

Codice, costituzione e compromesso: un arcano algoritmico?

“A gun is a bit of code”

Code v.2.0

di Michele Surdi

I- Assumo in primo luogo, il postulato, pure opinabile, che la *governance* rappresenti una sfera di azione politica neutralizzata da un compromesso fondamentale circa la natura della proprietà.

Pongo in seguito che nei modelli liberali e democratici di *governance* che assumo ugualmente, in modo peraltro meno opinabile, a sinonimi del termine stesso, questo compromesso trovi la propria espressione tipica in una norma formale di rango costituzionale (quali l'archetipo rappresentato dall'art.153,3 della *RV* weimariana e dai suoi discendenti diretti l'art.14,2 della *G.G.* e l'art.42,2 della Costituzione repubblicana), oppure in un superprecedente giudiziario, una decisione dotata di una rilevanza costituzionale, quale *U.S. v. Darby*, che assegnano una funzione pubblica, o sociale alla proprietà privata¹ (anticamente nota anche come proprietà borghese).

Avvalendomi infine della tesi, ormai classica, di Lawrence Lessig² circa la natura giuridica del codice cibernetico, come della distinzione altrettanto canonica operata dallo stesso autore fra *East* e *West Coast code*, fra diritto positivo in senso stretto e diritto algoritmico, sostengo che un compromesso costituzionale capace di fondare uno spazio di *governance* determinato dal concorso di due tipi di codice è nel migliore dei casi concettualmente dubbio e nel peggiore del tutto incredibile.

Per spiegare questa conclusione riprendo gli esempi storici che ho invocato indicando brevemente i soggetti di questi accordi e, quel che più importa, la natura specifica dei compromessi stipulati. E' legittimo, quantomeno in prima istanza, individuare nel lavoro e nel capitale le parti degli accordi compromissori che limitano costituzionalmente i diritti collegati alla proprietà privata, mentre la natura dei compromessi costituzionali in questione va senz'altro considerata materiale piuttosto che semplicemente formulare³. Ciò è a dire che accordi di questo tipo compongono in modo definitivo un conflitto fra capitale e lavoro sull'estensione dei diritti di proprietà registrando i limiti ultimi imposti materialmente dalle parti alle pretese degli avversari mediante l'adozione di una formula giuridica specifica, che si tratti di una norma sovraordinata o di un precedente giudiziario altrettanto prevalente. L'elemento cruciale di questi accordi è dato dalla correlazione dei rapporti di forza, un fattore che trova la propria espressione compiuta in *Darby*, il tipo ideale del compromesso costituzionale fordista, e dagli effetti che la correlazione stessa ha sulla riorganizzazione della proprietà privata.

II- Consideriamo adesso, in una prospettiva più proiettata nel futuro, le dinamiche di un conflitto sui diritti di proprietà in un ordinamento istituzionale ed economico

¹ *U.S. v. Darby* 312 U.S.100(1941) Devo tanto il termine quanto l'esempio a Bruce ACKERMAN, *The Living Constitution*, in "Harvard L.R.", vol.120, May 2007. Sulla diminuita rilevanza dei precedenti v. adesso Jack BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in "Pepperdine Law Review", Vol.36, 2008.

² Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, N.York, Basic, 1999.

³ Carl SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.

globale reso ibrido⁴ in ipotesi tanto dal punto di vista spaziale quanto da quello giuridico dalla convergenza dei due tipi di codice, quello positivo e quello algoritmico. L'ecologia istituzionale dell'economia cognitiva in rete, utilizzo la terminologia, non la teodicea, di Jochai Benkler⁵, riflette in ultima istanza la contrapposizione fra modelli di produzione di informazione proprietari e comunitari. Più chiaramente: la *cybergovernance* (parola bruttissima) a venire sarà determinata dai limiti posti alla proprietà intellettuale. Per quanto le pretese della proprietà intellettuale siano storicamente lontane dall'essere assolutiste, dal momento che l'informazione acquisisce il proprio valore economico tramite l'accesso, va osservato, giunti a questo punto, che nel sistema economico globale in rete che abbiamo ipotizzato i diritti di accesso sono funzione del concorso di regimi legali di origine sia pubblica che privata⁶. Ciò implica una discontinuità integrale fra i meccanismi sanzionatori impiegati per garantire e limitare le rivendicazioni sulla proprietà intellettuale, dal momento che la sanzione propria del regime pubblico si realizza in primo luogo per mezzo dell'attuazione giudiziaria del meccanismo norma-sanzione caratteristica dello spazio territoriale, mentre le pretese del regime privato vengono fatte valere nello spazio cibernetico in primo luogo per mezzo del codice algoritmico, e cioè in primo luogo tramite l'autosanzione ("una pistola è un frammento di codice" ci ricorda con efficacia Lessig⁷). A sostegno della mia conclusione aggiungo ancorché questa discontinuità non soltanto non può essere ridotta ad una semplice lacuna del discorso costitutivo, ma che essa è specificamente all'origine della natura ibrida dell'ordinamento giuridico che stiamo considerando.

