



LA DISINFORMAZIONE ONLINE
24 APRILE 2020

Le fake news come luogo di
osservazione dei fenomeni della
tecnologia e delle reti nella prospettiva
del diritto

di Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Bocconi di Milano



Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto *

di Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Bocconi di Milano

Abstract [It]: Il lavoro, dopo aver trattato del ruolo della tecnologia nel mondo moderno, indica alcune categorie concettuali (tra quelle elaborate da Luhmann) per studiare le reti (sistemi, autopoiesi, codici, organizzazioni) e mira ad analizzarle nella prospettiva dell'ordinamento giuridico di Santi Romano.

Abstract [En]: After discussing the role of technology in the modern world, the article focuses on some conceptual categories (among those developed by Luhmann) to study networks (systems, autopoiesis, codes, organizations), with the aim of analyzing them in the perspective of the "ordinamento giuridico" of Santi Romano.

Sommario. 1. Premesse e struttura del lavoro. 2. La tecnologia nel mondo moderno: cenni. 3. Le categorie concettuali per studiare le reti: sistemi, autopoiesi, codici, organizzazioni. 4. Organizzazioni e ordinamenti. 5. Le reti e il rischio del medioevo sistemico.

1. Premessa e struttura del lavoro

Dal punto di vista del diritto, il tema della fake news nell'epoca della tecnologia richiede, almeno in via di prima approssimazione, una riflessione sull'alternativa fake o true nel contesto delle reti, le quali paiono appunto oggi in grado di produrre, trasmettere o esprimere notizie che risultano poi, secondo le categorie tradizionali, false¹.

A uno sguardo appena più attento, ciò implica e giustifica una digressione volta a individuare quale modello concettuale potrebbe essere usato per analizzare (e traguardare giuridicamente) le reti, cui, come detto, è sostanzialmente ascrivibile il fenomeno delle fake news (che, rispetto al passato, ha caratteri e diffusione diversi proprio in ragione della rete).

Prima di sviluppare l'analisi in quella direzione, quasi a guisa di delimitazione dell'orizzonte problematico di fondo in cui correttamente collocare l'indagine, occorre svolgere un ulteriore e diverso approfondimento relativo al significato della tecnologia nel mondo moderno.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sugli aspetti definitivi v. M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica*, in *questo fascicolo*.

Ecco così delineata la struttura del presente scritto, che si giova anche di riflessioni svolte in modo più disteso in altri lavori².

2. La tecnologia nel mondo moderno

Occorre dunque intanto interrogarsi circa il “posto” della tecnica e della tecnologia nel mondo attuale, vagliando la correttezza di quell’atteggiamento, non certo minoritario, che in qualche modo le demonizza. Si tratta di un approccio che esprime una forte critica nei confronti dell’organizzazione sociale moderna, in grande parte condizionata, se non dominata, dalla tecnica e che si contrappone a quello di chi, forse acriticamente, in modo opposto, delineando lo scenario tecnologico in cui viviamo, valorizza le “magnifiche sorti e progressive”.

Siffatta polarizzazione concettuale, tuttavia, non sembra in grado di individuare l’essenza della tecnica e, comunque, non offre un aiuto determinante a inquadrarla culturalmente e concettualmente, operazione necessaria tenendo conto che della tecnica e della tecnologia l’umanità pare non potere fare a meno, come tra l’altro risulta dimostrato dall’attuale situazione di crisi dovuta alla diffusione del coronavirus, in cui la tecnologia costituisce un supporto utile ed essenziale per il lavoro (c.d. *smart-working*) e per l’istruzione (*e-learning*). Non è inoltre irrilevante domandarsi se sussista davvero la contrapposizione fra uomo e tecnica.

Risulta al riguardo utile richiamare le raffinate analisi di Heidegger³.

Chiarito che la concezione strumentale della tecnica – strumento di cui servirsi per realizzare taluni scopi – non coglie l’essenza della tecnica poiché la strumentalità andrebbe ricondotta ai quattro modi dell’esser-responsabile (le quattro cause aristoteliche), Heidegger distingue fra tecnica nel senso greco di τέχνη e tecnica moderna come im-posizione. La tecnica greca è essenzialmente una declinazione dell’*episteme*, è, cioè, l’intendersene produttivo che assume anticipatamente l’*eidōs*, l’aspetto dell’opera compiuta. La tecnica del fabbro, poniamo, è l’intendersene circa la produzione che anticipa l’aspetto che assumerà l’opera una volta che sarà compiuta. Heidegger si occupa di tutto ciò nelle sue monografie dedicate ad Aristotele⁴. Gli enti provenienti dalla natura, poi, differiscono da quelli naturali poiché quest’ultimi hanno in sé il principio di moto. L’*ἀρχή*, la disposizione-avviante della motilità è interna a essi, non proviene da un agire fabrile esterno al loro essere, come nel caso degli artefatti. Riassumendo: la tecnica nel senso

² V. F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell’ordinamento generale- Un modello teorico-concettuale applicabile anche alle reti e all’intelligenza artificiale?*, Napoli, in corso di pubblicazione.

³ V. M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Milano, 1976, pp. 5 e ss.

