

Domenico Tambasco

Giustizia digitale e giustizia umana

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

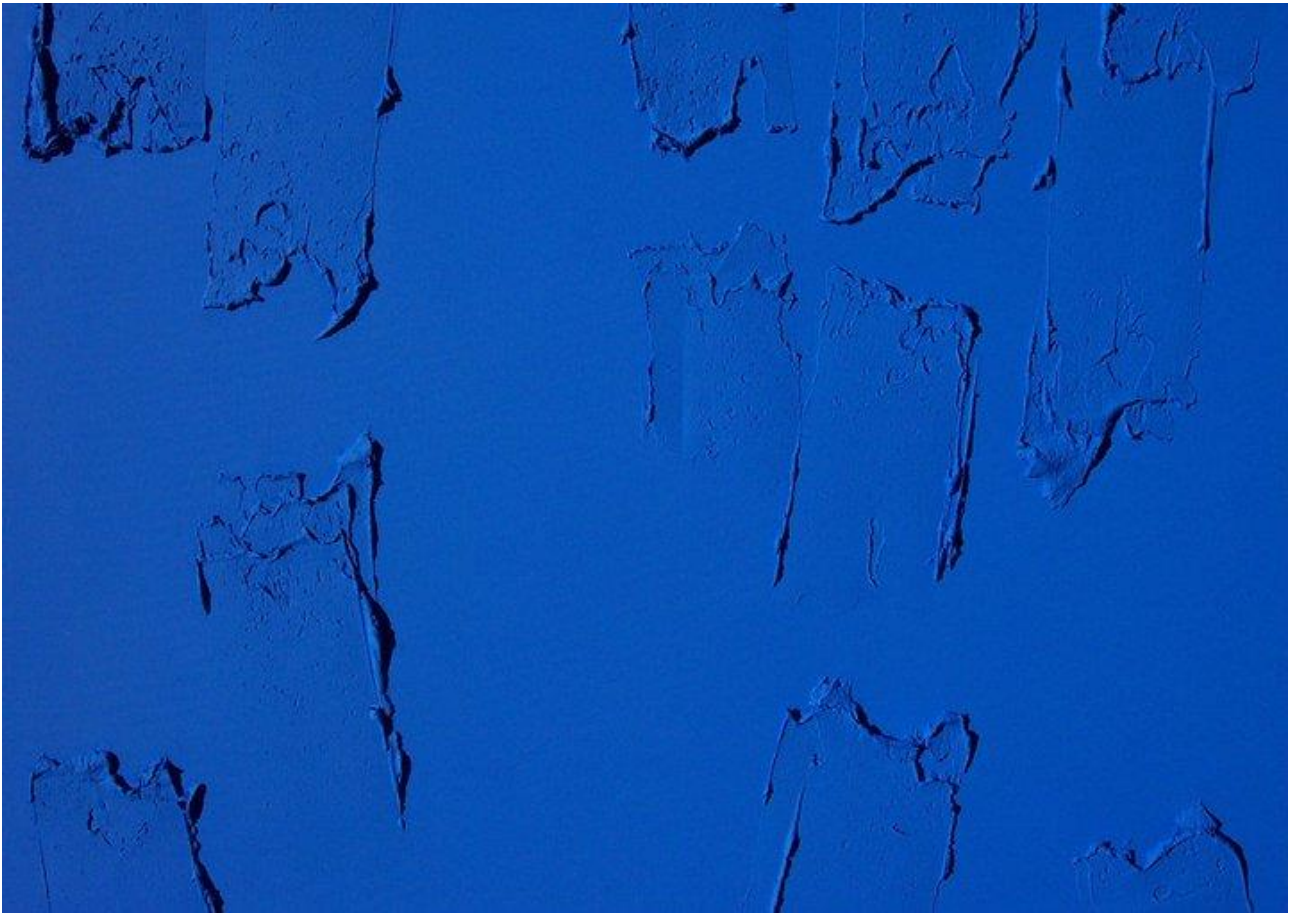
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Fuga di barriere*, 1992 (Ciclo Barriere)

Domenico Tambasco
Giustizia digitale e giustizia umana

È nei momenti eccezionali che emerge la vera natura delle cose, quasi si trattasse di una visione “in filigrana”; non fa eccezione il diritto che, in questi mesi di emergenza pandemica, ha manifestato ai nostri occhi i suoi caratteri costitutivi e le sue ultime tendenze evolutive.

