

CAPITOLO 4.

Diritto e tecnologia

4.1 Comparazione giuridica e interdisciplinarietà: «law &...»

Non si compara solo nel diritto. Si compara in molte scienze (ad es., anatomia comparata; letteratura comparata, politica comparata ecc.).

D'altra parte, anche l'uomo che non è scienziato quotidianamente è portato a comparare, a confrontare (ad es. a comparare diverse possibili soluzioni a un problema della vita quotidiana).

La comparazione può dunque essere definita un processo cognitivo [Pascuzzi 2017a, 117 ss.].

La comparazione giuridica accresce la conoscenza delle possibili soluzioni a un problema di diritto. L'esempio più intuitivo è quello dell'apporto che può dare al legislatore messi alla ricerca di modelli normativi di altri sistemi giuridici [Pascuzzi 2017a, 120-121].

Ma ci si può spingere oltre. La comparazione giuridica come processo cognitivo e metodo di lavoro apre il diritto al dialogo con altri saperi.

Così si esprime Giovanni Pascuzzi [Pascuzzi 2017a, 122].

La comparazione ci fa vedere come sono nati gli istituti giuridici e come si sono evoluti. Essa pertanto indaga: aspetti storici, aspetti sociologici, aspetti economici. Il comparatista combatte gli steccati disciplinari. Il comparatista padroneggia, tra gli altri, gli skills del lavoro interdisciplinare [...]

La comparazione fa del mutamento e dell'innovazione degli oggetti privilegiati di indagine. La comparazione studia le tecniche dell'innovazione giuridica. La comparazione studia la creatività del giurista.

È quello che è successo negli scorsi decenni nell'ambito della comparazione giuridica italiana [Pascuzzi 2017a, 121; Pascuzzi 2017b].

Si pensi al dialogo tra diritto comparato e storia [Gorla 1964b], tra diritto comparato e linguistica, tra diritto comparato e antropologia [Sacco, 1992; Sacco, 2007], tra diritto ed economia [Pardolesi 1987; Pardolesi, Bellantuono 2000].

In altri termini, la comparazione giuridica in Italia «è stata lo strumento per denunciare i limiti agli approcci più tradizionali alla riflessione giuridica. In particolare essa è servita, nelle intenzioni e nei fatti, a stigmatizzare dogmatismo e formalismo evidenziandone il carattere “ideologico”» [Pascuzzi 2017a, 121].

Non è casuale che i comparatisti siano stati tra i primi giuristi in Italia a intercettare nuovi approcci come il già citato «Law & Economics» (diritto ed economia) o quello di «Law & Literature» (diritto e letteratura) [Costantini 2012].

In questo corso, si farà riferimento all'approccio (al metodo) di «Law & Technology» (diritto e tecnologia) [Pascuzzi 2020]. Tale metodo di indagine si occupa, tra l'altro, di studiare il mutamento giuridico alla luce del cambiamento tecnologico.

4.2 Cambiamento tecnologico e mutamento giuridico

«Law & Technology» (diritto e tecnologia) è un campo di studi (nonché come si è detto, un approccio, un metodo di analisi) molto diffuso nel mondo.

Negli Stati Uniti e in Canada da alcuni decenni sono sorti centri di ricerca e riviste giuridiche che si occupano del rapporto tra diritto e tecnologia.

Con riferimento ai centri di ricerca, ecco di seguito alcuni esempi: Berkeley Law and Technology Center (BLTC) presso Berkeley Law, Berkman Klein Center for Internet & Society presso la Harvard University, Center for Technology, Innovation and Competition di Penn Law, Centre for Intellectual Property Policy (CIPP) della McGill University. Con riferimento alle riviste si possono fare i seguenti esempi: Berkeley Technology Law Journal, Harvard Journal of Law and Technology, Stanford Technology

Law Review, Journal of Law and Technology, Duke Law and Technology Review.