III- In un ordinamento del genere i compromessi sono in grado di svolgere un ruolo fondativo nella misura in cui si dimostrano capaci di neutralizzare il conflitto tanto nello spazio territoriale che in quello cibernetico. Non vi è nulla di integralmente contraddittorio nel concetto di un compromesso fondamentale anfibo. Le organizzazioni federali ad esempio sono una matrice tipica di questo genere di accordi, ma con una qualifica essenziale: tutte postulano una qualche forma di monogenismo normativo. Un postulato del genere non è facilmente intrattenibile nel particolare ordinamento ibrido che stiamo considerando, data la natura duale dei meccanismi sanzionatori che lo caratterizza. Il motivo è evidente: dal momento che la sanzione delle norme che si realizza nel regime privato mediante il codice cibernetico non si identifica con la sanzione che si realizza nel regime pubblico mediante la giurisdizione, le strutture giuridiche dell'ordinamento cibernetico territoriale non sono suscettibili di unificazione sistemica. Come si riflette tutto ciò sui compromessi fondativi che devono in ultima istanza organizzare la proprietà intellettuale, neutralizzando, lo ripetiamo, il conflitto fondamentale fra forme di produzione proprietarie e comunitarie? I veri compromessi costituzionali sono, come abbiamo visto, necessariamente di natura materiale, formule giuridiche che debbono, nel nostro caso, incorporare stabilmente un rapporto di equilibrio fra le contrapposte

⁴ Gunther TEUBNER, *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, in Robert GORDON and Mort HORWITZ (eds.) *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman*, Stanford, Stanford U.P., 2006, e v. ancora Lawrence LESSIG, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in The Hybrid Economy*, N. York, Penguin, 2008.

⁵ Jochai BENKLER, *La ricchezza della rete*, Milano, Bocconi, 2007.

⁶ Gunther TEUBNER, *Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?*, in Karl-Heinz LADEUR (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004.

⁷ Lawrence LESSIG, *Code v.2.0*, N. York, Basic, 2006, (in epigrafe).

rivendicazioni proprietarie e comunitarie circa l'estensione della proprietà intellettuale stessa. Nel caso del diritto posto nel regime pubblico un accordo di questo genere formato sugli esempi storici che abbiamo richiamato non solleva ovviamente alcun problema dal punto di vista concettuale. Un compromesso tale da soddisfare la nostra definizione è allo stesso modo del tutto concepibile nella sfera giuridica originata dal regime algoritmico privato (tenendo sempre presente che tutti gli attori nel ciberspazio sono per definizione privati). Un patto costituzionale specificamente cibernetico, tuttavia, può essere formulato solo per mezzo di un codice proprietario che realizzi una serie di garanzie istituzionali digitali (attuata, ad esempio, tramite criptazione) per sancire le pretese delle parti in conflitto. Dal momento che gli algoritmi comunitari sono di per se antitetici al codice proprietario essi sono esclusi dalla partecipazione agli accordi pattizi in questione. Si può obiettare che il nostro assunto iniziale postula una concorrenza dei due diversi regimi giuridici, ad origine pubblica e privata, nella definizione delle situazioni possessorie e che pertanto una conclusione del genere è meramente casistica. Sta di fatto tuttavia che il meccanismo sanzionatorio strutturalmente duale che, come sostengo, è lo specifico costitutivo dell'ordinamento ibrido è costitutivo allo stesso titolo di una correlazione di forze radicalmente asimmetrica fra le pretese proprietarie e comunitarie circa l'organizzazione definitiva dei diritti di proprietà intellettuale. Dal momento infatti che le pretese sancite nel regime privato mediante codici proprietari risultano impermeabili all'azione equilibratrice delle rivendicazioni comunitarie attuate mediante codici aperti, esse si muniscono di un'ascendenza tale da privare del loro carattere materiale, rendendole tendenzialmente nulle, le formule compromissorie pattuite nel regime (di diritto positivo) pubblico. L'ascendenza proprietaria nell'interfaccia ibrida di governo si traduce così in un predominio fattuale attestato da statuti e precedenti quali il *Dmca* o l'*Ipred2* e *Eldred v. Ashcroft* e *Mgm v. Grokster*⁸.

L'asimmetria che ho ricavato allora, lungi dall'essere mediabile da un compromesso neutralizzante, si rivela in ultima istanza tanto accentuata da privare di ogni rappresentanza costituzionale efficace la produzione di informazione comunitaria. Per quanto io non affermi che *Eldred* rappresenti (già) una *Darby* invertita, foriera di un dispotismo proprietario sul modello di *Lochner*, concludo tuttavia che le future prospettive cibernetiche sono ben più desolate della terra promessa discorsiva in cui scorrono i flussi di latte e di miele digitali della produzione paritaria profetizzata, ad esempio, da Benkler. Tanto desolate, in effetti, da lasciare poco spazio anche alla proposta, ben più realista, di una Rete postdiluviana⁹ in grado di bilanciare generatività e responsabilità.

(versione italiana della relazione *Code, Constitution and Compromise: A Cyberconundrum?* al Seminar on Governance, Civil Society and Social Movements dell'European University Institute, 30 giugno 2007)

⁸ Digital Millennium Copyright Act, Pub.L. n° 105-304, 112 Stat. (October 28, 1998), Proposal for a European and Council Directive on Criminal Measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights COM(2005)276 final-2005/0127(COD), *Eldred v. Ashcroft* 537 U.S.186 (2003), *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005), e si aggiunga adesso il proposto *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*. Cfr. anche Randall PICKER, *Rewinding Sony*, in "Case Wes. Res. L.R." vol.55, Summer 2005, e Mark LEMLEY, *Terms of Use*, in "Minnesota L.R.", vol.91, December 2006.

⁹ Jonathan ZITTRAIN, *The Generative Internet*, in "Harvard L.R.", vol.119, May 2006.