In particolare, sullo fondo del drammatico e spesso tumultuoso fluire degli accadimenti recenti, risuonano le parole di un grande giurista contemporaneo¹ il quale con acume ha individuato nell’origine linguistica della norma l’atomo indivisibile del diritto: il latino “*norma*” che contiene in sé il significato di “squadra, misura” e l’etrusco “*numma*” che esprime il senso della “forma”.

L’unità base del diritto, la norma, è una tecnica che –alla stessa stregua di tutte le altre tecniche forgiate dalla mente umana- ha lo scopo di calcolare, misurare la realtà (il latino “*norma*”) e darle una forma, un ordine (l’etrusco “*numma*”) umanamente percepibile e comprensibile dall’essere umano; significa, in poche parole, dar nome ai fatti ed alle cose: diversamente, sarebbe il disordine assoluto, la totale in conoscibilità degli eventi.

“Squadra, misura, forma, designano una presa di posizione, una scelta di pensiero e di volontà, dinanzi a cose e fatti: la norma squadra, cioè delimita e circonda la realtà...; la norma misura, nel senso che qualifica la realtà e la raffronta ai propri scopi; la norma forma, poiché imprime alla realtà una configurazione, una fisionomia d’identità e riconoscibilità”².

Il diritto, dunque, è il trionfo dell’artificialità³, della volontà umana che si fa artefice per con-formare la realtà e governarla in funzione dei propri scopi e delle proprie finalità.

Torniamo al nostro discorso. Qual è il primo istinto umano dinanzi ad un fenomeno sconosciuto ed in conoscibile qual è un virus potenzialmente letale e diffusivo? Cercare di comprendere attraverso la tecnica, misurando e dando forma al fenomeno, per poterlo poi governare ed arginare.

Allo stesso modo le società umane, di fronte ai molteplici e spesso devastanti effetti della pandemia, hanno avuto la necessità di calcolare, dar forma e governare questi accadimenti, ricorrendo alle tecniche a loro disposizione.

Ecco spiegato il perché di una produzione normativa che, in ogni ordinamento giuridico, si è rivelata impetuosa, spesso pletorica e non di rado disordinata (pensiamo al quasi settimanale susseguirsi di DPCM nell’ordinamento italiano): è l’espressione dell’umana esigenza di dare un nome, una forma ed un ordine a qualcosa di inedito, attraverso la principale tecnica di conformazione sociale, ovvero il diritto.

¹ Natalino Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 65.

² N. Irti, cit., p. 59-60

³ *“Il diritto è un arte-fatto, un prodotto della volontà umana, uno strumento costruito in funzione di dati scopi”*, N. Irti, cit. p. 65.

Stiamo parlando di tecnica anche se, in realtà, dovremmo parlare di tecniche al plurale.

Arriviamo così al secondo passaggio di questa riflessione.

La tecnica giuridica, nel suo sforzo presente di calcolare, definire e dar forma al fenomeno pandemico, non ha operato in solitudine ma, al contrario, si è dovuta appoggiare ad altre tecniche: quella medico-scientifica, per dar contenuto alle proprie norme (ecco quindi un fiorire di decreti con finalità sanitarie e lessico medicale) e quella digitale, necessaria a costruire l'infrastruttura per la circolazione del diritto, quasi si trattasse (per mutuare il lessico irtiano) di un "nomodotto elettronico".

Da qui derivano due peculiari -e contraddittorie- trasformazioni che involgono il mondo del diritto: da un lato la norma non è più coniata nella sua scolastica forma generale ed astratta ma si trasforma in provvedimento, in disciplina sanitaria valida nell' *hic et nunc* del contingente momento per un limitato ambito di persone (si pensi ad esempio all'istituzione per decreto delle cosiddette "zone rosse", provvedimenti temporanei limitativi dei diritti costituzionali con riferimento ad uno specifico ambito di persone).

