



CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

RELAZIONE CONCLUSIVA*

MASSIMO LUCIANI**

SOMMARIO: 1. Le “relazioni conclusive”. – 2. La tensione fra diritto e innovazione. – 3. Il funzionamento della rappresentanza. – 4. La riservatezza. – 5. L'ampio terreno del confronto fra diritti costituzionali e innovazione. – 6. L'eguaglianza. – 7. La giustizia digitale. – 8. Un costituzionalismo senza aggettivi.

1. Le “relazioni conclusive”

Ci sono due modelli di relazioni conclusive di convegni che non ho mai apprezzato. Il primo è quello del fedele riassunto: chi conclude passa in rassegna le relazioni e gli interventi che si sono succeduti, riproponendone in sintesi ai partecipanti il contenuto. Il secondo è quello della relazione autonoma: chi conclude tratta l'argomento generale come se fosse un relatore come gli altri (solo, con l'affidamento di un più ampio campo d'intervento), dice la sua e tutto finisce lì.

Ora, a mio parere, il primo modello si caratterizza per l'inutilità, a meno che non si ritenga che ai partecipanti a un incontro scientifico basti ascoltare in pillole quel che con più distese argomentazioni è stato sostenuto da chi è intervenuto nel corso dei lavori. Il secondo modello, invece, si caratterizza per l'egocentrismo, dal quale è affetto chi pensa di elargire il verbo incurante dei ragionamenti di chi l'ha preceduto.

Non so se riuscirò a non cadere nella trappola di seguire l'uno o l'altro di questi modelli. Quel che è certo è che ho letto tutte le relazioni e che ho ascoltato tutto il dibattito

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso la “Sapienza” Università di Roma.

della seconda giornata (nella prima, infatti, non mi è stato possibile collegarmi, purtroppo). Sulla base di quel che ho letto e ascoltato proverò a identificare alcune piste di riflessione, talora coincidenti con, talaltra supplementari a, quelle già seguite dai relatori.

2. La tensione fra diritto e innovazione

Prenderei le mosse dalla tensione irrisolvibile fra diritto e innovazione scientifico-tecnologica. Non si tratta solo di registrare, una volta di più, lo stacco fra un agire umano teso al cambiamento e un altro teso – se non alla conservazione – alla razionalizzazione dell’esistente. Nemmeno si tratta di registrare in via generale, ancora una volta (lo ha peraltro già fatto, nel suo intervento, Mobilio), il ritardo del diritto sulla scienza e sulla tecnica, tanto più marcato quanto più il primo diventa complesso e farraginoso e le seconde accelerano il ritmo del cambiamento concettuale e operativo. Non è solo questo e vorrei mettere in luce un profilo ulteriore.

Ne *L’Éve future*, il romanzo che Villiers de l’Isle-Adam concepì già nel 1877 e che costituisce il capostipite di tutti i libri di narrativa sull’intelligenza artificiale (pensiamo, in Italia, alla ripresa che dei suoi temi fece Bontempelli in *Eva ultima*)¹, Edison, il mago di Menlo Park, cioè la “leggenda”, il “personaggio”, distillato dal romanziere dal vero e storico Thomas Alva Edison, dopo essersi a lungo interrogato sull’utilità che le sue invenzioni possono avere nel mondo moderno, taglia corto esclamando: “Après tout, que m’importe! Inventons! Inventons!”². Ecco, pur nella finzione letteraria, emerge qui un tratto caratterizzante della ricerca tecnologica (direi: della scienza applicata, che poi è quella che maggiormente interessa la nostra discussione). Lo scienziato inventa e l’invenzione *ha un senso in sé*, in quanto invenzione. Il solo fatto di esistere in quanto tale, di *venire alla luce*, la legittima, ne attesta la novità per rapporto a ciò che la precedeva. Se poi servirà a qualcosa e se questo qualcosa sarà un bene o un male per l’umanità, *peu importe!* Ecco, il diritto ha una logica del tutto diversa. Il diritto è attribuzione di senso. È senso sociale formalizzato in fonti, atti provvedimenti, comportamenti. Essendo attribuzione di senso il diritto fatica a razionalizzare quel che, come accennavo, pretende legittimazione per il solo fatto di esistere, che “è” per il semplice fatto che “può essere”. Il suo ritardo, dunque, non è solo *crono-logico*, ma è fatalmente *logico*, perché esso costituisce una dimensione disassata rispetto a quella dell’innovazione. Se il diritto pretendesse di ammettere la sola innovazione dotata di senso (sociale) violerebbe la garanzia della libertà della ricerca scientifica apprestata – da noi – dall’art. 33 Cost. e prevista, comunque, in tutti gli ordinamenti costituzionali più avanzati. Deve dunque riconoscere una libertà innominata, riservandosi di regolarla quando ne emergerà, se ne emergerà, il senso. Ma, così facendo, non potrà mai venirne a capo in prevenzione. Insomma: la regolazione dell’innovazione scientifico-tecnologica è soprattutto regolazione di effetti, dunque successiva. *Ex ante* è complesso di precetti di metodo,

¹ M. BONTEMPELLI, *Eva ultima*, in *Opere scelte*, a cura di L. Baldacci, 5^a ed., Milano, 2004, 341 ss.

