedisce il comportamento contrario al consiglio, e non impone doveri o obbligazioni. Una estensione recente di questo approccio è la tecnica del *nudging*.
- (iii) Imposizione (*enforcement*). Stabilire regole e sanzioni. Questa categoria corrisponde a quella del "command" (comando) di Hobbes. Nella teoria del diritto contemporanea questa è la strategia regolativa tipica dei sistemi giuridici, Law 1.0. L'uso del comando, o della regola, impone doveri o obbligazioni.
- (iv) Ingegneria (*engineering*). Cambiare ciò che è necessario per ottenere lo scopo desiderato. In questo caso non c'è l'imposizione di doveri o obbligazioni, ma si rende impossibile la deviazione dal comportamento desiderato: l'agente è non-libero di compiere le azioni incompatibili con lo scopo.

L'alternativa tra *enforcement* e *engineering* viene caratterizzata da Lucy ricorrendo a due opposizioni, quella *rule vs. code* e quella *law vs. technological management*. Un tema centrale anche nel lavoro di Katharina Pistor sul ruolo del diritto nella creazione del capitale¹⁴. Anche Pistor nel suo libro accenna all'ipotesi della "morte del diritto", ma ritiene che la modalità del *code* non possa mai diventare del tutto indipendente da quella della *rule* perché i dispositivi di management tecnologico rimangono vulnerabili al rischio di malfunzionamento e alla possibilità di incompletezza (ipotesi che il *code* non riesce a gestire in modo autonomo) e questo richiede sullo sfondo il ricorso a modalità di regolazione tradizionale, sostenute dalla sanzione.

Secondo Lucy, "come idealtipo di forma regolativa, il management tecnologico è principalmente una faccenda di proibizione e di eliminazione, in quanto cerca di prevenire certe forme di condotta o azione dall'essere messe in atto rendendole impossibili. La miglior forma di risposta regolatoria a ogni particolare problema sociale, da questo punto di vista, è quella che assicura che il problema non emerga e non possa emergere"¹⁵. In realtà, mi pare che ci sia una infelicità in questa formulazione, perché la proibizione, essendo una modalità deontica, non avrebbe l'effetto descritto da Lucy. Ciò che avviene, quando si usa un dispositivo di management tecnologico, è che l'azione "problematica" diventa semplicemente impossibile. L'immagine che emerge se si proietta su vasta scala questo tipo di strategia regolativa è una versione aggiornata del *Brave New World* di Huxley nel quale la tecnologia diventa lo strumento principale per impedire qualunque tipo di devianza.

A essere minacciata è dunque l'*agency* delle persone. Mentre la "regolazione attraverso regole opera attraverso la ragion pratica" quella del management tecno-

logico elide completamente questo aspetto centrale delle persone, trattandole come pazienti¹⁶.

Lucy mette in luce quella che potrebbe essere una potente motivazione per l'adozione massiccia di queste tecniche ricorrendo all'esempio degli incidenti stradali: "rendere impossibile l'inosservanza delle regole è ovviamente più che una semplice questione di assicurare che si obbedisca al diritto: certamente essa condurrebbe a un declino – forse a un certo punto alla completa eradicazione – degli infortuni e delle morti dovute al traffico stradale. Ci sono benefici così ovvi, a fronte di costi molto bassi, che queste soluzioni di management tecnologico, come molte soluzioni del genere, apparirebbero irresistibili"¹⁷. La tesi di Lucy è che, a partire da questi casi relativamente non problematici, si potrebbe assistere a un'estensione di questi metodi a altre aree della regolazione, e questo potrebbe condurre con il passare del tempo alla scomparsa del diritto.

A conclusioni simili arrivano anche Timothy Endicott e Karen Yeung, che sottolineano che la sostituzione della regolazione del modello Law 1.0, basata su regole generali, con il management tecnologico, non sarebbe neutrale dal punto di vista della moralità del diritto, perché metterebbe in pericolo il valore della *rule of law*¹⁸.