Anche in Italia sono stati creati centri di ricerche e riviste dedite allo studio interdisciplinare di diritto e tecnologia. Per limitarci solo ad alcuni esempi, con riferimento ai centri di ricerca, il Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica (CIRSFID) presso l'Università di Bologna, il NEXA center presso il Politecnico di Torino, il gruppo Biodiritto e il gruppo LawTech presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento; con riferimento alle riviste, si pensi a Diritto dell'informazione e dell'informatica, BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto, Diritto mercato e tecnologia, Medialaws, Diritto di Internet.

Nell'ambito di questo movimento di pensiero gli studi in materia di proprietà intellettuale e protezione dei dati personali hanno svolto un ruolo trainante.

Quando ci si riferisce a diritto e tecnologia si allude anche alla scienza. Infatti, si parla anche di Law, Science and Technology. Si veda, ad esempio, il programma di dottorato a Bologna intitolato appunto LAST-JD, Joint International Doctoral (Ph.D.) Degree in Law, Science and Technology.

Ciò perché la parola tecnologia nella versione inglese *technology* si riferisce allo studio e alla conoscenza relativi alle applicazioni, soprattutto in campo industriale, delle scoperte scientifiche.

Le applicazioni della scienza presentano benefici e rischi dai quali sorgono problemi giuridici [Pascuzzi 2002].

All'interno del vasto campo di ricerca riguardante il rapporto tra diritto e tecnologia, questo manuale, come si è già accennato, si interessa alle connessioni tra mutamento giuridico e cambiamento tecnologico.

A questo proposito si può citare un passo del libro di Stefano Rodotà del 1995 intitolato «Tecnologie e diritti» [Rodotà 1995, 9].

[Sono] i temi della tecnica quelli che meglio definiscono le prospettive e le angosce del nostro tempo. L'intreccio tra innovazione tecnologica, mutamento sociale e soluzioni giuridiche pone ogni giorno problemi di fronte ai quali spesso appaiono del tutto improponibili i vecchi criteri, le ricette conosciute.

L'improponibilità dei vecchi criteri è la ragione per la quale gli studiosi della materia si sono messi alla ricerca di nuovi schemi di lettura della realtà.

Un esempio molto noto è l'inquadramento teorico dei problemi giuridici posti da Internet da parte del giurista americano Lawrence Lessig [v. → Capitolo 25]. Il suo libro del 1999 si intitolava emblematicamente «Code and Other Laws of Cyberspace» [Lessig 1999]. La tesi di fondo del libro è che il codice digitale rappresenti una forma di condizionamento del comportamento umano (e dunque una forma di norma) non meno efficace e importante delle norme che promanano dal diritto statale. Non vanno studiate solo le regole giuridiche, vanno studiate anche le regole tecnologiche: ad esempio, le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore [Caso 2004] o le tecnologie di protezione dei dati personali [v. → Capitolo 20 sulla privacy by design e by default]. Le regole tecnologiche, come si accennava nella conclusione del → Capitolo 2, hanno natura diversa dalle regole giuridiche. Esse non sono espresse in linguaggio umano, ma in linguaggio informatico (o in linguaggio biotecnologico) e sono più simili alle regole incorporate implicitamente nelle architetture fisiche (si pensi all'esempio dei dossi artificiali → v. Capitolo 2 → Paragrafo 2.3).

Più in dettaglio Lessig spinge a guardare a diverse forme di norme: il codice informatico (le architetture digitali), le norme del mercato, le norme sociali e il diritto statale.

Nel titolo del libro Lessig pone il codice informatico al primo posto.

Così si esprime Lessig a proposito della regolamentazione di Internet.

It is no longer hard to understand how the Net could become a more perfectly regulated space or how the forces behind commerce could play a role in facilitating that regulation.

Se quindi il codice digitale e le forze di mercato plasmano Internet, quale ruolo residua al diritto statale e alle norme sociali?

Questo tipo di quesito riecheggia il dibattito tra giuristi e filosofi. Si prenda, ad esempio, il dibattito tra il filosofo Emanuele Severino e il giurista Natalino Irti [Irti, Severino 2000; cfr. → Capitolo 25].