⁴ M. HEIDEGGER, *Sul concetto e sull’essenza della φύσις in Aristotele* (1949), in ID., *Segnavia*, trad. it. di F. VOLPI, Milano 1987, pp. 193- 255 e ID., *Concetti fondamentali della filosofia aristotelica*, cap. XIX, edizione digitale. Cfr. altresì F. VERCELLONE, *L’universalità dell’ermeneutica nel tempo dell’immagine del mondo. Note e riflessioni*, in *Lo Sguardo. Rivista di filosofia*, I, n. 20/2016, pp. 41-55. Il passo aristotelico è *Phys.*, II, 1, 192 b, pp. 8 e ss.

greco è una declinazione dell'*episteme*⁵ consistente nell'intendersene produttivo che assume anticipatamente l'aspetto dell'opera compiuta orientando così la poieticità del produrre.

Altra cosa è la tecnica moderna. Qui la questione è tanto delicata quanto problematica. Heidegger, infatti, ritiene che la tecnica moderna come im-posizione sia, al pari della tecnica greca, un modo del disvelamento. "Disvelamento" è termine che rimanda qui ad ἀλήθεια, dove l'α privativo sta a indicare il venire dell'ente fuori del nascondimento nella disvelatezza. È chiaro che ogni "produrre" ha da fare con questo "venire allo scoperto" di ciò che prima era, per così dire, nascosto. Ciò premesso, Heidegger procede oltre, arrivando alla conclusione, che qui riassumiamo in estrema sintesi, che la tecnica moderna implica la trasformazione del reale in fondo impiegabile *sempre ulteriormente*: ente che deve essere a *disposizione*, giacente-innanzi e manipolabile.

In questo orizzonte concettuale, pensando alla modernità, vi è da chiedersi se il pensiero calcolante e manipolante non sia una forma di oggettivazione spazializzante dell'essere: un'entificazione dell'essere contraria alla differenza ontologica, secondo la quale l'essere non è l'ente.

A dire il vero, Heidegger rimane qui piuttosto nel vago. Egli non assume mai una posizione di netta opposizione alla tecnica moderna. Cita anzi i famosi versi di Hölderlin, secondo cui là dove cresce il pericolo cresce anche ciò che salva. L'auroralità dello stile heideggeriano (soprattutto del cosiddetto *secondo* Heidegger, nelle sue tarde raccolte di saggi) ha suscitato riprese antitecnologiche e accostamenti forse impropri fra Heidegger e i critici della tecnica di impostazione marxista⁶. Il punto è invece – questa ci pare essere la critica più plausibile – che, mentre la prima definizione heideggeriana della τέχνη coglie a tutti gli effetti l'essenza della tecnica, la seconda non conduce a nessun approdo preciso e *non afferra quel che la tecnica*, prescindendo dalle specifiche epoche storiche, è.

Gli è in ogni caso che c'è del vero (ed è questo il profilo ai nostri fini più interessante) nel dire che la modernità tende alla trasformazione del reale in fondo impiegabile. Anche se *non è questa l'essenza della tecnica*⁷, siffatto pericolo esiste.

Uno dei rischi (ben percepibile nelle fake news) ha a che fare con la manipolabilità dei dati, che determina essenzialmente fenomeni di massificazione delle coscienze attraverso la diffusione di notizie false.

⁵ M. HEIDEGGER, *Saggi*, cit., p. 10.

⁶ Si pensi alle critiche di Adorno all'industria culturale e di Marcuse all'amministrazione totale. *Ex multis*, M. HORKHEIMER - TH.-W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 1997 e H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, trad. it. di T. Gianì Gallino, Torino, 1999.

⁷ Oltre a ciò, non è chiaro quale sarebbe il ruolo dell'uomo nell'oltrepassamento della tecnica e della metafisica compiuta. Se si tratta di un invio dell'Essere, noi umani cosa possiamo farci?

Un secondo pericolo sta nella preclusione di qualsiasi apertura di nuovi orizzonti di senso: in un contesto caratterizzato da un reale ridotto a fondo impiegabile e statico, non si offrono più autentiche alternative all'uomo.

Quanto sin qui sinteticamente osservato consente di aggiungere un importante corollario, anche metodologico.

La riflessione sulla tecnica e sulla tecnologia non può essere lasciata soltanto ai “tecnici” (che, tra l'altro, in quanto tali, non possono adeguatamente riflettere su se stessi e sul proprio operato): siamo al cospetto di un tipico “problema filosofico” e sbaglierebbe chi ritenesse di esaurirlo (magari fermandosi al diritto, pur minuziosamente conosciuto: tentazione cui i giuristi spesso non fanno sottrarsi) senza attingere appunto alla filosofia. L'essenza della tecnica non ha nulla a che fare con il dato “tecnico”.

La filosofia, va ribadito, assolve all'importante ulteriore ufficio di segnalarci i sopra menzionati pericoli connessi: da un lato, nella modernità, si apre la via alla manipolabilità dei dati (e delle coscienze); d'altro lato, trasformando la realtà in fondo impiegabile, la tecnica moderna pregiudica il divenire e il dischiudersi di nuovi orizzonti di senso. Non è senza significato che molte filosofie digitali appaiano come un tentativo di discretizzare e aritmetizzare il reale⁸. Tutto viene a essere imbrigliato nelle griglie statiche dei codici binari, a contare sono soltanto i valori discreti. La stabilizzazione-staticizzazione della realtà ostacola il divenire (mentre solo le grandezze incommensurabili lo garantiscono; esse appellano però la responsabilità di chi non si adegua semplicemente al “dato” e a quanto gli è “dato”) e l'apertura di nuovi orizzonti.

