

GIOVANNI TUZET

## *Il diritto non è una macchina*

La macchina, ecco qua: /  
si vendica, si vòltola /  
e ci fa storti e deboli. //

Da noi ha potestà? /  
Senza passione /  
operi e serva.

(RILKE, *I sonetti a Orfeo*, I.18)

1. *La banale falsità di una metafora* – 2. *Perché si tratta di una metafora falsa* – 2.1. *Il diritto come macchina nel Realismo scandinavo* – 2.2. *Il diritto come macchina nel Realismo americano* – 2.3. *Il diritto come macchina nel Positivismo italiano* – 3. *Perché si tratta di una metafora fraintesa* – 3.1. *Il diritto come macchina secondo Itzcovich* – 3.2. *Il diritto come macchina secondo Poggi* – 3.3. *Il diritto come macchina secondo Narváez* – 4. *Perché si tratta di una metafora “infelicitissima”*.

### 1. *La banale falsità di una metafora*

Il diritto non è una macchina, bensì un’istituzione umana fallibile e perfettibile. Anche le macchine sono fallibili e perfettibili, ma in primo luogo non sono istituzioni, e in secondo luogo sono fallibili in un senso diverso. Uno dei motivi per cui un’azione umana fallisce è che l’agente manca di esercitare un’adeguata forma di controllo o di autocontrollo su ciò che sta facendo. Un vigile può causare un incidente anziché prevenirlo, qualora, anziché regolare il traffico dal centro di un incrocio, si distraiga o imparisca degli ordini confusi. Nulla del genere può accadere a un semaforo. Certamente il semaforo può smettere di funzionare, può esplodere, può iniziare a lampeggiare in modo vorticoso, facendo turbinare i suoi colori. Ma ragionevolmente, qualora ne seguisse un incidente, nessuno ne incolperebbe il semaforo; nessuno lo citerebbe in giudizio. Al limite si potrebbe indagare sulla sua manutenzione – cioè, appunto, su un’attività umana.

Lo stesso vale per un’istituzione umana come il diritto. Può mancare di raggiungere i propri scopi per vari motivi, uno dei quali è appunto il fatto che coloro che sono incaricati di realizzarli non lo fanno o non lo

fanno correttamente, o perché non ne hanno l'intenzione o perché non esercitano un adeguato controllo sul proprio operato.

La giustizia non è una macchina e i giudici non sono delle macchine. Giudici e operatori giuridici in generale sono dotati della capacità di auto-controllo, sono cioè in grado di esercitare un controllo sul proprio operato, il che, benché sia vero di qualsiasi attività, ha una connessione particolare con le attività regolate da norme. Lasciando da parte i casi estremi (una corte narcotizzata e cose del genere) giudici e operatori giuridici sono in grado di controllare il proprio operato e viene loro richiesto di compierlo secondo determinate direttive. Nulla di questo è vero delle macchine.

I cittadini non sono delle macchine. I soggetti cui sono indirizzate le norme giuridiche possono seguirle in modo pedissequo e relativamente irriflesso, ma possono anche decidere di non seguirle, possono seguirle in modo scostante o inaccurato, così come possono seguirle convincendosi della bontà di quanto fanno. Nulla di questo è vero di una macchina che viene avviata o che segue delle istruzioni computabili.

Nonostante ciò, la metafora del diritto come macchina ha sempre conosciuto una discreta fortuna. In un precedente scritto qui ripubblicato<sup>1</sup> e che ha suscitato un'interessante discussione con alcuni studiosi e colleghi di grande valore<sup>2</sup>, la definivo una metafora "infelicissima", non solo erronea ma anche inopportuna da un punto di vista giuridico, politico e morale. Erronea poiché non rappresenta correttamente le caratteristiche del diritto, degli operatori giuridici e dei destinatari delle sue norme. Si sa che una metafora è letteralmente falsa, ma questa è particolarmente falsa (sottende un'analogia fra cose troppo diverse) e decisamente inopportuna. Inopportuna per vari motivi, uno dei quali è che può produrre (e probabilmente produce) una forma di deresponsabilizzazione in capo agli operatori del diritto.

In questo scritto intendo approfondire tali punti, cercando di chiarire le mie tesi, di suffragarle con autorevoli opinioni e di rispondere ad alcune obiezioni che mi sono state mosse, senza peraltro impegnarmi (per ragioni di spazio e di competenze) in una ricostruzione storica dei rapporti fra scienze, tecnologie, macchine e istituzioni sociali. Mi interessa il valore

<sup>1</sup> G. TUZET, *Sul possibile moto della macchina*, in "Annali dell'Università di Ferrara", sez. V, vol. XXI, 2007, pp. 107-125, ripubblicato in questo numero di "Diritto e Questioni Pubbliche". Buona parte di tale scritto verte su alcuni passi di Wittgenstein che tuttavia non discuterò in questa sede, dal momento che non sono essi l'oggetto della controversia.

<sup>2</sup> Mi riferisco a G. ITZCOVICH, *Sulla metafora del diritto come macchina*; F. Poggi, *Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti*; M. NARVÁEZ, *Metaforear*; questi scritti sono pubblicati nel presente numero di "Diritto e Questioni Pubbliche". A questi colleghi va il mio ringraziamento, così come a Damiano Canale, Patricia Mindus e Vito Velluzzi per i commenti a una precedente versione di questo lavoro.

della metafora per come è stata utilizzata in ambito giuridico. Procederò come segue: cercherò di approfondire le ragioni per cui è falso dire che il diritto è una macchina (§ 2); quindi cercherò di rispondere alle obiezioni e ai rilievi che mi sono stati mossi (§ 3); infine cercherò di approfondire le ragioni per cui tale metafora è “infelicissima” dal punto di vista delle sue conseguenze (§ 4).

## 2. *Perché si tratta di una metafora falsa*

Se da un lato in letteratura si trovano autori che hanno utilizzato e difeso la metafora del diritto come macchina, dall'altra se ne trovano che l'hanno rigettata. Fra questi ultimi vorrei ricordare alcuni autorevoli esponenti del Positivismo giuridico italiano e del Realismo giuridico americano. Fra i primi vorrei ricordare alcuni esponenti, altrettanto autorevoli, del Realismo giuridico scandinavo.

### 2.1. *Il diritto come macchina nel Realismo scandinavo*

La strana storia del Realismo giuridico inizia con il fatto che esso consiste in due correnti, scandinava e americana, che non sostengono le stesse tesi. Prosegue con il fatto che viene chiamato Realismo mentre è in verità una forma di Nominalismo filosofico. Termina con il fatto che i suoi discendenti ne trascurano quasi completamente gli aspetti propositivi, concentrandosi piuttosto sul suo ruolo critico.