² A. VILLIERS DE L’ISLE-ADAM, *L’Éve future*, ed. a cura di A. Raitt, Paris, 1993, 50.

perché in un ordinamento liberale non riesce a essere compiutamente complesso di precetti di contenuto, ferma restando la determinazione dei confini estremi dell'innovazione (pensiamo al caso di scuola del divieto di creazione di corpi non senzienti, destinati a fungere da magazzini d'organi da trapiantare).

3. Il funzionamento della rappresentanza

Se qualcosa emerge con chiarezza da questo convegno è la pervasività dell'innovazione tecnica nel nostro mondo. Una pervasività che noi avvertiamo prevalentemente come sfida, rischio, pericolo. Certo, Carlo Ferrajoli mette in luce, alla fine della sua relazione, le opportunità che le nuove tecnologie offrono al lavoro parlamentare e, più in generale, ai processi di partecipazione politica e di formazione del consenso, ma questi rilievi arrivano al termine di una riflessione giuocata (e giustamente) sui toni della preoccupazione (anche l'odierno intervento di Frega mi sembra avesse la medesima coloritura).

Resto, appunto, sul tema toccato da Ferrajoli, per osservare che le nuove tecnologie sono senz'altro di ausilio per il lavoro parlamentare, ma la loro applicazione deve essere limitata a quanto serve per funzionare meglio, senza stravolgere la logica del confronto tipico delle assemblee rappresentative. Così, non posso che condividere le considerazioni di Ferrajoli sulla correttezza della decisione del nostro Parlamento di non cedere alla tentazione di destinare al lavoro da remoto anche il cuore stesso del confronto parlamentare: non si sarebbe trattato – peraltro – solo di una violazione dei regolamenti, ma, più profondamente, di una violazione della Costituzione, giustificabile solo in nome di una *Verfassungsdurchbrechung* legittimata dall'emergenza (so che la nostra ospite, Lara Trucco, la pensa diversamente, ma anche lei sa qual è la mia posizione).

Non condivido, invece, l'ipotesi di estendere ulteriormente la già ampia disciplina della trasparenza dei lavori parlamentari. Aprire al pubblico le discussioni di commissioni o (peggio ancora) giunte (delle quali, a dire il vero, Ferrajoli non parla, evidentemente cogliendo la delicatezza supplementare d'una pubblicità eccessiva in quella sede) non ha solo un saldo attivo in termini di trasparenza, ma anche un saldo passivo in termini di pervertimento della logica del confronto parlamentare, che quanto più si apre all'esterno tanto più diventa permeabile alla logica della tribuna e non a quella del confronto, di un confronto teso al raggiungimento di quel compromesso alto che, kelsenianamente, è il compito del parlamentarismo³.

4. La riservatezza

Non è però solo sul piano della partecipazione politica e del parlamentarismo, ovviamente, che l'innovazione fa gravare il peso delle sue trasformazioni.

³ L'assoluta inutilità pratica (e l'esclusiva utilità mediatica, oltretutto per una sola delle due parti) del confronto fra Pier Luigi Bersani e i rappresentanti del M5S nel marzo 2013 è esemplare.

Certo, alcuni terreni sono prevedibili e anche molto sondati: penso a quello della riservatezza, di cui si è occupato Simone Scagliarini. Qui la letteratura, gli arresti giurisprudenziali, i dati di prassi, sono addirittura torrenziali. E non è una sorpresa. Non lo è a causa della delicatezza della questione del controllo dei dati personali, certo, ma non lo è anche perché sin dall’inizio il tema era stato contaminato da un’impostazione, a mio avviso, non corretta. Già nel lontano, ma conosciutissimo, saggio che S.D. Warren e L.D. Brandeis pubblicarono sulla *Harvard Law Review* del 1890⁴, il diritto alla riservatezza era fatto largamente coincidere con una sorta di generale diritto all’autodeterminazione, il che – indubbiamente – non ha costituito un approdo molto preciso e soddisfacente. Concependo in questo modo la *privacy* (dalla quale germina il diritto alla tutela dei dati personali), la scienza giuridica non fa molti passi avanti. Al di qua dell’Oceano Atlantico, invero, la dottrina civilistica che aveva elaborato la categoria del diritto generale della personalità (*l’allgemeines Persönlichkeitsrecht*) non fece fare grandi progressi all’indagine scientifica e all’analisi del diritto positivo. Lo stesso accade per le concezioni – diciamo così – onnivore della *privacy*, che finiscono per diventare, a me pare, inoperative.