In ogni caso, per tornare alle fake news, il “vero” non deriva più dalla corrispondenza della proposizione allo stato di cose (secondo il modello dell'*adaequatio* tomista), ma è sancito da un'informazione espressa dalla rete (prescindendo completamente dal tema della competenza e dall'assunzione di responsabilità di chi “parla”), la quale finisce per assumere una specifica funzione, quella di scrutinare il vero dal falso, prima assegnata a un autonomo sistema sociale (la scienza).

Ecco aprirsi, dunque, lo spazio per la seconda riflessione sopra preannunciata (par. 1), questa volta non più di competenza della filosofia e che può essere riassunta con la seguente domanda: che cosa sono le reti?

3. Le categorie concettuali per studiare le reti: sistemi, autopoiesi, codici, organizzazioni

⁸ Su ciò, cfr., ad es., S. WOLFRAM, *A New Kind of Science*, Champaign, 2002 e G. CHAITIN, *Alla ricerca di Omega*, trad. it. di S. Frediani, Milano, 2007. Per una storia della filosofia digitale, G.O. LONGO - A. VACCARO, *Bit Bang. La nascita della filosofia digitale*, Santarcangelo di Romagna, 2013. Su incommensurabilità e ontologie digitali, G. CHIURAZZI, *Dynamis. Ontologia dell'incommensurabile*, Milano, 2017.

Onde descrivere giuridicamente il fenomeno della rete, pare opportuno volgersi a considerare l'opera di un grande sociologo, Luhmann, la cui analisi si svolge a tutto campo, sicché può a pieno titolo essere impiegata anche nel diritto⁹.

Di seguito saranno descritti i tratti essenziali della grandiosa costruzione luhmanniana¹⁰.

Per il sociologo tedesco, la società è un sistema che è il risultato della propria evoluzione: le operazioni costitutive del sistema-società sono le comunicazioni, che contengono informazioni e producono senso. L'unità minima ed elementare cui guardare, dunque, è rappresentata dalla comunicazione (e non già dall'azione); essa ha cittadinanza solo nel sistema sociale.

La società si configura come il sistema universale e unico della comunicazione sociale.

Sempre indugiando sulle comunicazioni (il cui insieme, come detto, costituisce i sistemi sociali), l'A. aggiungeva che sono tali le operazioni mediante le quali essi (*sistemi*) «possono riprodursi autopoieticamente con l'aiuto dei loro prodotti»¹¹. In altri termini, l'operazione di comunicazione implica e produce sempre e solo comunicazione. Si chiarisce così il concetto di autopoiesi: è esattamente la comunicazione medesima che consente l'autopoiesi del sistema e la sua delimitazione rispetto all'ambiente¹² (in cui vanno inserite le persone e i relativi stati psichici). La comunicazione, nella prospettiva dell'autopoiesi, è un'operazione che si connette all'operazione precedente.

Ogni sistema costruisce quanto usa come informazione (in questo senso è autoreferenziale).

I confini del sistema distinguono ciò che viene attribuito allo stesso e ciò che non lo è¹³. Al riguardo, occorre aggiungere che il sistema sociale racchiude al suo interno altri sistemi; ciò avviene perché la società moltiplica le differenze, sicché genera “universi” in cui si differenzia. Le differenze si costituiscono riproducendo all'interno del sistema quella differenza tra società e ambiente cui già si è accennato ed è appunto l'autopoiesi che consente la riproduzione della differenza tra sistema e ambiente. Il primo opera incessantemente in vista di questa differenziazione, costruendo la propria specifica realtà come prodotto della propria osservazione e presidiando il confine che dalla società lo separa¹⁴ e, dunque, ispessendo quell'argine.

⁹ In generale, sull'utilizzabilità della tesi di Luhmann, v. M. KING, *What's the Use of Luhmann's Theory?*, in M. KING – C. THORNILL, *Luhmann on Law and Politics*, cit., pp. 37 e ss. (in part. pp. 50 e ss.) e J.I. MARTINEZ GARCIA, *Justicia e igualdad en Luhmann*, in *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Epoca*, Madrid, 1987, IV, pp. 43 e ss.

¹⁰ Questa analisi riprende e sintetizza l'approfondimento condotto nella parte seconda del già menzionato lavoro F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale*, cit.

¹¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, p. 318.

¹² N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, 1992, p. 26.

¹³ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 197.

¹⁴ M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2010, p. 130.

Nelle società moderne, il criterio di differenziazione tra sistemi è la funzione¹⁵ (ecco un secondo concetto essenziale) specificamente assoluta da ciascuno di essi, sicché nessun sistema può svolgere le funzioni di altri (la scienza quella dell'economia; la politica la funzione dell'economia).

In altri termini, nella società (che è l'unità di tutte le differenziazioni) moderna vi è una specifica forma della differenziazione, di matrice funzionale (mentre in passato vi erano altri modelli, quali il criterio "centro-periferia"), che si è costruita lungo percorsi evolutivi assai complessi.