Ad ogni modo, per quello che ci interessa qui, il Realismo giuridico scandinavo ha utilizzato la metafora del diritto come macchina per rappresentare il diritto quale meccanismo sociale e per mettere in luce la pressione psicologica che esso è capace di esercitare<sup>3</sup>. (Il che consente di utilizzarlo come strumento di ingegneria sociale, ma di ciò discuteremo poi). Uno dei più celebri e acuti esponenti di questa scuola è notoriamente Alf Ross. Bene, questi ha letteralmente affermato che il funzionamento

<sup>3</sup> Vedi A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almquist & Wiksell, 1953; A.V. LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised*, Almquist & Wiksell, Stockholm, 1956; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Stevens & Sons, London, 1971 (prima ed. 1939); A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958 (trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1990). Cfr. S. CASTIGNONE, *Diritto, Linguaggio, Realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, parte prima in particolare; per Lundstedt, secondo Castignone, “la costituzione psicofisica degli uomini, la loro situazione e i loro bisogni rendono necessaria e possibile la creazione della macchina del diritto per regolare la vita associata mediante l'impiego delle sanzioni” (p. 111).

del diritto è come il funzionamento di una macchina. “Intentare una causa è come premere il bottone che mette in moto il meccanismo del diritto”<sup>4</sup>. In questo senso, si può pensare, la metafora coglie qualcosa di importante. Ross allude all’ideologia normativa che guida i titolari di posizioni giuridiche e gli operatori del diritto, come nel caso dei titolari di diritti soggettivi, il cui potere “non consiste in una qualche forza mistica accordata al titolare del diritto soggettivo dall’ordinamento giuridico: esso significa solo che la *macchina del diritto* è messa in movimento per iniziativa del titolare del diritto”<sup>5</sup>. I titolari agiscono guidati da convinzioni di tipo ideologico e gli operatori del diritto agiscono di conseguenza se condividono le stesse convinzioni: una serie di “meccanismi” sociali regola così le vicende giuridiche. La nota e discussa concezione “predittiva” del diritto difesa da Ross e da altri realisti trova in questo un sostegno: nella misura in cui i rapporti giuridici sono simili ai movimenti di una macchina, sono suscettibili di predizione<sup>6</sup>. Questo accade forse nei paesi scandinavi. Accade lo stesso nei paesi latini? Specialmente dove la burocrazia è forte e l’idea di diritti soggettivi è debole, direi, il cittadino lasciato a se stesso può avere la sensazione di trovarsi al cospetto di una macchina – la “macchina della giustizia” o il “meccanismo del diritto” – il cui funzionamento non è certo nelle sue mani e di cui – peggio – non riesce a identificare un responsabile. Così la metafora sta per due cose diverse: da una parte (nei paesi scandinavi?) i meccanismi sociali e psicologici che regolano i rapporti giuridici e che ne rendono prevedibili le vicende; dall’altra (in Italia?) l’impossibilità di governare tali vicende e di trovare in esse delle responsabilità.

Restando al Realismo scandinavo, bisogna osservare bene la connessione fra la metafora del diritto come macchina e la teoria predittiva dello stesso. Benché Ross si curi di sottolineare che gli avvenimenti sociali futuri sono “fondamentalmente indeterminati” e non consentono delle predizioni sicure, egli sostiene che le “asserzioni concernenti il diritto valido sono, secondo il loro contenuto reale, predizioni di avvenimenti sociali futuri”<sup>7</sup>. Qualcosa del genere è possibile (mettendo fra parentesi le obiezioni

<sup>4</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 167.

<sup>5</sup> *Ibid.* (corsivo mio).

<sup>6</sup> Ivi, cap. 2. Una nota critica di questa concezione si trova in H.L.A. HART, *Scandinavian Realism* (1959), in ID., “Essays in Jurisprudence and Philosophy”, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 161-169, secondo cui è concettualmente ed esplicitamente scorretto ridurre la normatività del diritto a una questione fattuale. Per un interessante tentativo di conciliare realismo e positivismo, cfr. B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, cap. 2.

<sup>7</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit. p. 48.

concettuali a questa impostazione) se gli avvenimenti sociali non sono *così indeterminati* da rendere inutile ogni predizione, se i rapporti giuridici sono simili ai movimenti di una macchina. Ma se anche la metafora coglie in questo senso qualcosa di reale, essa è del tutto fuorviante per molti altri aspetti, come cercherò di mostrare in quello che segue.

## 2.2. *Il diritto come macchina nel Realismo americano*

Dicevamo che la strana storia del Realismo giuridico comprende il fatto che le due correnti, americana e scandinava, non sostengono le stesse tesi – o meglio sostengono tesi (parzialmente) diverse in tempi (parzialmente) diversi. Una delle differenze più eclatanti è proprio la maniera di considerare il diritto come macchina: se gli scandinavi utilizzano e difendono tale metafora, gli americani la utilizzano per contestare che il diritto e la giurisprudenza siano come una macchina o debbano essere tali. Porterò di seguito alcuni esempi che mi sembrano significativi, iniziando da autori che non sono realisti in senso stretto (il Realismo americano in senso stretto si colloca intorno al 1930) ma che possiamo far rientrare in quella forma di realismo allargato che coincide con la critica al formalismo giuridico, a partire dagli scritti di autori come Holmes e Pound<sup>8</sup>.

In un noto articolo del 1908, Roscoe Pound attacca la “giurisprudenza meccanica”<sup>9</sup> rea di avallare una concezione deduttivista e aprioristica del diritto, cieca agli effetti del proprio operato e all’utilità o disutilità sociale di tali effetti. Le nostre istituzioni, sostiene Pound, devono basarsi su considerazioni di utilità pratica, di effetti, risultati, conseguenze; non sui supposti principi della natura umana da cui trarre delle applicazioni deduttive<sup>10</sup>. Per fare un esempio, applicare deduttivamente (“meccanicamente”) la concezione tradizionale dell’autonomia contrattuale ai rapporti di lavoro in ambito industriale (come se datori e prestatori di lavoro fossero individui qualsiasi) porta a delle conseguenze aberranti dal punto di vista dell’utilità sociale<sup>11</sup>. La giurisprudenza meccanica dimentica i fini per cui il diritto e le sue regole sono posti; si concentra sui mezzi prendendoli per

<sup>8</sup> Poiché non sono decisive per le tesi qui discusse, prescindere dalle divergenze che oppongono Pound a realisti come Frank e Llewellyn, su cui rimando a G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962, cap. 1.

<sup>9</sup> R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in “Columbia Law Review”, vol. 8, 1908, pp. 605-623.

<sup>10</sup> “We do not base institutions upon deduction from assumed principles of human nature; we require them to exhibit practical utility, and we rest them upon a foundation of policy and established adaptation to human needs” (ivi, p. 609).

<sup>11</sup> Ivi, p. 616.

fini<sup>12</sup>. A tale data Pound ritiene inoltre che il diritto di produzione giudiziale stia perdendo di vitalità ed auspica pertanto un massiccio ricorso alla legislazione pragmaticamente orientata<sup>13</sup>. (Si noti una cosa che Pound trascura: se si considera che la giustificazione della legislazione è data dalle conseguenze che è intesa procurare e che la previsione di conseguenze ha inferenzialmente una forma deduttiva, risulta chiaro che l'antideduttivismo in questione è da limitare a una critica della *predeterminazione* del diritto e delle premesse maggiori del ragionamento giuridico).

Pound vi ritorna in un libro di introduzione alla filosofia del diritto<sup>14</sup> nel quale, benché in maniera meno radicale, reitera la propria critica alla giurisprudenza meccanica. In passato si è sostenuto che il compito del giudice, nel decidere una controversia, sia semplicemente quello di applicare in modo meccanico quanto viene dedotto da una regola data<sup>15</sup>. Ma la realtà è diversa – sostiene Pound – e serve una teoria che ne renda conto anziché nascondersi dietro a finzioni<sup>16</sup>. Non è vero che i giudici interpretino, ragionino e decidano come macchine, poiché le attività operate dalle corti sono discrezionali e valutative (nonché, in una certa misura, creative) e totalmente aliene al *modus operandi* delle macchine. (Si noti però che il discorso scivola da un piano prescrittivo – quello che i giudici dovrebbero fare – ad uno descrittivo – quello che di fatto fanno – senza che questo scivolamento sia avvertito e discusso).