Dall'altro lato, la circolazione del diritto all'interno dei canali digitali (si pensi alla diffusione delle udienze da remoto⁴ o all'imposizione unilaterale dello *smart-working*⁵) ha letteralmente "sradicato" la tecnica giuridica⁶ da qualsiasi riferimento spaziale, definendo un ambito di applicazione potenzialmente illimitato, atopico. Siamo ormai anni luce lontani dal *nomos* della terra di schmittiana memoria⁷: l'approdo del ventunesimo secolo è il *nomos* atopico.

Avviciniamo ora il nostro sguardo a questa parte del fenomeno giuridico, proprio nel punto in cui si salda con la tecnica digitale.

Non è un fenomeno nuovo: l'epidemia ha velocizzato processi e tendenze già in atto da alcuni decenni, che oggi lo stato di necessità ha reso *ictu oculi* palesi.

Abbiamo poc'anzi visto come il diritto disciplini sempre più frequentemente rapporti a distanza, i quali prescindono dal concreto contatto umano e dallo specifico riferimento spaziale (*smart working*) esplicandosi, come abbiamo visto, entro canali digitali (processo telematico, udienze da remoto, automatizzazione delle ricerche giurisprudenziali et cetera⁸). Si parla sempre più frequentemente di "giustizia predittiva"⁹, suggestivo sintagma con cui si intende esprimere la moderna capacità della *legaltech* di riuscire a prevedere in anticipo quale decisione verrà adottata dal giudice in uno specifico

⁴ Si fa riferimento all'art. 83 del decreto legge 18 del 2020 che ha previsto, tra l'altro, che le udienze possano essere celebrate mediante collegamenti da remoto.

⁵ Si veda la Legge 22 maggio 2017, n. 81, da ultimo implementata dalla decretazione d'urgenza del periodo pandemico, tra cui: DPCM 23 febbraio 2020; DPCM 25 febbraio 2020; DPCM 1 marzo 2020, DPCM 8 marzo 2020, DPCM 11 marzo 2020, DPCM 22 marzo 2020, DPCM 1 aprile 2020, DPCM 10 aprile 2020, DPCM 26 aprile 2020, DPCM 17 maggio 2020 e il D.L. 34 del 19 maggio 2020 conv. L. 17 luglio 2020, n. 77, che hanno esteso il cd lavoro agile sia al settore pubblico sia al settore privato, anche in assenza degli accordi individuali.

⁶ Natalino Irti, *Norma e luoghi, problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁷ Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, ed. 1991.

⁸ Si rimanda, per una completa analisi delle prospettive del diritto del XXI secolo, all'illuminante saggio di Richard Susskind, *L'avvocato di domani*, Milano, Guerininext, 2019.

⁹ A. Garapon – J. Lassegue, *La giustizia digitale*, 2021, Bologna, Il Mulino; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, 2019, Bologna, Il Mulino, pp. 40-44; AA. Vv., *Decisione Robotica*, a cura di A. Carleo, 2019, Bologna, Il Mulino.

caso e talora addirittura quali pene o risarcimenti saranno fissati, sulla base del trattamento informatico ed algoritmico dei *big data* giudiziari (sentenze ed altri dati processuali).

La dottrina più recente ed attenta, addirittura, è arrivata a definire le sentenze, ovvero gli atti giuridici più espressivi ed importanti nel mondo del diritto, veri e propri “*aggregati di dati, che il giudice ha ricomposto e organizzato in modo idoneo a giustificare razionalmente la sua decisione*”, in cui “*la motivazione non aggiunge ma organizza dati*”¹⁰.