A conclusione degli stessi, i sistemi sociali, i quali debbono riconoscere quali operazioni passate e future vanno trattate come proprie¹⁶, si sono differenziati in base a specifiche funzioni, senza la possibilità di rintracciare "luoghi" di rappresentazione in cui, confondendosi, convergono i vari sistemi (diritto, religione, scienza e così via). Per semplificare il discorso, non ci si rivolge alla religione per avere la prestazione "vero-non vero", ma alla scienza; la politica si emancipa dalla religione, l'economia dalla politica e così via.

Poiché ciascun sistema si specifica sulla base di una funzione, per risolvere in esclusiva un peculiare "problema", esso è l'unico che realizza la funzione medesima (solo il sistema del diritto, per citare un solo esempio, riconosce "diritto") in chiave universalizzante.

Guardiamo ora a un terzo concetto: il codice binario.

Secondo Luhmann, il sistema elabora come informazioni il rumore che proviene dall'ambiente a esso esterno; il rumore è "filtrato" attraverso un codice binario, che è la forma con cui ogni sistema tratta e riconosce ciò che cade nel proprio campo di osservazione. Accanto all'orientamento alla funzione ("trattamento" di un solo problema specifico), dunque, si percepisce nel sistema la presenza di un codice (che è ben definito soprattutto in certi sistemi, quali il diritto).

Il codice, in altri termini, è una sorta di trasformatore, che muta qualsiasi rumore in informazione e produce continuamente comunicazione¹⁷: ad esempio, nella scienza si usa il codice "vero – non vero" e ciò è in grado di assicurare la comunicazione che, viceversa, sarebbe impossibile ove uno scienziato utilizzasse le proprie ricerche per comunicare qualche cosa di diverso (ad esempio, con il fine di mandare messaggi a un amico) e, cioè, ove utilizzasse un codice differente.

Ogni sistema offre specifiche prestazioni selettive: il diritto, ad esempio, consente di scegliere aspettative di comportamento in quanto è in grado di determinare in anticipo se qualcosa sarà legale o illegale,

¹⁵ N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., pp. 254 e ss.

¹⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 63.

¹⁷ N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 305.

offrendo un risultato assai utile, ad esempio, al sistema dell'economia. Al contempo, il diritto stabilizza quelle aspettative, impedendo che vengano problematizzate¹⁸.

Riassumendo, possiamo osservare che nella società moderna abbiamo una serie di sistemi differenziati per funzioni svolte in esclusiva, senza, cioè, la presenza di sistemi “concorrenti esterni” da un lato e, d'altro lato, di “funzioni concorrenti interne” (alla politica interessa solo il consenso¹⁹ e null'altro, analogo discorso può essere svolto per l'arte e per la scienza).

Tali sistemi operano trattando i temi con un proprio codice binario e, in maniera appunto centralizzata, distribuiscono i valori del codice (indicando ad esempio ciò che è giuridicamente rilevante, lecito e così via), producendo autopoieticamente comunicazione, regolando da sé i temi che trattano²⁰ e creando proprie semantiche e, cioè, modi di espressione condensati²¹ (si pensi alle qualificazioni giuridiche o a concetti quali la personalità giuridica).

A questo punto dell'analisi, occorre menzionare un ultimo essenziale concetto, quello di organizzazione²². I sistemi non possono entrare in contatto con l'ambiente. Ciascun sistema, più nel dettaglio, non può comunicare a “proprio nome”, e le relative operazioni non possono abbandonare il sistema e a oltrepassarne i limiti: al più, un sistema irrita un altro sistema, in ordine al quale si configura come ambiente²³.

Per ottenere risultati comunicativi duraturi occorre un'organizzazione, abilitata a comunicare a proprio nome e, cioè, a produrre comunicazioni che possono essere comprese.

La tipologia di operazione che è ascrivibile all'organizzazione (e solo all'organizzazione, a differenza dunque di altri sistemi autopoietici) è la decisione²⁴.

Le decisioni hanno la funzione di assorbire l'incertezza, al contempo costruendo una propria complessità secondaria²⁵; esse, inoltre, sono osservazioni che osservano mediante distinzioni (alternative). La decisione, cioè, indica quale lato dell'alternativa si preferisce (e deve essere chiarito che entrambi i lati della distinzione sono raggiungibili e possono essere indicati)²⁶. Illumina, dunque, una delle possibilità,

¹⁸ R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., p. 224; v. altresì J. PATERSON, *Reflecting on Reflexive Law*, in M. KING – C. THORNILL, *Luhmann on Law and Politics*, cit., pp. 13 e ss.

¹⁹ N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 304.

²⁰ *Ivi*, p. 300.

²¹ *Ivi*, p. 264.

²² N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., *passim*, in part. pp. 49, 83, 86, 124, 152, 162, 183.

²³ N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 313.

²⁴ L'organizzazione, dunque, è operativamente costituita dalla comunicazione di decisioni: N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 101.

²⁵ *Ivi*, p. 183. Le organizzazioni si chiudono operativamente rispetto all'ambiente, riducendo la complessità esterna e, contemporaneamente, creandone un'interna.