Talvolta, aggiunge Pound, è bene che il diritto e le sue regole agiscano come un artefatto meccanico o prodotto da macchine (*machine-made product*), al fine di garantire la certezza dell'applicazione; talaltra, ancora in metafora, è meglio che siano come un artefatto artigianale (*hand-made*

<sup>12</sup> Ivi, p. 620.

<sup>13</sup> Ivi, pp. 615, 621. Cfr. ID., *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", vol. 24, 1911, pp. 591-619; vol. 25, 1911, pp. 140-168; vol. 25, 1912, pp. 489-516.

<sup>14</sup> R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1954), Yale University Press, New Haven & London, 1982, cap. 3.

<sup>15</sup> "It was assumed that the function of the judge consisted simply in interpreting an authoritatively given rule of wholly extrajudicial origin by an exact process of deducing its logically implied content and in mechanically applying the rule so given and interpreted" (ivi, p. 48). Quello di cui sta discutendo è la nozione di interpretazione e il ruolo delle corti: "the interpretation was taken not to be in any wise a lawmaking and the application was taken not to involve any administrative element and to be wholly mechanical" (ivi, p. 49).

<sup>16</sup> "We need a theory which recognizes the administrative element as a legitimate part of the judicial function and insists that individualization in the application of legal precepts is no less important than the contents of those precepts themselves" (ivi, p. 60). Vedi anche, fra le sue opere, ID., *The Theory of Judicial Decision*, in "Harvard Law Review", vol. 36, 1923, pp. 641-662, 802-825, 940-959.

product) dotato di individualità e adatto alle circostanze<sup>17</sup>. Ma Pound specifica subito dopo che la certezza ottenuta attraverso l'applicazione meccanica di regole fissate in anticipo è sempre stata illusoria<sup>18</sup>.

Contro il "mito della certezza" si scaglierà poi Jerome Frank nel suo provocatorio libro del 1930 *Law and the Modern Mind*<sup>19</sup>, una delle cui tesi ispiratrici è che il mito della certezza derivi dal bisogno di essere guidati da un'autorità paterna. Frank ritiene che il diritto non sia affatto certo e che la certezza non sia affatto un valore, nella misura in cui l'incertezza permette la flessibilità e l'adattamento alle circostanze<sup>20</sup>. In questo senso il diritto e i giudici non sono delle macchine ed è un bene che non lo siano<sup>21</sup>. Al contrario di quello che la metafora fa pensare, compito del giudice è quello di soppesare gli interessi delle parti in causa e quello complessivo della società; si tratta di un compito valutativo che comporta un apprezzamento discrezionale, non si tratta di un'operazione meccanica o effettuabile in modo irriflesso<sup>22</sup>. Il giudice che applica meccanicamente

<sup>17</sup> "The rule, mechanically applied, works by repetition and precludes individuality in results, which would threaten the security of acquisitions and the security of transactions. On the other hand, in the hand-made as distinguished from the machine-made product, the specialized skill of the workman gives us something infinitely more subtle than can be expressed in rules. In law some situations call for the product of hands, not of machines, for they involve not repetition, where the general elements are significant, but unique events, in which the special circumstances are significant" (Id., *An Introduction to the Philosophy of Law*, cit., p. 70). Cfr. R.S. SUMMERS, *The Virtues and Vices of Conceiving of Law as if it were a Type of "Machine" Technology*, in "Rechtstheorie", vol. 17, 1986, pp. 1-12.

<sup>18</sup> R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, cit., p. 71. Su applicazioni "meccaniche" e canoni interpretativi secondo il Realismo americano, cfr. in particolare K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in "Vanderbilt Law Review", vol. 3, 1950, pp. 395-406, la cui tesi è che per ogni canone applicabile a un caso ce n'è un altro che conduce alla soluzione opposta. Per una critica secondo cui la tesi di Llewellyn è stata enfatizzata oltre misura e secondo cui è più importante capire perché i giudici utilizzino un canone anziché un altro, cfr. J.R. MACEY & G.P. MILLER, *The Canons of Statutory Construction and Judicial Preferences*, in "Vanderbilt Law Review", vol. 45, 1992, pp. 647-672.

<sup>19</sup> J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Tudor Publishing Company, New York, 1936.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 6-7.

<sup>21</sup> Ivi, cap. XIII ("Mechanistic Law; Rules; Discretion; The Ideal Judge"). "The law is not a machine and the judges not machine-tenders" (p. 120).

<sup>22</sup> "The task of the judge, if well done, is no simple one. He must balance conflicting human interests and determine which of several opposing individual claims the law should favor in order to promote social well-being" (ivi, pp. 120-121). "The judge, in determining what is the law of the case, must choose and select, and it is virtually impossible to delimit the range of his choice and selection" (ivi, p. 138).

il diritto è di solito un giudice pigro, dice Frank, o un giudice insensibile alle circostanze del caso<sup>23</sup>.

Non è affatto necessario condividere le tesi di Frank sul mito della certezza e le sue cause per condividere la sua analisi in merito al compito delle corti e rigettare la metafora del diritto come macchina. Se pertanto tale metafora è inadeguata, con quale altra potremmo sostituirla per rappresentare più correttamente le dinamiche del diritto?

In una raccolta di conferenze tenute a Yale nel 1923, Benjamin Cardozo utilizza la metafora della *crescita* opponendola a quella di un processo meccanico<sup>24</sup>. Mentre un processo meccanico non comporta delle significative variazioni (a parte gli eventuali guasti e l'usura del tempo), la crescita è un processo che registra dei significativi cambiamenti e che combina conservazione e innovazione, come accade per il diritto. Cardozo cita a questo riguardo un'efficace massima di Pound: "Il diritto deve essere stabile, ma non può essere immobile"<sup>25</sup>. La stabilità e la certezza del diritto non possono essere perseguite ad ogni costo, a scapito della giustizia (qualcuno direbbe piuttosto dell'equità) e dell'opportunità di adeguare il diritto alle mutevoli circostanze. Così come l'innovazione non deve essere invocata acriticamente e perseguita in ogni caso, trascurando le aspettative già ragionevolmente formate e le relazioni sociali consolidate. Ora, che si sia o meno d'accordo con questa forma di moderatismo a proposito di ciò che il diritto deve essere, si noti il valore della metafora: il diritto è qualcosa che cresce, non è qualcosa di stabile e invariante. Se il diritto fosse una macchina, come potrebbe crescere o quantomeno modificarsi nell'esperienza? Anche trascurando la metafora della crescita, la metafora di un organismo capace di adattarsi alle caratteristiche dell'ambiente e quella di un utensile suscettibile di essere modificato nell'esperienza mi sembrano metafore descrittivamente più adeguate.

In una concezione allargata di Realismo americano, vorrei ricordare anche un noto articolo del 1948 in cui Edward Levi offre una rappresentazione (descrittiva) dei processi di interpretazione e applicazione del diritto come processi evolutivi in cui le regole mutano di caso in caso, attraverso il ragionamento per esempi che cerca di adattare il diritto alle esigenze sempre

<sup>23</sup> "To apply rules mechanically usually signifies laziness, or callousness to the peculiar factors presented by the controversy" (ivi, p. 131). Su Frank, cfr. S. CASTIGNONE, C. FARALLI e M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia*, Giappichelli, Torino, 2002, parte III.

<sup>24</sup> B.N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, 1924.