Indubbiamente, qui tocchiamo con mano lo sbilanciamento fra diritti del singolo e poteri pubblici e privati: Davide, in questo caso, difficilmente può battere Golia senza l’aiuto di qualcuno. L’impegno dell’associazionismo privato, in questa prospettiva, è fondamentale, ma non so se si possa concordare appieno con Scagliarini quando osserva che non sarebbe “da trascurare la maggiore garanzia che anche formazioni collettive di natura privatistica, ma prive di finalità lucrative e sorte con lo scopo di assicurare maggiore garanzia alle situazioni soggettive al nostro esame, possono offrire attraverso una tutela collettiva [...]”. È corretto, ma non sarebbe meno corretto mettere in luce il fatto che anche queste formazioni collettive sono soggetti di potere, del cui possibile abuso è bene essere sempre avvertiti⁵.

Del resto, questo non è che un aspetto – e certamente non il più importante – del rapporto che intercorre fra poteri pubblici e poteri privati, rapporto che coinvolge la questione delle relazioni verticali (soggetti internazionali, Stati, autonomie territoriali) assieme a quella delle relazioni orizzontali. Gli enormi problemi implicati dall’emergere di poteri privati globali sui quali si è soffermato Marco Betzu (e oggi è intervenuta Liberali) sollecitano una duplice strategia di reazione: potenziamento dei controlli statali; rafforzamento della regolazione internazionale.

⁴ S.D. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 193 ss.

⁵ Del resto, che il mercato sia (anche) un’arena politica è noto da tempo. V., ad es., A. FOLLESDAL, *Political Consumerism as Chance and Challenge*, in M. MICHELETTI, A. FOLLESDAL, D. STOLLE (a cura di), *Politics, Products and Markets. Exploring Political Consumerism Past and Present*, New Brunswick and London, 2004, 3 ss.

5. L'ampio terreno del confronto fra diritti costituzionali e innovazione

Tutti i diritti, però, sono coinvolti dall'innovazione. Non sono convinto, a dir la verità, della tradizionale distinzione fra diritti sociali e diritti di libertà. Da tempo, infatti⁶, sostengo che sarebbe miglior partito distinguere i diritti fondamentali a seconda che siano diritti di difesa (*Abwehrrechte*), diritti a prestazione (*Leistungsrechte*) o a percepire parte di un utile sociale (*Teilhaberechte*), diritti di partecipazione (*Teilnahmerechte*). Questi gruppi di diritti non si differenziano secondo linee divisive rigide⁷ e ritengo che tutti i diritti fondamentali, a seconda della prospettiva dalla quale li si riguarda ovvero del concreto caso della vita cui vanno ricondotti, rientrano ora nell'uno ora nell'altro di questi gruppi. La questione del rapporto fra diritti e innovazione tecnologica, insomma, ha uno zoccolo comune, che rende difficoltoso differenziare con nettezza la posizione dei diritti sociali e dei diritti di libertà, ammesso – e appunto non concesso – che li si possa distinguere in questi termini.

Certo, la coda del diavolo della tecnologia si mostra nei luoghi più riposti. Giustamente, ad esempio, Guerino Fares ricorda che in “recenti studi scientifici [...] si è notato come l'uso della tastiera non stimoli lo sviluppo di connessioni cerebrali diversamente da quanto capita a chi invece scrive con la penna, il cui uso facilita peraltro l'apprendimento per i suoi tempi dilatati che spingono il cervello a selezionare i concetti più importanti e, di conseguenza, assimilarli meglio”. E qui, però, il problema non è solo giuridico (del legislatore, intendo, o dell'amministrazione), ma anche e soprattutto culturale: se gli intellettuali non sono consapevoli di rischi di questo genere è difficile che chi non lo è possa cogliere la differenza che corre tra lo scrivere (e ragionare) impugnando una penna (stilografica...) e lo scrivere digitando su una tastiera.