²⁶ *Ivi*, p. 109.

informando sia su se stessa, sia sull'alternativa²⁷, che è una possibilità scartata. Attraverso la decisione, poi, i pericoli (che sono tali perché inseriti nell'ambiente) diventano rischi²⁸.

Le organizzazioni si mettono in condizioni di operare, producendo complessità interna, decidendo premesse decisionali per altre decisioni²⁹. L'arricchimento della complessità, cioè, dipende dal fatto che vengono fissate premesse per una quantità indeterminata di decisioni future, le quali si raffronteranno a queste premesse decisionali – una sorta di cornice in cui l'organizzazione costruisce il proprio mondo – senza dover «ricostruire l'intera complessità delle situazioni»³⁰.

Le premesse non sono semplicemente decisioni che vengono assunte come dati (ché, altrimenti, anche una decisione precedente concreta sarebbe premessa decisionale), ma devono riguardare «una quantità ancora indeterminata di decisioni»³¹. Pur non fissando ancora le decisioni future, attraverso le premesse decisionali le organizzazioni «mettono a fuoco la comunicazione sulle decisioni fissate nelle premesse», «orientandosi a differenze come osservanza o non osservanza e conformità o devianza, invece di dovere ogni volta ricostruire l'intera complessità della situazione»³². Le premesse decisionali servono per stabilire quali decisioni varranno come decisioni dell'organizzazione. Viene così definita una «cornice nella quale una organizzazione può costruire il suo mondo», trasformando incertezza in certezza³³.

Ciò chiarito, occorre ancora indugiare sui rapporti tra organizzazioni e sistemi. Alle prime «manca ciò che nei sistemi di funzioni della società viene reso possibile dalla codificazione binaria, cioè l'orientamento a una sola distinzione positivo/negativo... Naturalmente, essendo attive entro determinati sistemi di funzioni, le organizzazioni si vincolano al loro codice».

Talora le organizzazioni sono costruite con riferimento a singoli sistemi, configurandosi, cioè, come organizzazioni che si formano all'interno di un sistema, assumendone il primato funzionale (sistemi scolastici, organizzazioni della scienza, organizzazioni dello Stato).

Possono però anche darsi organizzazioni «trasversali» a vari sistemi di funzioni (è il caso di alcune associazioni di privati), le quali, in ogni caso, approfittano della complessità dei sistemi sociali nei cui interstizi germinano e della necessità di decidere³⁴.

²⁷ *Ivi*, p. 117.

²⁸ *Ivi*, p. 49.

²⁹ *Ivi*, p. 183.

³⁰ *Ivi*, p. 185.

³¹ *Ivi*, p. 184.

³² *Ivi*, p. 185.

³³ *Ivi*, p. 197.

³⁴ N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 331.

4. Organizzazioni e ordinamenti

I caratteri delle organizzazioni ora indicati sembrano entro certi limiti collimanti con l'idea romaniana di ordinamento giuridico, che è tale in quanto sia organizzazione. Più nel dettaglio, pare di interesse tentare di “incrociare” il concetto di organizzazione di Luhmann con l'idea romaniana di ordinamento giuridico. Correlando diritto, istituzione, organizzazione e ordinamento³⁵, come noto, Santi Romano rigettò la tesi favorevole a identificare il fenomeno giuridico con le (sole) norme. Corollario dell'impostazione secondo cui ogni persona giuridica è istituzione³⁶ è costituito dal riconoscimento di una pluralità di ordinamenti. Le tesi di Luhmann offrono una guida per definire la soglia al di sotto della quale non si può dare un ordinamento “resiliente rispetto all'ambiente”.

Si tratta di un problema che immediatamente impegna chi si preoccupi di isolare e di censire nel panorama giuridico i singoli ordinamenti³⁷, ed è assai significativo che esso rimanga in qualche modo latente nelle discussioni teoriche³⁸.

Per altro verso, gli esiti dell'analisi di Luhmann suggeriscono la necessità che la struttura abbia la capacità di decidere e, prima ancora, di esprimere regole generali per le decisioni future, che sia in grado al contempo di elaborare una propria semantica (“osservando” il mondo) e di “distribuire” i valori del codice binario del sistema in cui è inserita.

Tutto ciò è non solo necessario, ma risulta al contempo sufficiente.

Da quanto chiarito deriva, ad esempio, che non qualsiasi elemento strutturale dell'amministrazione può essere qualificato come un'organizzazione e, dunque, risulta “visibile” come ordinamento (si pensi a un ufficio esecutivo o a un'altra partizione organizzativa); per altro verso, a tal fine (per identificarsi, cioè, come ordinamento), non occorre che sussistano i più stringenti caratteri individuati dalla dottrina e, in particolare, da Giannini³⁹ (il quale, infatti, relegava al rango di fatti non ordinamentali molte figure che per Santi Romano avevano dignità di ordinamento): è sufficiente che vi sia distinzione tra “prevedere” e “provvedere” e che una quota delle prescrizioni generali e astratte sia riservata all'organizzazione.

Inoltre, guardando a Luhmann, si getta un ponte tra diritto e altri sistemi sociali, nel senso che si dà evidenza a un elemento intuitivo, ma spesso dimenticato dai giuristi, costituito dal fatto che quelle

³⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918. La seconda edizione (cui si riferiscono le citazioni che saranno appresso indicate), con il titolo *L'ordinamento giuridico*, vide la luce nel 1946.