<sup>25</sup> "Law must be stable, and yet it cannot stand still" (ivi, p. 2). La metafora della crescita è già in O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in "Harvard Law Review", vol. 10, 1897, pp. 457-478, p. 465 ss.



nuove che la società presenta<sup>26</sup>. Se gli stessi processi volessero essere descritti con metafore meccaniche ne sarebbe una cattiva descrizione. – (Resterà da vedere tuttavia se tale metafora non sia giustificata sul piano prescrittivo).

### 2.3. *Il diritto come macchina nel Positivismo italiano*

Fra gli esponenti del Positivismo giuridico italiano, Uberto ScarPELLI è a mio avviso uno degli autori che ha criticato con maggior forza l'idea che il diritto sia o possa essere assimilato ad una macchina. Nel difendere la "possibilità del positivismo giuridico", egli ha recisamente negato che si possa pensare al diritto come a una macchina, che la sua pratica e conoscenza abbiano tali caratteristiche e che il positivismo ne dia una rappresentazione in tali termini.

L'opinione circa la possibilità del positivismo giuridico e dei suoi metodi dipende dal modello più o meno rigido che si assume: se ad un sistema di diritto positivo e all'attività della scienza e della pratica del diritto entro di esso si vuole attribuire la perfezione di una macchina, l'esperienza verrà sempre a smentirci; se vi si pensa invece come ad una istituzione umana, funzionante per mezzo degli uomini e del linguaggio umano, ammettendo serenamente le inevitabili slabbature e sfasature, destinate a rivelarsi soprattutto nel momento dell'amministrazione della giustizia, e se si pone mente oltre le vicende del diritto nei tribunali alla sua vita nella società intera, potrà apparire che un sistema di diritto positivo ed una scienza ed una pratica del diritto conformi ai suoi canoni sono possibili e sono capaci di assicurare ad una società ordine e sicurezza nei rapporti giuridici in grado elevato<sup>27</sup>.

Mi sento di sottoscrivere integralmente quanto espresso da ScarPELLI in questo passaggio. (Quanti malintesi intorno al positivismo giuridico! Uno di essi, appunto, è che il positivista in quanto tale, al pari di certi realisti, abbia una visione del diritto come macchina). La tesi qui difesa appare in una luce ancora più forte se si pensa alle pratiche giuridiche dell'interpretazione e dell'argomentazione, con tutte le componenti discrezionali e retoriche che le caratterizzano. Se infatti ci si accosta al

<sup>26</sup> E.H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, in "The University of Chicago Law Review", vol. 15, 1948, pp. 501-574.

<sup>27</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 144.145. Cfr. ID., *Auctoritas non veritas facit legem*, in "Rivista di filosofia", vol. LXXV, 1984, pp. 29-43, segnatamente pp. 37-41. Sui malintesi circa il positivismo giuridico rimando naturalmente a N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, cap. V.

diritto dal punto di vista dell'interpretazione e dell'argomentazione, ci si rende facilmente conto che in tali pratiche c'è ben poco di assimilabile al funzionamento di una macchina.

Il diritto così accostato appare ben altro che una macchina logica per operazioni deduttive, esso è una vicenda molto umana di comportamenti dotati di senso e di messaggi linguistici, con zone di vaghezza e ambiguità, scelte e decisioni nelle zone morbide o forzando le zone dure, argomenti ed appelli di vario peso e forza, e per tali vie immissioni di valori, intrusioni di sentimenti e risentimenti, manifestazioni degli aspetti superiori o affioramenti degli aspetti inferiori ed oscuri nelle personalità, ecc.<sup>28</sup>.

Anche questo mi sembra da sottoscrivere integralmente e lo sottoscrivo. Davvero, se vogliamo usare qualche immagine o metafora diversa, mi sembra si possa dire questo: *il diritto non cammina da sé, ma sulle gambe degli uomini*. Le sue regole camminano sulle nostre gambe. I suoi principi non arrivano che dove *noi* li portiamo. Non c'è nessuna necessità meccanica nella vita del diritto. E in fondo non c'è in essa alcuna autonomia, se si sottoscrive una visione positivista per cui il diritto è un artefatto umano – ma un artefatto diverso dalle macchine, beninteso.

Quindi, essere positivisti non significa affatto pensare che il diritto sia una macchina, che i suoi operatori siano degli ingranaggi, che la giurisprudenza sia un'attività meccanica e cose del genere; nemmeno è corretto, per un positivista avveduto come Scarpelli, pensare che vi siano assimilabili: ci sono differenze sostanziali fra l'una e l'altra cosa.

(Cambiando orizzonte filosofico, si osservi che anche Dworkin, con la sua famosa o famigerata tesi dell'unica risposta corretta, rifiuta l'idea che il giudizio sia una decisione meccanica: anche la discrezionalità debole di cui egli parla comporta l'esercizio del discernimento; anche interpretando Dworkin come un formalista, non ne segue una visione meccanica del giudizio<sup>29</sup>).

### 3. Perché si tratta di una metafora fraintesa

Ora cercherò di rispondere alle obiezioni che sono state mosse alla mia tesi e alle osservazioni sviluppate a suo riguardo da alcuni colleghi di

<sup>28</sup> U. SCARPELLI, *Che cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 40-41.

<sup>29</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978, pp. 31-39, 105-123. Su Dworkin come possibile formalista in sede di teoria dell'interpretazione, vedi M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, terza ed., Giappichelli, Torino, 2008, pp. 219-220.

grande valore, che mi hanno dato con ciò l'opportunità di approfondirne le ragioni e di vedere più chiaramente (spero) cosa in essa non va. Di questo li ringrazio moltissimo. Sosterrò che molte delle obiezioni dipendono da fraintendimenti circa il ruolo della metafora in esame.

### 3.1. *Il diritto come macchina secondo Itzcovich*

Giulio Itzcovich sostiene che questa metafora, ben più risalente e diffusa del Realismo giuridico, esprime ciò che a volte è chiamato “artificialismo” della ragione politica e giuridica moderna. La si può trovare da Hobbes fino a Schmitt e sarebbe, secondo Itzcovich, “un’idea caratteristica del positivismo giuridico”, tesa a indicare nel diritto uno “strumento” o “tecnica sociale”: “il diritto è una macchina perché costruito dagli uomini per perseguire scopi consapevolmente scelti”. Questa tesi, storicamente documentabile, era già stata avanzata da Itzcovich in un suo precedente lavoro incentrato su Weber, sullo sviluppo capitalistico e la razionalizzazione in senso formale del diritto (la sua “meccanizzazione”)<sup>30</sup>.

Le immagini dello stato come macchina e del giudice o del funzionario come automi sono frequenti nell’opera di Weber, ed indicano il modello di un potere legale formalmente razionale, secolarizzato e tecnicizzato, tanto più idoneo ad orientare le aspettative strumentali degli interessati al diritto quanto più separato dall’etica e dalla politica<sup>31</sup>.

Tornando allo scritto che sto esaminando qui, la natura meccanica del diritto si svelerebbe nel suo modo di funzionare:

il diritto moderno funziona anche perché è “posto”, cioè perché qualcun altro ha già deciso in qualche modo la questione di cui si controverte: funziona, cioè, come una macchina i cui movimenti e finalità non sono di volta in volta determinati da chi opera nella macchina, o con la macchina – anche se ciò può di volta in volta accadere – bensì sono decisi dal “grande Altro” che ha costruito la macchina – ad esempio, lo stato, la

<sup>30</sup> G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, anno XXXI, 2001, pp. 365-393, § 3 in particolare.