Anche qui, però, i rischi si accoppiano alle opportunità: la videoscrittura, usata *cum grano salis*, è indispensabile e costituisce un aiuto prezioso al quale nessuno di noi, adesso, saprebbe rinunciare. E lo stesso discorso vale per la DAD, per la telemedicina etc. Anche qui la prospettiva giuridica e quella culturale si sovrappongono e opportunità e pericoli fatalmente s'intrecciano.

6. L'eguaglianza

Questo intreccio è particolarmente evidente sul piano delle vicende del principio di eguaglianza. Come dimostra la relazione (dovrei forse dire monografia, vista la mole...) di Costanza Nardocci, le discriminazioni sottese all'uso delle nuove tecnologie sono particolarmente insidiose: difficili da prevenire; difficili da rilevare; difficili da sanare,

⁶ Si tratta di tesi che ho esposto in più occasioni. V., ad es., *Laterna Magika. I diritti “finanziariamente condizionati”*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1-2/2018, 646 s. Nella dottrina tedesca, posizione analoga (ma non coincidente) in H.-J. PAPIER e C. KRÖNKE, *Grundkurs öffentliches Recht 2, Grundrechte*, 2^a ed., Heidelberg, 2015, 16 ss.

⁷ Così già P. HÄBERLE, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972*, in *DöV*, 1972, 739.

annidate come sono nelle pieghe di algoritmi difficilmente ricostruibili dai loro stessi artefici.

Vorrei mettere in evidenza, però, un tema delicato. In alcuni casi, che Nardocci ha opportunamente messo in luce, solo l'incrocio fra dati non necessariamente omogenei consente di evitare prassi disomogenee. Pensiamo al dato dell'altezza per l'accesso al pubblico impiego, in cui la condizione delle donne è – ovviamente – peggiore rispetto a quella degli uomini. La Corte costituzionale si occupò della questione in epoca – diciamo così – ancora largamente analogica⁸; ora essa si ripropone in epoca digitale, facendoci intendere che talvolta l'acquisizione di dati differenziati è indispensabile proprio per impedire una... differenziazione indebita.

E c'è di più. Pensiamo alle terapie sanitarie che prevedono protocolli differenziati non solo per età o pregresso anamnestico, ma anche per sesso. Come si concilia la considerazione del dato naturalistico del sesso con quello culturale del genere? Come si deve procedere nella considerazione dell'identità del paziente? L'elemento naturalistico, a me sembra, in questo caso, fa aggio su quello culturale, ma è agevole comprendere che una simile conclusione ha conseguenze non trascurabili sul rapporto complessivo che possiamo ricostruire fra genere, natura, cultura, diritto.

7. La giustizia digitale

Ma è chiaro che per noi giuristi il terreno di interesse culturale più spiccato è quello della giustizia digitale. Qui posso solo elencare alcune teste di capitolo, considerata l'immensità delle questioni che si pongono e che Erik Longo ha trattato nella sua relazione (questioni la cui ampiezza è stata chiarita anche dagli interventi di Fiano e Canale). Direi che i nodi teorici e pratici più importanti sono:

- a) il rapporto fra predittività e certezza;
- b) la concezione della giurisdizione, per rapporto alla legislazione;
- c) la teoria dell'interpretazione;
- d) l'alternanza fra stabilità e innovazione giurisprudenziale;
- e) il rapporto fra macchina e intervento umano.

Quest'ultimo punto è quello più importante sul piano pratico, mi sembra. Grimaldi ha chiarito che un *human oversight* non garantisce affatto che l'essere umano si reimpossessi della giurisdizione. Se lo *ius dicere* è preceduto da un *dictum* macchinale, è evidente, il dire umano è largamente pre-giudicato, vuoi per ragioni psicologiche, vuoi per le difficoltà motivazionali che si connettono al discostamento dal *dictum* macchinale. L'intervento umano *post festum* non risolve affatto i problemi.

⁸ Sent. n. 163 del 1993.

8. Un costituzionalismo senza aggettivi

Concludo. Nell’ultimo contributo apparso nella Collana di “Piccole conferenze” meritoriamente diretta da Aljs Vignudelli, Maurizio Fioravanti, parafrasando Ernst Forsthoff, ha trattato il tema dello *Stato costituzionale in trasformazione*.⁹ Ebbene: è interessante notare che Fioravanti non si sofferma in modo particolare sulle questioni discusse in questo Convegno. Come mai?

A me sembra che la ragione stia nella volontà di salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo, una volontà che condivido pienamente. Il che mi porta a dire che la teorizzazione di un vero e proprio costituzionalismo digitale (pur attentamente motivata, qui, da Longo) costituisce un azzardo, di dubbia utilità sul piano dell’inquadramento dommatico dei problemi (condivido, pertanto, le critiche di Betzu).