³⁶ *Ivi*, p. 70.

³⁷ *Ivi*, p. 35, nota 29 *ter*. Secondo N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, in Santi Romano «la parola-chiave “organizzazione” non viene mai chiaramente definita».

³⁸ *Ex multis*, v. M. DELLA TORRE, *Appendice*, in N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (a cura di M. Della Torre), Milano, 1990, p. 395.

³⁹ V. M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), *Le organizzazioni, elementi degli ordinamenti giuridici* (1994), scritti raccolti in S. CASSESE (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma – Bari, 2010, pp. 7-63.

organizzazioni-ordinamenti non rilevano solo per il (“non sono solo”) diritto. Tali strutture sociali possono essere il terminale anche di sistemi (e di funzioni) diversi: si pensi all’Università, che distribuisce valori (o, per usare un’altra espressione: “risolve problemi”) giuridici, ma anche educativi, economici e talora politici.

Giunti a questo punto, occorre fare uno scarto che ci avvicini al tema delle reti, introducendo uno specifico discorso relativo agli ordinamenti privati⁴⁰.

Mentre le organizzazioni pubbliche sono sempre oggetto di interesse per il diritto in virtù dei principi costituzionali che attivano una serie di principi e di “semantiche” (si pensi ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità, garanzia di tutela giurisdizionale nei confronti dei relativi atti, nonché al profilo del rapporto con la politica), ciò non necessariamente accade per l’ordinamento dei privati.

Questa conclusione è tuttavia fondata soltanto nei limiti in cui non si superi una certa soglia di rilevanza. In forza di principi quali la correttezza e la buona fede, infatti, è arduo immaginare organizzazioni (che pure assumano il primato funzionale di altri sistemi) le cui decisioni e le cui premesse decisionali sfuggano completamente al sistema-diritto.

Rimane comunque fermo il fatto che “ordinamenti” privati, sorti spontaneamente o per gemmazione da altre organizzazioni private, spesso all’interno del sistema economico, sussistono unicamente a condizione che sia ravvisabile un’organizzazione.

Solo ove ricorrano i caratteri sopra descritti, infatti (si pensi a un’associazione di volontariato), siamo al cospetto di una struttura sociale in grado di decidere e, al limite, di assommare più funzioni sistemiche.

Quella testé indicata è condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché si sia al cospetto di un ordinamento dei privati: è all’uopo necessario che l’organizzazione si intesti la funzione tipica del diritto, rispettandone il codice. In tale ipotesi, l’ordinamento dei privati rende dunque le prestazioni tipiche di quel sistema sociale (strutturare e stabilizzare aspettative, in modo tale che le decisioni vengano accettate anche quando quelle aspettative risultino disattese).

Alla luce di quanto chiarito, non ogni “operazione” privata costituisce un ordinamento; per contro, non esiste un unico ordinamento privato.

⁴⁰ Gli ordinamenti espressione di organizzazioni in senso lato emanazione della politica sono da qualificarsi pubblici. Ancora attingendo a Luhmann, sembra convincente aggiungere che, proprio in ragione del carattere ora individuato, gli ordinamenti pubblici occupano uno spazio in cui non sussistono “terzi” (il consenso, preoccupazione della politica, non potrebbe d’altro canto “lasciare indietro” qualcuno), laddove gli ordinamenti privati (non espressione della “politica”) vivono anche disinteressandosi della presenza di alcuni terzi. Basti ricordare che, ai sensi dell’art. 1372 c.c., il contratto «ha forza di legge tra le parti».

5. Le reti e il rischio del medioevo sistemico

Sulla scorta degli strumenti concettuali sin qui descritti, possiamo finalmente tornare a trattare delle reti, suscettibili di essere analizzate secondo la seguente scansione.

In primo luogo, occorre verificare se quelle strutture sono organizzazioni, in grado di assumere decisioni e di stabilire premesse decisionali.

Ebbene, ove la “rete”, in modo stabile (e stabilizzato), definisca un proprio mondo e adotti premesse decisionali per non dovere costantemente “ricostruire l’intera complessità delle situazioni”, ecco comparire un’organizzazione.

Molte reti, in effetti, sono in grado di produrre decisioni che comunicano all’esterno (si pensi ai like, alle valutazioni mediante apps e ai feed back), assorbendo incertezze (o addirittura creando certezze, come nell’ipotesi della blockchain) e, comunque, “parlando a nome proprio” o rendendo prestazioni “intelligenti” (come nel caso dell’intelligenza artificiale). Esse esprimono poi una propria semantica (identificano ruoli, qualificano relazioni, strutturano aspettative, definiscono procedure, anche attraverso algoritmi e programmi) e selezionano premesse decisionali.

Quelle organizzazioni sorgono soprattutto all’interno del sistema economico, al quale dunque prioritariamente si correlano, assumendo il relativo primato funzionale.

Il sistema del diritto può a esse guardare in modo non uniforme e variabile.

Può intanto trattarle con indifferenza, senza imporre la propria semantica e senza intervenire, ad esempio, a fronte di decisioni quali l’espulsione da un gruppo; oppure, irritato dalla politica, il sistema del diritto può decidere di intervenire.