Il diritto in questa lucida prospettiva, dunque, si smaterializza fino a liquefarsi in un mero insieme di dati –che saranno poi convertiti e digitalizzati in bit-, che consentiranno in un prossimo futuro di “*inserire un insieme di dati in una macchina che ha al suo interno precedenti, regole di diritto e regole di ragionamento e in cui la macchina sarà capace di offrire, passo dopo passo, il ragionamento attraverso il quale si può essere in grado di arrivare a una decisione*”¹¹: per riprendere un’icastica espressione di L. Lessig, “*code is law*”¹². La norma viene generata dall’oscuro codice algoritmico creato dai moderni scribi, gli informatici¹³.

Profetica appare la previsione di Leibniz il quale, nella *Dissertatio de arte combinatoria*, affermò nel 1666 che

*“Le parti un giorno di fronte a una disputa potranno sedersi e procedere a un calcolo”*¹⁴

Le “magnifiche sorti e progressive” guidate dall’umana tecnica ci eviteranno, dunque, anche la grave responsabilità della decisione?

Sarà il caso di chiedere aiuto ad un’altra tecnica, quella delle neuroscienze, facendo riferimento all’opera rivoluzionaria di un grande studioso, Antonio Damasio¹⁵.

Lo studio di alcuni pazienti affetti da peculiari patologie neurologiche ha evidenziato, infatti, come le emozioni siano un elemento ineliminabile e fondamentale per la corretta esplicazione dei processi decisionali. In particolare, l’incapacità di prendere decisioni adeguate alla situazione concreta da parte di soggetti aventi lesioni ai lobi prefrontali, implicanti l’inibizione degli stati affettivo-emozionali ma il mantenimento di tutte le facoltà logico-razionali, è la più chiara e palese dimostrazione del postulato di Damasio, secondo cui l’emozione è parte necessaria ed obbligata del processo di ragionamento e di decisione.

Non basta, dunque, un semplice click sulla tastiera per decidere un caso complesso, con effetti permanenti sulla vita delle persone.

¹⁰ Amedeo Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, Mondadori, 2020, p. 119.

¹¹ Si tratta di una citazione da un passo di Reed C. Lawlor presentata da Richard Susskind al congresso IAIL del 2017, reperita in A. Santosuosso, cit., p. 79.

¹² L. Lessig, *Code is law. On liberty in cyberspace*, in Harvard Magazine, 2000.

¹³ Sulla similitudine degli informatici come moderni scribi, A. Garapon – J. Lassegue, *La giustizia digitale*, cit., pp. 35 e ss.

¹⁴ La citazione è tratta da L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia High Tech: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, 2019, Bologna, Il Mulino, p. 139.

¹⁵ Antonio Damasio, *L’errore di Cartesio*, Milano, Adelphi, 1994.

Sarà dunque molto rischioso, se non a prezzo di gravi disfunzioni per la stessa giustizia, sostituire integralmente¹⁶ il Giudice con i sistemi digitali; l'empatia del contatto umano con il freddo distacco del contatto "da remoto"; l'emotività della decisione¹⁷ con il matematico calcolo.

Cosa vogliamo dire con questo? Un concetto tanto semplice quanto poco scontato: la necessità che l'evoluzione digitale della tecnica giuridica, sperimentata in modo ancor più pervasivo in questi tempi di isolamento pandemico, non eclissi la vocazione profondamente umanistica del diritto¹⁸, che non può prescindere dal protagonista al cui servizio si pone qualunque tecnica: l'essere umano.

¹⁶ La prospettiva, più che della sostituzione integrale, dovrebbe essere quella dell'integrazione tra uomo e macchina, come suggerito da Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee nel noto saggio *La nuova rivoluzione delle macchine*, Milano, Feltrinelli, 2017.

¹⁷ In questa sede per emotività non si intende passionalità, ma necessaria compresenza di elementi emozionali e razionali nella decisione, come evidenziato nella trattazione di Antonio Forza, Giulia Menegon e Rino Rumiati, *Il Giudice emotivo*, Bologna, Il Mulino, 2018.

¹⁸ Sulla naturale ed insopprimibile vocazione umana del giudizio, si veda anche L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia High Tech: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, cit., p. 158.