Essenzialmente il dialogo vede contrapposte la visione di Irti, il quale ritiene che il diritto, per quanto indebolito, sia capace di regolare la tecnica, e quella di Severino che, invece, vede nella tecnica un apparato che non persegue i fini dell'uomo (della politica e del diritto), ma un suo scopo che è l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni.

Scrive Irti.

Per aprire il dialogo con Emanuele Severino (un dialogo, che, in larga misura, è espressione di profonda consonanza), mi proverò subito a spiegare la formula, in cui si raccolgono il significato e il metodo del nostro lavoro: giurista positivo, o – che è il medesimo – studioso del diritto positivo. Diritto sta per insieme di norme o regole; positivo non indica il non-negativo, ma si collega, attraverso la tarda latinità, al participio passato di «ponere». Diritto positivo è, dunque, il diritto posto: e posto dagli uomini nella storicità del loro vivere. [...]

La crisi del giusnaturalismo – il quale trovò breve ed effimera rinascita dopo gli orrori della seconda guerra mondiale – è stata crisi dei fondamenti immutabili del diritto positivo. [...]

Declinati i fondamenti, il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto. La validità non discende più da un contenuto, che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento. [...]

Ora, quale posizione assume nei confronti della tecnica codesto apparato di procedure, nei cui canali scorrono le proposte ideologico-politiche? [...]

La ragione d'indebolimento, propria del sistema democratico, deriva dal suo rispondere alla stessa logica dell'economia di mercato. [...]

Queste ragioni di indebolimento della politica (e, per ciò stesso, della normatività giuridica, in cui le proposte politiche aspirano a tradursi) non colpiscono tuttavia la differenza logica tra la regola e il regolato: ossia, tra il diritto, da un lato, e il capitalismo e la tecnica, dall'altro. Non sarà più il diritto della «verità», ma è pur sempre un diritto della «volontà»; debole sì, ma teso ad orientare il capitalismo e la tecnica.

La volontà di raggiungere scopi attraverso norme – ancorché svigorita dalla spazialità dell'economia e dall'omogeneità strutturale tra regime democratico e concorrenza di mercato -, quella volontà si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata.

Severino si muove su altra linea. In due libri di grande rilievo – «Il declino del capitalismo» e «Il destino della tecnica», che recano le date, rispettivamente, del '93 e del '98 -, egli affaccia questa analisi. La tecnica si va trasformando da strumento in iscopo del capitalismo, il quale – leggiamo nel primo dei due libri – è «capitalismo solo in apparenza, mentre in realtà è tecnocrazia, e cioè l'agire che si propone come scopo l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, oltrepassando così la volontà "ideologica" di realizzare un certo mondo invece di un altro». Da parte loro, i gruppi politici -, e, noi aggiungeremo, il diritto -, per i quali l'uso o la minaccia della coercizione fisica sono indispensabili, hanno bisogno dei mezzi prodotti dalla tecnica: e così – leggiamo nel secondo libro – la democrazia è «costretta a subordinare il proprio scopo alla tecnica: ossia ad assumere come scopo il funzionamento ottimale della tecnica, e dunque, a non essere più democrazia (giacché un qualsiasi agire è ciò che esso è in forza dello scopo a cui esso è ordinato)». In breve, lo sviluppo indefinito della tecnica – da strumento che era – diviene scopo e del capitalismo e della democrazia politica. L'approdo conclusivo è nel governo dei tecnici [...].

[...] [S]e la tecnica si risolve – come pur scrive Severino – in «incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni» (da «Il destino della tecnica»), finiamo per trovarci dinanzi ad un apparato, capace sì di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, e che tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo. [...].

Si determina, se bene intendo, una sorta d'impossibilità storica o d'inconcepibilità logica, per cui la politica perde il controllo della tecnica: ma questo significa anche estinzione e fine del diritto, poiché la normatività giuridica trae origine da proposte politico-ideologiche, le quali, vinto il conflitto con altre, si traducono in volontà di diritto. Mi pare, dunque, che la soluzione di Severino non sia del tutto persuasiva:

- a) per l'eterogeneità o la distanza fra l'astratta potenza della tecnica e la concretezza, *hic et nunc*, degli interrogativi giuridici;
- b) per la totalizzante riduzione degli scopi allo «scopo di non raggiungere alcuno scopo» (dato – ripeto – che la tecnica, come indefinita capacità di raggiungere scopi, è divenuta scopo della politica e del diritto).