Si pensi al modo, intenso ma variabile, con cui leggi e giudici si stanno occupando di “organizzazioni” quali Airbnb o alla rilevanza della legalità per gli algoritmi (impiegati nel procedimento di formazione di decisioni)⁴¹, oppure, ancora, al tentativo di tracciare limiti tra i due ambiti⁴².

Quelle organizzazioni possono addirittura diventare ordinamenti giuridici, se adottano il codice binario tipico del diritto.

Non è peraltro da escludere che prenda avvio (o scorrere parallela) una vicenda ancora diversa, suscettibile di dare luogo a due esiti diversi.

Può, cioè, accadere che emerga addirittura un sistema che si intesti una funzione e un codice binario completamente differenti da quelli fin qui noti nella società moderna: un sistema che “risolve” in esclusiva un problema del tutto nuovo e differente e che ospita (accanto ad altre concrezioni) proprie organizzazioni o, comunque, organizzazioni a quel sistema correlate.

Cerchiamo di meglio indagare e di sciogliere questo passaggio.

Spesso i social sono accusati – non a torto – di separare l’individuo dalla società e di assegnare ruoli che non esistono nella vita reale.

Si tratta di semantiche non effimere, perché cristallizzate e stabilizzate e, comunque, diverse da quelle offerte dai sistemi tradizionalmente conosciuti (diritto, economia, arte e così via).

Quelle reti e concrezioni sociali, condensati di operazioni, offrono la garanzia (pericolosissima) di appartenenza a una comunità virtuale, di un rifugio rispetto alla vita reale e di soddisfazione di una

⁴¹ La questione è stata analizzata da Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472. Ad avviso del secondo arresto, «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa». E ancora: «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere. Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi. In tale contesto ... assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo».

⁴² V. art. 22, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 n. 2016/679 (General Data Protection Regulation), ai sensi del quale «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».



crescente irrequietezza (che diventa tra l'altro spesso autoprodotta, fenomeno perfettamente spiegabile nella logica autopoietica).

Anche a non volere essere così pessimisti (la tecnica non va demonizzata in quanto tale, e, come strumento, può essere utilissima; va però compresa e studiata), non è chi non veda come quelle organizzazioni non si limitino a esprimere decisioni (si considerino le già citate valutazioni o i likes degli utenti) e a porre premesse decisionali come le altre organizzazioni correlate a sistemi tradizionali.

Esse paiono profilarsi come strutture che si intestano le funzioni di un nuovo sistema, il quale si occupa maniacalmente di un moderno e specifico problema: operano in vista della semplificazione della complessità (che a sua volta genera ulteriore complessità) per mezzo della creazione di una realtà virtuale e, cioè, di una sorta di vita parallela rispetto a quella reale, alla stregua di una second life, meno profonda di quella appunto reale e che impedisce lo schiudersi di nuovi orizzonti.

Il nuovo sistema è preoccupato dell'appartenenza al “mondo telematico/tecnologico” e di garantire l'interconnessione, processando la realtà alla luce di un proprio specifico codice non modificabile (costituito da una distinzione binaria: appartenenza tecnologica e smart al “mondo tecnologico”/non appartenenza a un peculiare contesto virtuale), che consente di riconoscere l'appartenenza dell'operazione al sistema e ne permette la chiusura operativa.

Siffatto sistema, per mezzo delle proprie organizzazioni – cui afferiscono anche le pubbliche amministrazioni, le quali sono certamente tra i principali protagonisti della svolta storica che stiamo vivendo, anche perché detengono una mole impressionante di dati e di informazioni – offre decisioni specifiche e telematiche, che altri sistemi non sono in grado di garantire: si pensi alla “decisione” assunta per mezzo di un algoritmo, alla profilazione degli utenti, alla predizione dell'insorgenza di malattie (Google Flu Trends) e così via.

Vi sono almeno tre specificità del sistema.

Peculiare è in primo luogo il modo con cui avviene la comunicazione, costituito dagli strumenti tecnologici e dai social media (che costituiscono lo specifico medium di questo sistema) e, cioè, da forme fissate per essere riutilizzate⁴³. I media, per Luhmann, rendono infatti possibile la comunicazione senza che sia necessaria la presenza fisica dei partecipanti. Nel caso di specie essa è per definizione assente e non rilevante e questo spiega il rischio dell'isolamento e della fuga dal mondo reale insito nell'uso di questa tecnologia. Le forme della comunicazione implicano di introdurre differenziazioni sempre più complicate nel medium, rappresentato dai bit (il “nuovo petrolio” è spesso saldamente nelle mani delle

⁴³ Da questo punto di vista si colgono alcune similitudini con l'opera d'arte e con il sistema dell'arte: v. N. LUHMANN, *L'arte della società*, Milano, 2017, p. 60.

organizzazioni amministrative); prospettive comunicative ancora inesplorate, poi, sono ipotizzabili pensando all'avvento della tecnologia quantistica.