<sup>31</sup> Ivi, p. 372. Ma sulle diverse metafore dell’orologio e della bilancia cfr. O. MAYR, *La bilancia e l’orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell’Europa moderna* (1986), il Mulino, Bologna 1988. Per una lettura prudente del “meccanicismo” in Hobbes cfr. P. BECCHI, *Meccanicismo e organicismo. Gli antecedenti di un’opposizione*, in “Filosofia politica”, anno XIII, 1999, pp. 457-472.

nazione, il popolo sovrani – e devono comunque incanalarsi nei meccanismi della macchina, rispettandone la struttura.

Questo mi sembra un passaggio chiave su cui tornare fra poco. Itzcovich aggiunge che proprio in virtù di tale natura meccanica sarebbe appropriato, in alcuni contesti, seguire e applicare il diritto prescindendo dal proprio spirito critico e dal proprio senso di responsabilità morale<sup>32</sup>. Infine, egli nota che non solo il diritto è un artefatto “intellettuale, sociale e normativo” (caratteristiche da me utilizzate per distinguere il diritto da altri artefatti come le macchine), giacché qualsiasi macchina è “sociale e intellettuale, nel senso che la sua progettazione e il suo utilizzo richiedono la cooperazione sociale e la mobilitazione di risorse intellettuali” e poiché macchine sofisticate come i computer “processano informazioni formulate in un linguaggio, utilizzano codici e simboli, cioè elementi non ontologicamente diversi dalle norme”.

Non voglio contestare l'uso storico della metafora in esame, ben sottolineato da Itzcovich; ma credo che ci siano dei fraintendimenti che inficiano le sue osservazioni. Noterei le seguenti cose: (i) che qualcosa sia artificiale non significa che sia meccanico; (ii) autorevoli esponenti del positivismo giuridico, come Scarpelli, hanno rifiutato la metafora in questione; (iii) che qualcosa sia uno strumento non significa che sia una macchina o che il suo impiego sia meccanico; (iv) il funzionamento “meccanico” del diritto può essere visto in un'ottica descrittiva o prescrittiva, con implicazioni e conseguenze ben diverse; (v) non è vero che qualsiasi macchina sia “sociale” allo stesso modo in cui lo è il diritto (Robinson Crusoe può costruirsi alcune macchine, ma non può avere un sistema giuridico); (vi) non è vero che qualsiasi macchina sia “intellettuale” allo stesso modo del diritto, poiché il secondo, anche se come le macchine è progettato dall'intelletto, a differenza delle macchine *sta* nell'intelletto (ognuno di noi percepisce le macchine, ma qualcuno ha mai annusato un principio?); (vii) non è vero che qualsiasi macchina sia “normativa” allo stesso modo in cui lo è il diritto, poiché, se anche è vero che un computer può processare norme, il diritto è un insieme di norme, mentre un computer non lo è<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Dice poi che non è appropriato contrastare l'applicazione del diritto (che nelle mie parole “*richiede ad ogni passo una condotta da parte di soggetti capaci di autocontrollo e quindi responsabili*” – G. TUZET, *Sul possibile moto della macchina*, cit., p. 107) con il funzionamento delle macchine, poiché anche queste richiedono una condotta che le attivi. Ma proviamo a pensare cosa succederebbe se tutti interrompessimo la nostra coscienza per un'ora: in quell'ora molte macchine continuerebbero a funzionare, ma nessuna decisione giuridica verrebbe presa, nessun atto giuridico verrebbe perfezionato, nessuna applicazione di diritto avrebbe luogo.

<sup>33</sup> Un altro punto delicato è che nel mio saggio iniziale (ivi, pp. 116-117) prospettavo la possibilità di vedere il corpo umano e la mente umana come macchine; al che Itzcovich

Il punto (iv) è quello che vorrei approfondire. Che il diritto, descrittivamente, *funzioni* come una macchina mi sembra ampiamente falso. Mi sembra semmai una finzione, che tuttavia ha qualche potere persuasivo.

Come segnala giustamente Itzcovich, negli ultimi decenni è stato in particolare il dibattito fra costituzionalisti a riprendere in ambito americano la discussione sulla metafora del diritto come macchina. Davvero è arduo pensare che il diritto costituzionale e i giudici costituzionali siano (rappresentabili come) delle macchine, se si pensa alle complessità delle vicende giuridiche, politiche, e morali attraverso cui nasce un testo costituzionale come quello americano e se ne sviluppa l'interpretazione. (Ma considerazioni non dissimili si possono applicare anche ad altre esperienze, compresa quella italiana). Per rappresentare le dinamiche del diritto costituzionale di una nazione sembra più appropriata la metafora di un organismo, di un essere vivente capace di sviluppo: *The Living Constitution*<sup>34</sup>. Se pensiamo alla somma di fattori giuridici, politici, morali, economici e sociali che determinano il diritto costituzionale e le decisioni delle corti costituzionali, è davvero arduo pensare che si tratti di un processo meccanico. D'altro canto, una delle funzioni fondamentali di una carta costituzionale è quella di porre dei vincoli al potere politico. Perché non rivalutare la metafora della macchina rispetto a questa funzione? Meccanico in quanto vincolato e (deonticamente) calcolabile sarebbe il diritto costituzionale nella misura in cui pone dei limiti al potere politico e alle operazioni interpretative e creative delle corti. Qualcosa di questa idea si ritrova probabilmente nelle teorie dell'interpretazione costituzionale che pongono l'accento più sui vincoli e sulla stabilità che sulla flessibilità e sull'evoluzione – penso in particolare all'"originalismo" di Scalia<sup>35</sup>.

Nelle sue recenti "Oliver Wendell Holmes Lectures", anche Bruce Ackerman ha discusso di queste metafore chiedendosi se la costituzione americana sia (rappresentabile come) una macchina o un organismo: egli

reagisce dicendo di trovare incongruo "che Tuzet accetti l'ipotesi di pensare al sistema nervoso e al corpo umano come macchine, e non accetti invece l'ipotesi di parlare del diritto in termini di macchina". A parte che non usavo il verbo "accettare" ma presentavo la cosa in termini di ipotesi, si può pensare che i processi fisiologici umani siano causali ma che su alcune loro cause sopravvivano quelle che chiamiamo "ragioni".

<sup>34</sup> Vedi fra gli altri W.H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, in "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 29, 2006, pp. 401-415 (articolo pubblicato originariamente nel 1976); A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, pp. 390-393.

<sup>35</sup> Cfr. A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in "University of Cincinnati Law Review", vol. 57, 1989, pp. 849-865. Contro questo approccio, vedi ad es. J. BALKIN, *Fedeltà al testo e ai principi*, in "Ars Interpretandi", vol. XIV, 2009, in corso di stampa.

dice che non è nessuna delle due cose, né una macchina né un organismo<sup>36</sup>. Ackerman sostiene infatti una posizione eclettica che cerca di combinare i vantaggi delle due metafore, rendendo conto dello sviluppo e delle innovazioni così come della continuità e dei vincoli (a quest'ultimo scopo è votata in particolare, come'è evidente, la dottrina della separazione dei poteri). Si potrebbe argomentare che la metafora meccanica è più pertinente in altre aree del diritto; ma dovunque ci sia spazio per scelte valutative e discrezionali siamo lontani da processi meccanici<sup>37</sup>.