Le due obiezioni si raccolgono in un rilievo di principio: che il mondo del diritto, come mondo della decisione e della scelta in circostanze determinate, non può dissolversi in un apparato tanto immane quanto privo di scopi. La povertà di forze – l'indebolimento del diritto dinanzi alla potenza della tecnica – non riesce a minacciare l'autonomia della normatività giuridica. Questa povertà ha sempre in sé una grande forza, che è la capacità di scegliere scopi: «scopi ideologici» – li definirebbe, con certo sprezzo, il Severino di «La filosofia futura» -, ma pur capaci di contrapporre una volontà concreta all'astratta volontà di realizzare qualsiasi scopo. Insomma, se l'Apparato tecnico-scientifico è incremento indefinito della capacità di raggiungere scopi, chi decide, nel silenzio della politica e del diritto, i concreti e determinati scopi, a cui quella capacità può dare soddisfazione? Non rischia forse, quell'Apparato, di risuscitare gli antichi dei, i quali, risolvendo in sé stesso il tutto, non hanno bisogno degli effimeri scopi dell'uomo? Così il cammino, aperto dal giusnaturalismo, si chiuderebbe nel giustecnicismo.

Risponde Severino.

A proposito del concetto che lo scopo della tecnica è l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni (E.S., *Il destino della tecnica*, Rizzoli, 1998), Irti obietta che, in questo modo, «finiamo per trovarci dinanzi ad un apparato capace sì di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, e che tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo» (par. 7). Se fermiamo qui la citazione, questa battuta di Irti è contraddittoria. O non è contraddittoria solo se per «capacità» si intende la semplice disposizione, la semplice attitudine (il linguaggio aristotelico direbbe la semplice «potenza passiva») che ancora non è giunta a produrre effettivamente ciò che si dice capace di produrre (la potenza cioè che, in quel linguaggio, non è ancora passata «all'atto»). Ma solo un discorso insensato potrebbe sostenere che la capacità operativa della tecnica

sia da intendere in questo modo. Da parte mia, non ho mai sostenuto una cosa del genere.

La «capacità» della tecnica è la potenza effettiva («potenza attiva», nel linguaggio aristotelico) di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, come Irti mi concede. Ma se così stanno le cose non si vede perché Irti, dopo avermi concesso questo – cioè che la tecnica soddisfa bisogni e realizza scopi, e all'infinito –, concluda dicendo che «tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo». Fino a questo punto il discorso di Irti è una contraddizione in termini.

Da parte mia, ho sempre sostenuto che mentre le altre forme di volontà di potenza (norme religiose, morali, giuridiche, politiche, economiche) vogliono realizzare scopi escludenti – scopi cioè la cui realizzazione mira insieme all'esclusione della realizzazione di altri scopi –, la tecnica non mira a scopi di questo tipo, ma, appunto, a quello scopo, «trascendentale», che è l'incremento infinito della capacità di realizzare scopi. Ciò non significa che la tecnica non miri ad alcuno scopo, ma che non mira ad alcuno scopo escludente. Una tecnica che miri a questo tipo di scopo limita e indebolisce infatti la propria potenza produttiva. Che la tecnica non miri a scopi escludenti significa che essa ha come scopo la crescita infinita della propria potenza.

Ma Irti, dopo la frase sopra riportata, aggiunge che «la “capacità” come astratta idoneità e illimitata potenzialità, diventa così scopo di se stessa: non può ricevere uno scopo dall'esterno (poiché capitalismo e Stato hanno ormai perduto ogni scopo, o, meglio, elevato il mezzo a scopo), né è in grado di darselo da sola. La indefinita capacità della tecnica non comprende, per sua intrinseca e costitutiva essenza, la capacità di scegliere uno scopo. Un mondo umano, insomma, che proprio per aver evocato l'indefinita capacità di realizzare scopi, ormai non ha più alcuno scopo» (ibid.). [...]