Le nostre categorie, dunque, restano intatte anche a fronte di sfide come quella dell’innovazione tecnologica o quella dell’apparente dissoluzione del territorio. Certo, proprio la questione del territorio è centrale (lo dimostra la relazione di Napoli) e, per ragioni evidenti (ben intese dallo Schmitt del *Nomos der Erde*)¹⁰, lo è in particolar modo nella giuspubblicistica continentale (mentre in quella anglosassone resta marginale).

A questo proposito, si sa che possiamo distinguere due posizioni principali, che vediamo esemplarmente rappresentate, già oltre un secolo fa, da Georg Jellinek e da Paul Laband. Per il primo, sulla scia di Fricker, il territorio è “*ein Moment des Staates als Subjektes*”¹¹, e cioè un modo di essere dello Stato, il suo presentarsi in veste materiale; per il secondo, in esplicita critica alla teoria ora ricordata, il territorio è “*das Objekt, welches der Staat beherrscht*”, e cioè il semplice oggetto materiale della sua potenza regolatrice¹². Per sintetizzare le due posizioni, potremmo dire che per Jellinek lo Stato è (anche) un territorio, mentre per Laband lo Stato *ha* un territorio¹³. L’opinione di Jellinek, indubbiamente, può contare su buoni argomenti e, in particolare, ha dalla sua la considerazione che la cancellazione integrale del territorio di uno Stato non sarebbe la semplice distruzione di una sua “proprietà”, ma la disintegrazione dello Stato stesso¹⁴. Essa, però, ha il torto di considerare il territorio, assieme alla sovranità e al popolo, come uno dei “tre elementi costitutivi” dello Stato, cosa che si espone subito alla critica (che del resto troviamo già in Laband)¹⁵ che il territorio è tutt’al più un *presupposto* della costituzione di un popolo in soggetto stabile, che resta semplice oggetto del possesso e del dominio che tale popolo su di esso esercita.

⁹ M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021.

¹⁰ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4^a ed., Berlin, 1997, 144 ss.

¹¹ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3^a ed., Berlin-Zürich, 1966, 395, il quale riprende l’opinione di C.V. FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, Tübingen, 1867, in ID., *Gebiet und Gebietshoheit*, Tübingen, 1901, 112.

¹² P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, rist. della 5^a ed. (1911), vol. I, Aalen, 1964, 191.

¹³ Questa alternativa tra “essere” e “avere” un territorio era ben chiara già allo stesso Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, cit., 397).

¹⁴ *Ivi*, 398 (ma v., più radicalmente, lo stesso C.V. FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, cit., 112).

¹⁵ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., 192.

Al di là dei torti e delle ragioni, resta fermo che per gli studiosi continentali lo Stato è addirittura inconcepibile “*sans une entreprise géographique*”¹⁶. Il punto è tutto qui¹⁷.

Lino Costanzo, nella sua introduzione, ha chiuso ricordando la necessità di non raggomitolarsi in un “«sovranoismo» digitale”. Ha ragione. Questioni transnazionali, transterritoriali, non si risolvono nella nazione, non si acquietano giacendo sul territorio. Ma questo non significa cancellazione dello Stato. Ragionando, venticinque anni fa, sul fenomeno della globalizzazione, mi ero convinto che stessimo vivendo, all’un tempo, la massima crisi e il massimo protagonismo della statualità: gli Stati sono scavalcati dalla globalizzazione, sì, ma all’un tempo ne sono gli attori; l’hanno voluta; l’hanno coltivata; l’hanno assai poco regolata¹⁸. Il che significa che se al “sovranoismo digitale” è ben possibile contrapporre un “sovranoazionalismo” o addirittura un “internazionalismo digitale”, questo non può risolversi in un astratto cosmopolitismo, in un esangue costituzionalismo globale, ma nel costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini. Che non è consentita nella dimensione planetaria, ma ha tuttora bisogno della dimensione dello Stato quale vera dimensione possibile (per quanto problematica) della partecipazione politica organizzata e di una *Öffentlichkeit* che – al contrario di quella globale – non sia preda, all’un tempo, degli istinti irrazionali dell’*óchlos* e della volontà predatoria delle più che visibili dita dell’*invisible hand*.

¹⁶ A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, 9^a ed., Paris, 2018, 8.

¹⁷ Mi sono permesso di riprendere le considerazioni svolte nel testo, anche testualmente, dal mio *Dal cháos all’ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2019, 357 ss.

¹⁸ Mi riferisco a *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.