Questo – apparentemente – sul piano descrittivo. Che poi il diritto, prescrittivamente, *debba funzionare* come una macchina mi sembra una questione ben diversa e molto più aperta. Nelle discussioni costituzionali cui si è appena fatto riferimento mi sembra che a volte serpeggi un fraintendimento di questo tipo: si scivola inavvertitamente dalla questione se il diritto (costituzionale) funzioni come una macchina a quella se il diritto (costituzionale) debba funzionare come una macchina, e viceversa. (Lo stesso problema era presente in Pound, come abbiamo visto).

Un esempio di chiarezza analitica, mondo da confusione fra questi piani, ci viene invece dal nostro Beccaria. Il famoso o famigerato modello del sillogismo giudiziale non è affatto descrittivo, è del tutto prescrittivo.

In ogni delitto *si deve fare* dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore *dev'essere* la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza (*Dei delitti e delle pene*, IV; corsivi miei).

Questa è un'idea normativa che si ritrova nel nostro ordinamento giuridico e innerva la tradizione di civiltà giuridica cui apparteniamo, almeno a partire dall'Illuminismo giuridico. Da qui la metafora del giudice come macchina logica. I positivisti che oggi la riprendono non intendono dire che i giudici ragionino in questo modo, ma che così dovrebbero ragio-

<sup>36</sup> B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, in "Harvard Law Review", vol. 120, 2007, pp. 1737-1812, parte III in particolare.

<sup>37</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in "Harvard Law Review", vol. 71, 1958, pp. 593-629, in particolare pp. 610-611. Così Hart si esprime a proposito del celebre caso *Lochner v. New York* (1905): "Justice Peckham's opinion that there were no reasonable grounds for interfering with the right of free contract by determining the hours of labour in the occupation of a baker may indeed be a wrongheaded piece of conservatism but there is nothing automatic or mechanical about it" (ivi, p. 611, nota 39).

nare<sup>38</sup>. È interessante pensare con attenzione a questa metafora e a quelle collegate rese celebri dall'Illuminismo giuridico e da Montesquieu:

- 1) il giudice come bocca della legge
- 2) il giudice come automa.

Una prima cosa da notare, a mio avviso, è che c'è lo spazio concettuale per distinguere queste due metafore. Mi pare infatti che un giudice possa essere la bocca della legge senza per questo essere un automa, nel senso che la prima metafora gli consente di agire diversamente dove la legge non sia (sufficientemente) determinata, cosa che la seconda mette quantomeno in ombra. Ad ogni modo, una seconda cosa mi preme notare soprattutto: queste metafore vanno intese in senso prescrittivo. Non dicono che i giudici sono macchine logiche, bocche della legge o automi: dicono che dovrebbero comportarsi come tali. Qui c'è un punto fondamentale da notare: noi possiamo *intenzionalmente* comportarci come macchine anche se di fatto non lo siamo. *Le macchine non possono comportarsi da uomini, ma gli uomini possono operare come macchine*. Una delle ragioni per cui questo punto non viene talvolta apprezzato è che si confondono le proprietà di un atto inferenziale con quelle del suo contenuto<sup>39</sup>. Ripensiamo al modello del sillogismo giudiziale e all'idea che i giudici debbano ragionare deduttivamente: la deduzione *non è una necessità* del pensiero<sup>40</sup>. Proprio per questo *prescriviamo* in certi contesti di ragionare deduttivamente. E proprio per questo l'inferire è un'attività responsabile. Bisogna distinguere il contenuto dall'atto. Il contenuto può essere completamente determinato per via deduttiva, il che non toglie che operare un'inferenza è un'attività responsabile. Anche in un caso facile, per dire, c'è un giudizio. Alla base c'è la capacità degli uomini di agire in base a ragioni, non in base a mere cause<sup>41</sup>.

Dunque, una volta stabilito che i giudici *non sono macchine* ma possono (intenzionalmente) agire come macchine, è da discutere se vogliamo che *si comportino come macchine*. Il giudice come macchina è un buon modello di giudice in senso prescrittivo? Su questo torneremo alla fine.

<sup>38</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 7 ss.

<sup>39</sup> Questo è completamente trascurato, ad esempio, da J. DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 50 ss., quando l'autore presenta la seguente "aporìa": se la decisione è giusta è perché applica liberamente e responsabilmente una regola, ma se applica una regola non si tratta di una decisione.

<sup>40</sup> Vedi J. HINTIKKA, *Knowledge and Belief*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1969, pp. 35-38.

<sup>41</sup> Il punto è rilevato anche da J. BJARUP, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, in "Ratio Juris", vol. 18, 2005, pp. 1-15, pp. 8-9.

### 3.2. *Il diritto come macchina secondo Poggi*

Nel suo contributo Francesca Poggi ci ricorda che le metafore sono letteralmente false e che vengono tuttavia utilizzate per cogliere qualche aspetto interessante di ciò su cui vertono. Itzcovich sottolineava al termine del proprio scritto che è importante cogliere gli aspetti catturati dalla metafora del diritto come macchina, i quali a suo avviso sono sostanzialmente due: “il fatto che il diritto sia uno strumento consapevolmente creato dagli uomini per perseguire certi scopi; il fatto che il diritto sia separato dalla vita, autonomo e indifferente, funzionante in base ad automatismi”. Ho già indicato alcuni dei fraintendimenti annidati nella metafora. I rilievi di Poggi ne indicano degli ulteriori limiti.

Ad avviso di Poggi la metafora del diritto come macchina è stata impiegata per rilevare tre caratteristiche distinte del diritto: 1) la sua artificialità; 2) la sua prevedibilità nell'ideale illuministico di un diritto certo (certo in quanto prevedibile); 3) la sua calcolabilità mediante un codice binario (lecito/illecito, permetto/vietato, ecc.). Poggi rileva d'altro canto, pur non volendo prendere posizione nel merito, che è possibile indicare altri aspetti del diritto che sarebbero offuscati dall'impiego di tale metafora: 4) non sembra vero che il diritto possa essere utilizzato *per qualsiasi scopo* (basta pensare alla tesi hartiana sul “contenuto minimo del diritto naturale”<sup>42</sup>; più prosaicamente, aggiungerei, si provi ad utilizzare il diritto al posto del danaro: si riescono ad ottenere gli stessi risultati economici che motivano l'introduzione del danaro?); 5) “il diritto non può essere sempre (e completamente) predeterminato (né, pertanto, può essere sempre prevedibile)” per una serie di ragioni fra cui la presenza di lacune normative, la presenza di antinomie non risolvibili con criteri intra-ordinamentali, la vaghezza e l'ambiguità del linguaggio con cui il diritto è formulato, la defettibilità delle norme giuridiche determinata da un giudizio discrezionale dell'interprete; 6) che il diritto funzioni come un calcolatore per scelte pratiche mediante un codice binario è non solo implausibile se si considerano i rilievi al punto precedente (lacune, antinomie, ecc.) ma anche non auspicabile alla luce di considerazioni relative alla responsabilità e alla legittimità morale.