Se gli scopi dell'uomo sono quelli che si illudono di servirsi di tale Apparato, allora quella resurrezione non solo è un rischio, ma è inevitabile: nel senso che l'onnipotenza della tecnica distrugge e sostituisce l'onnipotenza di Dio. Come l'uomo abbandona la volontà di essere felice servendosi di Dio come mezzo, e si propone innanzitutto di fare la volontà di Dio, che si serve dell'uomo per celebrare la propria gloria; così l'uomo è destinato ad abbandonare l'illusione di servirsi della tecnica per essere felice, ed è destinato a fare la volontà della tecnica,

che si serve, per la gloria della propria potenza, della vita e della felicità umana.

Ma se e poiché l'uomo è sempre stato inteso come una potenza cosciente che organizza mezzi per raggiungere scopi; e poiché in questa organizzazione consiste l'essenza stessa della tecnica, allora, al di sotto dei diversi e contrapposti modi in cui l'uomo è stato inteso in passato, la tecnica è, insieme, l'alienazione dell'uomo dalla tradizione, e l'inveramento e la piena realizzazione dell'essenza dell'uomo quale è stata evocata nella preistoria e, in modo essenzialmente più radicale, nella storia dell'Occidente.

Cionondimeno la storia dell'Occidente non si chiude col «giusttecnicismo». Proprio quando ci si rende conto della destinazione della tecnica al dominio e dell'incapacità delle norme non tecnologiche di continuare ad essere principi ordinatori della tecnica, proprio a questo punto sorge, nei suoi termini più essenziali, la questione autentica della tecnica. Sull'intero Pianeta – dunque non solo nella sapienza tradizionale ma anche in quella scientifico-tecnologica – ciò che ormai si presenta come l'evidenza originaria, elementare, irrinunciabile e indiscutibile è il divenir-altro delle cose del mondo, ossia è il fondamento essenziale in relazione al quale soltanto può costituirsi una qualsiasi forma di volontà di realizzare scopi (divina, umana, individuale, sociale, tecnologica). Ma questo fondamento è la Follia estrema. Il mio discorso filosofico è volto alla delucidazione di questo asserto. La dominazione della tecnica, a cui è destinata ad approdare la storia dell'Occidente è pertanto la forma più rigorosa della Follia estrema.

Il discorso deve raggiungere dunque un livello ancora più profondo di quello in cui ci si mantiene quando si discute il tramonto della tradizione dell'Occidente nella tecnica – e ancora più profondo del «sotto-suolo» del pensiero contemporaneo, in cui, come si diceva all'inizio, è necessario discendere se si vuol comprendere la necessità di questo tramonto.

Tornando al tema del mutamento giuridico, si può chiudere questo secondo paragrafo del capitolo citando «Il diritto dell'era digitale» di Giovanni Pascuzzi del 2002 [Pascuzzi 2002], libro oggi giunto alla quinta edizione. In quel testo l'autore prende le mosse da un programma di ricerca (gli obiettivi del volume):

[...] verificare se e in che modo le tecnologie informatiche stanno cambiando le regole (operazionali) giuridiche [...]

cercare di capire se l'eventuale emersione di nuove regole in ragione dell'avvento delle tecnologie informatiche coincida con l'emersione di tratti caratteristici che possano indurre a parlare di: diritto dell'era digitale.

È importante sottolineare che questa impostazione non si occupa di mutamenti superficiali, ma indaga i cambiamenti profondi del diritto, cioè delle sue categorie ordinanti, delle tecniche di tutela, delle fonti.

4.3 Diritto e tecnologia

In questo libro ci occupiamo dei mutamenti dei diritti della personalità indotti dall'evoluzione tecnologica.

È opportuno ricordare che il concetto stesso di riservatezza è nato in relazione alle nuove minacce spinte dall'intreccio tra innovazioni tecnologiche e nuovi modelli di commercio [v. → Capitolo 7 e Capitolo 12].