L'ipotesi presa in considerazione da questi studiosi potrebbe essere considerata una forma di catastrofismo tecnologico. Tuttavia, sia nel caso di Lucy sia il quello di Endicott e Yeung, essa si basa su un'ipotesi realistica, quella che certe capacità di giudizio che sono tipiche dell'esercizio della ragion pratica possano andare incontro a una sorta di atrofia, e che questo potrebbe innescare un cambiamento qualitativo nell'atteggiamento sociale nei confronti della regolazione. Una società in cui Law 3.0 ha sostituito in larga parte o del tutto Law 1.0 sarebbe quindi una società molto diversa da quella in cui viviamo attualmente. Al punto che non sarebbe fuori luogo prospettare una vera e propria estinzione del diritto come forma di regolazione sociale. Sullo sfondo c'è l'idea comune a questi studiosi che il concetto di diritto esemplificato dal modello di regolazione Law 1.0 sia, in un certo senso, situato nel contesto di una concezione "umanistica" della governance sociale. Un profilo di grande interesse filosofico, che andrebbe ulteriormente esplorato¹⁹.

Un filosofo che certamente non può essere accusato di oscurantismo o di anti-razionalismo come Georg Henrik von Wright aveva messo in guardia molti anni fa dal pericolo che "l'inerzia della macchina tecnologica" costituisca per la società contemporanea²⁰. Quando usò questa espressione il filosofo finlandese aveva in mente soprattutto le minacce costituite dalla corsa agli armamenti e dal degrado dell'ambiente. Credo che le sue riflessioni su quei temi siano altrettanto valide oggi, e si estendano anche a una nuova varietà di inerzia della macchina tecnologica che è resa possibile dall'applicazione di certi dispositivi alla sfera della regolazione.

Note

¹ Alludo a Lucy, 2022 e a Endicott, Yeung, 2022.

² Fiss, 1986.

³ Rodgers, 2011.

⁴ Fiss, 1986, p. 14.

- ⁵ Fiss, 1986, p. 14.
⁶ Fiss, 1986, p. 15.
⁷ Dworkin, 2006.
⁸ Dworkin, 2008.
⁹ Wittgenstein, 1958, § 122.
¹⁰ Hart, 1961, p. 112.
¹¹ Lucy, 2021.
¹² Lucy, 2017.
¹³ Lorini, Loddo e Moroni, 2022.
¹⁴ Pistor, 2019.
¹⁵ Lucy, 2022, p. 114.
¹⁶ Lucy, 2022, p. 114.
¹⁷ Lucy, 2022, pp. 116-117.
¹⁸ Endicott e Yeung, 2022, pp. 399-402.
¹⁹ Rimando, sul punto, a Hacker, 2010.
²⁰ von Wright, 1993, p. 190.

Riferimenti bibliografici

- Dworkin, R. (2006), *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton (N.J.): Princeton U.P.
- Dworkin, R. (2008), *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*, New York Review Books.
- Endicott, T. e Yeung, K. (2002), "The Death of Law? Computationally Personalized Norms and the Rule of Law", *University of Toronto Law Journal*, 72, pp. 373-402.
- Fiss, O. (1986), "The Death of the Law?", *Cornell Law Review*, 72, pp. 1-16.
- Hacker, P.M.S. (2010), *Human Nature: The Categorical Framework*, Oxford: Blackwell.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Lorini, G., Loddo, O.G. e Moroni S. (2022), "Regolare con artefatti", *Sociologia del diritto*, 49, pp. 174-195.
- Lucy, W. (2017), *Law's Judgement*, Oxford: Hart Publishing.
- Lucy, W. (2021), "Law School 2061", *The Modern Law Review*, 84, pp. 1-15.
- Lucy, W. (2022), "The Death of Law: Another Obituary", *Cambridge Law Journal*, 81, pp. 109-138.
- Pistor, K. (2019), *The Code of Capital*, Princeton (N.J.): Princeton U.P.
- Rodgers, D.T. (2011), *Age of Fracture*, Cambridge (Mass.): Harvard U.P.
- Wittgenstein, L. (1958), *Philosophical Investigations*, Oxford: Blackwell.
- von Wright, G.H. (1993), "Images of Science and Forms of Rationality", in Id., *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden: E.J. Brill.