Poggi osserva con ragione che il mio scritto trascurava alcuni di questi aspetti. Ben vengano allora le sue osservazioni, se portano acqua al mulino della tesi da me difesa. Ma è importante comprendere le ragioni per cui una tesi è difesa. Un punto che trascuravo è che il diritto non è una macchina nella misura in cui è *discrezionale*. Non possiamo decidere discrezionalmente come avviare

<sup>42</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), sec. ed. (1994), Einaudi, Torino, 2002, cap. IX.



un'automobile, ma possiamo decidere discrezionalmente come applicare una norma (se ad esempio la sua formulazione è affetta da vaghezza). Un motivo di questo sta per Poggi nella natura linguistica del diritto, per cui – in relazione al mio scritto precedente – 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”<sup>43</sup>. Giusto; aggiungerei banalmente che, oltre ad avere una natura linguistica, ha una natura normativa, e che nessuna macchina ha una natura normativa, sociale e intellettuale nel senso che ho cercato di indicare sopra discutendo il contributo di Itzcovich. Poggi nota la differenza fra i miei rilievi legati all'idea di errori normativi (come nell'esempio del vigile all'inizio di questo lavoro) e i suoi rilievi del punto 5): questi “non s'incentrano sulla possibilità di errori normativi, bensì, al contrario, sottolineano come nel diritto vi siano casi in cui non è predeterminato 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”. Bene; una ragione in più per dubitare della metafora del diritto come macchina<sup>44</sup>.

Poggi ne conclude ad ogni modo che i precedenti rilievi “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”. Francamente, il bilancio di questi rilievi e di quelli che farò nel resto di questo lavoro mi sembra suggerire l'abbandono di questa metafora. Analogamente a quanto dice Hart sul “modello del bandito”<sup>45</sup>, il modello o la metafora della macchina rende oscuri più aspetti del diritto di quanti ne illumini, gettando una falsa luce sul suo funzionamento e le sue condizioni.

### 3.3. *Il diritto come macchina secondo Narváez*

Maribel Narváez sottolinea la necessità di chiarire la nozione stessa di metafora, al fine di precisare il tipo di critica che si vuole muovere alla

<sup>43</sup> Al che Poggi aggiunge una nota sull'interpretazione che davvo di Wittgenstein nel mio scritto e solleva alcuni dubbi su di essa; a suo sostegno ribadisco il ruolo dato da Wittgenstein alla prassi e, nella lettura che ne dà Kripke, la dimensione normativa dei fenomeni intenzionali e linguistici.

<sup>44</sup> Poggi esprime tuttavia, come Itzcovich, un disaccordo con il mio argomento secondo cui il diritto, a differenza delle macchine, “*richiede ad ogni passo una condotta da parte di soggetti capaci di autocontrollo e quindi responsabili*”. Sottolineo la specificazione “ad ogni passo” e rimando a quanto detto sopra nella nota 32.

<sup>45</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., capp. II-IV.

metafora del diritto come macchina. Un modo di avvalorare la mia critica, a suo avviso, è quella di considerarla una metafora “concettuale” (o cognitiva). Il compito che una metafora concettuale dovrebbe svolgere, se ben capisco, è quello di illuminare la nostra comprensione di qualcosa, rivelandone delle connessioni concettuali e inferenziali non prima evidenti. Benché letteralmente false, le metafore concettuali avrebbero degli importanti effetti cognitivi, facendoci cogliere qualcosa in più, o meglio di prima. Come nota efficacemente Narváez, ci fanno comprendere *qualcosa* nei termini di *qualcos'altro*. Chi dice *homo homini lupus* non intende letteralmente dire che gli uomini siano lupi, ma attirare l'attenzione su alcuni aspetti del loro comportamento e innescare con ciò delle connessioni inferenziali di vario genere, non solo descrittivo ma anche pratico-normativo (i propri simili sono aggressivi, ci si deve proteggere da essi, si è autorizzati ad attaccarli in certe condizioni, ecc.). Analogamente, dire che il diritto è una macchina sottende una serie di implicazioni e conseguenze che non sempre sono esplicitate e che andrebbero considerate per giudicare della correttezza e dell'opportunità della metafora.

“Las metáforas son mapas conceptuales que van de uno a otro dominio” – dice Narváez – da un dominio *source* più noto, meno complesso e in genere meno astratto (nel nostro caso la macchina) a un dominio *target* meno noto, più complesso e più astratto (il diritto). Questo mi ricorda il modo in cui alcuni autori rendono conto dei procedimenti analogici, sostenendo che le metafore sono elaborate più o meno consapevolmente sulla base di *analogie*. Da un punto di vista logico si dice che le metafore sono “analogie condensate”, che le analogie vanno da un dominio *source* a un dominio *target* e che sono giustificate dove le somiglianze fra *source* e *target* sono rilevanti, con la conclusione che anche le metafore (analogie condensate) sono giustificate se le somiglianze sono rilevanti<sup>46</sup>. È giustificato considerare gli uomini come lupi? È giustificato considerare il diritto come una macchina? Bisognerebbe capire quali sono le somiglianze rilevanti fra *source* e *target* catturate dalle analogie e dalle relative metafore. Tuttavia, se intendo bene, Narváez nota che secondo alcuni autori le metafore concettuali creano esse stesse le similitudini da cui dovrebbero dipendere, come dimostrerebbe l'esempio da lei considerato della discussione come battaglia.

<sup>46</sup> A partire dall'analogia “A sta a B come C sta a D”, la metafora può prendere le forme “A di D”, “C di B”, “A è C”. Vedi ad es. Ch. PERELMAN, *L'empire rhétorique* (1977), Vrin, Paris, 1997, cap. 10; K.J. HOLYOAK & P. THAGARD, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1995, cap. 9. Cfr. la bibliografia citata da Narváez.

No se trata de que entre las batallas y las discusiones haya similitudes o se pueda justificar una analogía previa al establecimiento de la relación metafórica. En realidad, bajo esta perspectiva, las similitudes son producto de la existencia de metáforas conceptuales y no su presupuesto previo.

Può darsi che di fatto accada questo e che, con una specie di corto circuito intellettuale, le metafore creino le condizioni da cui dovrebbero dipendere. Ci si può chiedere pur sempre se ciò sia giustificato e se in verità non accada perché, spesso inconsapevolmente, elaboriamo delle articolate metafore concettuali a partire da alcune somiglianze di fondo avvertite come rilevanti. Questo in qualche modo potrebbe spiegare la discreta fortuna della metafora del diritto come macchina? Forse sì, ma non dirimerebbe il fatto che sia giustificata o meno. Comunque è interessante notare che non qualsiasi tipo di macchina funziona bene in questo ruolo poiché, come nota acutamente Narváez, per rendere conto della complessità del diritto pensiamo ad una macchina con ingranaggi e molti pezzi diversi; se volessimo concentrarci su altri aspetti del diritto utilizzeremmo macchine e metafore diverse<sup>47</sup>. Il richiamo agli aspetti per cui la metafora è stata introdotta e utilizzata è anche negli scritti di Itzcovich e Poggi, ma Narváez sembra concluderne che ai nostri fini non è così importante. Quella che è oggetto della mia critica sarebbe ormai una cosiddetta “metafora morta”, cioè convenzionalizzata al punto tale da essere presa per letteralmente vera o quasi e di cui si tendono a dare per scontate le implicazioni, avallando gli atteggiamenti pratici che vi si legano.

En el artículo de Tuzet se descarta un aspecto muy concreto de la extensión de la metáfora, aquel que casi de forma desapercibida lleva a la “des-responsabilización” de los agentes que participan en la práctica del derecho. El peligro de la vida de una metáfora es que esta muera, que se vuelva tan consustancial a la forma de concebir el dominio meta que ya no pueda verse esa realidad de otro modo.

Questa è in effetti una delle preoccupazioni che motivano la mia discussione e che cercherò di esplicitare nell’ultima parte di questo scritto: quali sono le connessioni inferenziali, le conseguenze e gli effetti comportamentali che la metafora del diritto come macchina produce nei suoi utilizzatori e destinatari.