L'articolo ritenuto, da molti, l'atto fondativo, a livello mondiale, della riflessione dottrinale sul diritto alla riservatezza – cioè il celebre saggio di Warren e Brandeis apparso sulla *Harvard Law Review* del 1890 – partiva dai rischi innescati dal diffondersi delle macchine fotografiche (soprattutto quelle portatili) e il giornalismo di gossip. Il desiderio di una parte del pubblico, e lo sfruttamento commerciale del medesimo desiderio attraverso i nuovi strumenti tecnologici come la «snap camera» (la prima macchina fotografica portatile) moltiplicavano le occasioni di invasioni della sfera privata [Warren, Brandeis 1890] [v. → Capitolo 12].

Le minacce alla persona, o meglio alle persone anche nella loro dimensione collettiva sono oggi molte più complesse e articolate.

Torniamo a leggere le pagine di Rodotà del 1995 [Rodotà 1995, 13-14].

Il filo delle informazioni, di quelle genetiche e sulla salute in particolare, ci porta lontano, e consente di congiungere mondi apparentemente separati, ma tutti allo stesso modo attraversati da una possente spinta a considerare il soggetto soprattutto come punto di riferimento di informazioni. Lo stesso corpo diviene un luogo dove s'intrecciano flussi informativi: quelli che servono appunto a procurarsi il consenso «informato» del paziente, che riguardano la conoscenza dei suoi ca-

ratteri genetici, che fondano la decisione di vivere o morire, di procreare o non procreare, di continuare o no una gravidanza e via elencando. Le diverse forme e tecniche di raccolta delle informazioni avviano una sorta di scomposizione del corpo [...].

Più recentemente c'è chi si è spinto a parlare di religione dei dati, o datismo [Harari 2017]:

[...] le scienze biologiche sono giunte a concepire gli organismi come algoritmi biochimici. Contemporaneamente, negli ottant'anni trascorsi da quando Alan Turing formulò l'idea della macchina che porta il suo nome, gli informatici hanno imparato a progettare algoritmi digitali interpretabili da elaboratori elettronici sempre più sofisticati. Il datismo mette insieme queste concezioni, evidenziando che esattamente le stesse leggi matematiche si applicano sia agli algoritmi biochimici sia a quelli computerizzati digitali.

Il datismo sostiene che l'universo consiste di flussi di dati e che il valore di ciascun fenomeno o entità è determinato dal suo contributo all'elaborazione dei dati.

Quel che rileva rimarcare è che la riduzione delle persone a informazioni e dati non costituisce solo una minaccia ai singoli, ma – come già si accennava – alla collettività e in particolare alle forme democratiche di governo della società [Soro 2018].

L'indagine sull'evoluzione dei diritti delle personalità ci condurrà perciò a porci interrogativi fondamentali sulla tenuta degli ordinamenti democratici [v. → Capitolo 25].

La rassegna – pur non organica – di alcune riflessioni sul rapporto tra diritto e tecnologia ci porta concludere il capitolo riassumendo alcuni temi e questioni che torneranno nel prosieguo del libro.

- 1) L'approccio di diritto e tecnologia ci spinge a interrogarci sui rapporti tra tecnologia, economia, etica e diritto.
- 2) La scienza giuridica e le scienze dalle quali discendono le applicazioni tecnologiche (computer science, biologia ecc.) parlano linguaggi differenti. Tra questi linguaggi occorre gettare ponti (è un aspetto centrale degli studi interdisciplinari).
- 3) L'evoluzione tecnologica e il mutamento del diritto procedono a velocità diverse. La tecnologia corre. Il diritto (quello statale) insegue.

- 4) Il diritto, anche alla luce del punto 3), può provare a governare la tecnologia o è destinato a essere dominato dalla tecnologia? Naturalmente i termini della questione cambiano se anche il diritto è concepibile come una tecnologia del pensiero (v. punto 6)).
- 5) Ha senso parlare di neutralità della tecnologia? O invece le architetture tecnologiche incorporano a monte valori oltre che principi e regole?
- 6) Il diritto può essere concepito come una tecnologia del pensiero? V. Punto 4) [Pascuzzi 2017b].