In secondo luogo, si osserva che, almeno formalmente, l'appartenenza al sistema non è necessaria (come invece accade per altri sistemi, quali il diritto e l'economia): è frutto di una decisione, anche se la preoccupazione del "digital divide" tende a coinvolgere potenzialmente e progressivamente tutti⁴⁴, o, comunque, ad esempio in situazioni di emergenza (si pensi alla già citata crisi della SARS-CoV-2, esperienza che, peraltro, sia detto incidentalmente per ricollegarsi al profilo più sopra sfiorato, limitando la socialità e le aggregazioni "in presenza" ha costretto tutti a prendere coscienza di quanto queste dimensioni siano importanti e come non possano essere surrogate dalle reti; al solito, le situazioni di crisi impongono un brusco ritorno alla realtà e questo destino non risparmia le reti, mettendone a nudo i limiti e il carattere non essenziale), il suo impiego viene potenziato ed esteso, perché oggettivamente assai utile. Si prospetta qui, d'altro canto, un problema specificamente "giuridico" e "politico", nella misura in cui la barriera tecnica diventi ostacolo alla fruizione di benefici e vantaggi, soprattutto se connotati da una valenza pubblicistica (come accade nell'ipotesi della smart-city). Questo carattere conferma la tendenza "universalizzante" del nuovo sistema, che processa tutti i problemi utilizzando un proprio "codice" a due valori.

In terzo luogo, l'appartenenza ormai di fatto generalizzata al nuovo sistema ha un effetto ulteriore, posto che essa implica una continua "intromissione" nella sfera tradizionalmente considerata come foro interno delle persone e, cioè, negli stati psichici di cui parla Luhmann nel momento in cui colloca le persone e, appunto, i relativi stati psichici nell'ambiente esterno. Il nuovo sistema, in altri termini, non solo opera incessantemente per distinguersi dall'ambiente, ma ne annette sempre più gli spazi (ecco emergere, sotto altro profilo, quel carattere della tecnica moderna che, come si è visto, tende a comprimere la possibilità per l'uomo di "inaugurare orizzonti nuovi": *supra*, par. 2), con un'intensità che solo parzialmente può essere paragonata a quanto in un remoto passato accadeva in ordine alla religione.

In ogni caso, in quanto facenti parte di un nuovo sistema autopoietico, le organizzazioni (le reti) decidono da sé ciò che le riguarda e ciò che non le riguarda (ad esempio i "criteri di reclutamento" delle persone smart; arrivano addirittura a qualificare forme di intelligenza, come accade nel caso di quella artificiale); reclamano una competenza universale (a processare tutti i problemi) in quanto "sistema tecnologico"; creano un proprio mondo gestendo l'incertezza, e, cioè, cogliendo e costruendo un aspetto (spesso il più superficiale) della realtà e delle c.d. relazioni sociali.

⁴⁴ Anche in questo caso è di interesse il confronto con l'arte: *Ivi*, p. 254.

Il diritto potrebbe (illudersi – ove non compia uno scarto decisivo – di) continuare ad assicurare la propria prestazione, ad esempio individuando i comportamenti leciti e illeciti relativamente all’uso dei dati personali e alle comunicazioni sui social, tenendo conto delle peculiarità di quei contesti, in un gioco continuo di interazioni e di reciproche irritazioni.

Il rischio che qui si paventa è però che questi sistemi (diritto, politica, economia, arte e così via), a un certo punto (ecco il secondo esito cui sopra si faceva cenno), lascino al nuovo “luogo” sistemico (incarnato dalla rete) un importante spazio di soluzione del problema di cui essi si fanno carico, smarrendo quell’esclusiva che si sono guadagnati nella società moderna.

Ove ciò accada, soprattutto là dove il dato tecnologico dovesse risultare particolarmente esasperato ed elitario, il nuovo sistema si svilupperebbe in modo del tutto indipendente, sordo rispetto agli altri (diritto, politica, arte e morale).

Si prospetterebbe il ritorno a una sorta di medioevo sistemico, nel cui seno un unico sistema assomma in sé varie funzioni, dall’arte (con una preoccupante omologazione del sentire estetico: ciò che è artistico viene definito da chi non ha nessuna competenza) e dalla moda (si pensi alla diffusione di TikTok tra i giovani), all’economia (si ponga mente al fenomeno dei bitcoins, che autorisolve il problema del valore economico all’interno del sistema), per giungere all’etica e al diritto (strutturando aspettative). Cominciano non a caso a levarsi (preoccupanti) voci favorevoli a delegare completamente alle macchine le decisioni giurisdizionali, sull’effimero presupposto che esista un insieme di dati oggettivi (qualcuno, tuttavia, a monte, li avrà pur trattati e inseriti nella macchina) sulla base dei quali elaborare decisioni e sottraendo al diritto la propria tradizionale riserva di umanità⁴⁵.

Pure la scienza finisce per venire attratta nel nuovo sistema; da un lato, si pensi a Wikipedia; d’altro lato e più in generale – ecco circolarmente riproporsi il tema, da cui ha preso le mosse questa riflessione, delle fake news e quello della tecnica – il “vero” è attestato dalla rete, indebolendo l’autorità della scienza tradizionale.

In tal modo, soprattutto, si restringono in modo preoccupante gli orizzonti dell’uomo e si accentua il rischio dell’oblio dell’essere.

⁴⁵ J. PONCE SOLÉ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50/2019.