<sup>47</sup> Altra questione ancora è quella delle macchine utilizzate (non metaforicamente) nella prassi giuridica, come l’inquietante “macchina della verità”, l’odiato “autoveloX” o gli economici “motori di ricerca”. Per interessante che sia, ciò esula dal mio tema.

#### 4. *Perché si tratta di una metafora “infelicissima”*

Se, come lo stesso capostipite dei realisti scandinavi – Axel Hägerström – ha dichiarato, “il diritto non è altro che una macchina sociale di cui gli uomini sono i denti”<sup>48</sup>, allora averne la consapevolezza permette ai giuristi di operare come ingegneri sociali capaci di farla funzionare e di produrre i risultati attesi. Se tuttavia la metafora è ampiamente falsa può mantenere ben pochi dei vantaggi che promette. Se assume che le condotte sociali siano ampiamente prevedibili e indirizzabili, quando invece non lo sono, i risultati attesi non verranno ottenuti o verranno ottenuti fortunosamente per altri motivi. Comunque, sui meriti e demeriti della metafora è necessario qui un approfondimento conclusivo.

La metafora è “infelicissima” non solo perché incapace di rappresentare le dinamiche del diritto, ma anche perché inopportuna dal punto di vista delle conseguenze che può produrre – e spesso produce – in termini non solo giuridici ma anche politici e morali. Le cattive conseguenze della metafora sono a mio avviso di due generi, peraltro assai diversi fra loro. In primo luogo – ed è la cosa più importante e più grave – essa produce una forma di *deresponsabilizzazione* in capo agli operatori del diritto. Quante volte ognuno di noi si è trovato di fronte a un funzionario che testardamente, insensibilmente e ottusamente si trincerava dietro a frasi come “Questa è la legge”, “Le regole sono queste”, “Faccio solo il mio dovere”? Tutti argomenti molto importanti, per carità, ma a dir poco fastidiosi quando (più o meno consapevolmente) sono utilizzati per non considerare le particolarità di un caso concreto, occultare gli eventuali margini di discrezionalità nella scelta compiuta e trascurarne gli aspetti morali. Se non è fuori luogo, mi sia permesso citare una frase di Primo Levi. “I mostri esistono, ma sono troppo pochi per essere veramente pericolosi; sono più pericolosi gli uomini comuni, i funzionari pronti a credere e ad obbedire senza discutere”<sup>49</sup>. *Mutatis mutandis* qualcosa del genere vale anche per il legislatore che, anziché impegnarsi in un’opera di regolazione, lamenti l’impossibilità di riformare una certa “macchina” sociale, sottraendosi così alle responsabilità politiche che gli competono. Inoltre, anche la capacità critica in capo ai cittadini può essere ridotta dalla convinzione che il diritto sia una macchina e che non ci sia altro da fare che rassegnarsi.

In secondo luogo, in certi contesti, specialmente fra chi non ha delle competenze giuridiche, la metafora può produrre delle aspettative

<sup>48</sup> Citato in BJARUP, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, cit., p. 8. Su Hägerström vedi di recente P. MINDUS, *A Real Mind. The Life and Work of A. Hägerström*, Springer, Dordrecht, 2009.

<sup>49</sup> P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino, 2005, p. 176 (“Appendice” del 1976).

ingiustificate. Si tratta di conseguenze diverse da quelle precedenti e consistono nel fatto che, in breve, concepire il diritto come macchina induce un'illusione di perfezione. Penso ai ritornelli sul diritto che non ha bisogno di essere interpretato, che si impara a memoria, che è bianco o nero, e così via. Se il diritto è una macchina, se ne può inferire che è certo, perfettamente calcolabile, conoscibile in anticipo, di per sé infallibile. In fondo è questo che ci si aspetta dalle macchine. Se un'idea del genere viene applicata all'ambito del diritto, ad esempio a quello della giustizia o dell'amministrazione, il guaio è che di tali attività viene formata un'idea completamente distorta. "Uno dei principi che regolano il lavoro dell'amministrazione è che non si deve mai contemplare la possibilità di uno sbaglio", si dice in un passo del *Castello di Kafka*<sup>50</sup>. Eppure non è così. Lo dimostrano, per quanto riguarda la possibilità di errori normativi, i rilievi fatti all'inizio di questo lavoro e, per quanto riguarda la calcolabilità del diritto, i rilievi di Poggi a proposito di lacune, antinomie e interpretazione.

Ma anche per chi – come il sottoscritto – ritiene che la metafora del diritto come macchina sia descrittivamente inadeguata, resta da vedere se in qualche senso non sia opportuna sotto un profilo *prescrittivo*. "Le arti sono ormai inutili, dato che vengono sostituite dalle macchine che fanno meglio e più rapidamente", scrive Flaubert nel *Dizionario dei luoghi comuni*<sup>51</sup>. Per fortuna le arti sono sopravvissute. E il diritto? Possiamo sostituirlo con macchine, o meglio concepirlo come qualcosa che funzioni in modo meccanico? È desiderabile che il diritto sia concepito come una macchina da un punto di vista prescrittivo, ossia che ai legislatori sia chiesto di produrre un diritto massimamente calcolabile, che ai giudici e agli operatori giuridici sia chiesto di applicarlo meccanicamente e che ai cittadini sia chiesto di seguirlo allo stesso modo? La cosa avrebbe alcuni vantaggi, in teoria. Sarebbero corroborati in particolare i principi della certezza del diritto, della legalità e della separazione dei poteri. D'altro canto, sarebbero incentivate la deresponsabilizzazione e l'illusione di perfezione lamentate poco sopra. Credo che la questione resti aperta; ma sospetto che, in generale, sia meglio abbandonare questa metafora, giacché gli ideali della certezza e della legalità possono essere perseguiti anche senza di essa (e forse meglio)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> F. KAFKA, *Il Castello*, in "Romanzi", a cura di E. Pocar, Mondadori, Milano, 1969, p. 633.

<sup>51</sup> G. FLAUBERT, *Dizionario dei luoghi comuni*, trad. di J.R. Wilcock, Adelphi, Milano, 1980, p. 22. (Ben prima di Benjamin, benché questi, in verità, non scriva sulla sostituzione delle arti con le macchine ma sul ruolo delle arti nell'epoca della riproducibilità).

<sup>52</sup> Ad es. con un'adeguata politica della legislazione e facendo leva sul senso di responsabilità degli operatori, se è vero che un'istituzione funziona meglio dove i suoi membri se ne sentono responsabili. Alcuni ritengono d'altro canto che ciò conduca a

Salverei invece la metafora del giudice come “bocca della legge” (che peraltro non è meccanica), ma temperata dalla consapevolezza che il giudice deve essere tale quando il diritto è sufficientemente predeterminato dal legislatore e che non può esserlo in tutti gli altri casi (vaghezza, ambiguità, defettibilità, lacune, ecc.). E senza dimenticare che resta pur sempre una bocca fallibile<sup>53</sup>.

un'eccessiva politicizzazione del diritto; cfr. M. ZAMBONI, *Legal Realisms: On Law and Politics*, in “Res Publica”, vol. 12, 2006, pp. 295-317.

<sup>53</sup> Una questione interessante che non posso trattare qui è se ci sia una qualche tensione fra responsabilità e consapevolezza della fallibilità, giacché la seconda potrebbe essere un motivo di relativa deresponsabilizzazione, benché dovrebbe far alzare la guardia anziché farla abbassare.